



Candombe

**MERCOSUR:
AMBITO LEGISLATIVO.
EL PROBLEMA
DE LA CONTRATACION
MERCANTIL INTERNACIONAL.
UN ABORDAJE
COMPARATIVO**

João Batista Poersch Ribeiro

Director: Marcelo Halperín

Instituto de Integración Latinoamericana



Agradezco a la Profa. NOEMÍ B. MELLADO, con quien he tenido el privilegio de poder disfrutar personalmente de su inagotable sabiduría, por sus importantes reflexiones que sobre el Estudio me ha realizado, y que, indudablemente, la ha mejorado; También es de justicia que me recuerde de la Sra. SUSANA BORDONI, a quien quiero agradecerle su colaboración en el presente trabajo.

Agradezco, también, a mis tíos, Darci y Alessandra, cuyo apoyo permitió una profundización de éste estudio en la Universidad de Barcelona, España, y por el incentivo constante en la elaboración de éste trabajo, estimulado con sus ejemplos.



INDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	
1. La Problemática a Abordar	5
2. El Método Comparativo. Su elección	12
CAPITULO I – MARCO COMERCIAL Y JURIDICO	
1. Integración Regional	16
2. Unión Europea	20
3. Asociación Latinoamericana de Libre Comercio - ALALC	23
4. Asociación Latinoamericana de Integración - ALADI	24
5. Mercosur	24
5.1. Protocolo de Ouro Preto	27
5.2. Derecho del MERCOSUR	31
5.3. Incorporación del Derecho del Mercosur en los Estados Partes	33
5.4. Jerarquía de las Normas en el Mercosur	35
5.5. Solución de Controversias	37
6. Derecho Internacional Privado	42
6.1. Conflicto de Leyes	45
6.2. Conflicto de Jurisdicción	49
CAPITULO II – EL CONTRATO MERCANTIL INTERNACIONAL	
1. Concepto de Contrato de Compraventa	52
2. Compraventa Civil y Compraventa Comercial	53
3. La Internacionalidad de una Compraventa	54
4. Distinción entre Ley Aplicable y Jurisdicción Competente	58
5. Jurisdicción Competente	60
5.1. La vía Judicial	63
5.2. La vía Arbitral	66
6. Ley Aplicable	71
7. Principio de Autonomía de la Voluntad	73
8. Orden Público	75
9. Normas Imperativas	77
10. Lex Mercatoria	79
11. La Unificación Normativa	83
CAPITULO III – NORMATIVA VIGENTE EN EL MERCOSUR	
1. Los Estados Partes	89
1.1. Argentina	89
1.2. Uruguay	92
1.3. Paraguay	93
1.4. Brasil	94
2. Protocolo de Buenos Aires	97
2.1. Ámbito de Aplicación	99
2.2. Jurisdicción Internacional	101
2.3. Elección de la Jurisdicción Competente y Arbitraje	101

2.4. Momentos de la Elección	103
2.5. Prórroga de Jurisdicción	104
2.6. Jurisdicción Subsidiaria	104
2.7. Litigios Societarios	109
2.8. Personas Jurídicas sin sede donde contratan	110
2.9. Pluralidad de Demandados	111
2.10. Reconvención	114
2.11. Reconocimiento y Ejecución de Decisiones Extranjeras	115
2.12. Solución de Controversias	116
3. Convención de Viena de 1980	117
3.1. Interpretación	118
3.2. Ámbito de Aplicación	122
3.3. Noción de Mercaderías	124
3.4. Ámbito Geográfico de Aplicación	125
3.5. Autonomía de la Voluntad	127
3.6. Formación del Contrato	128
3.7. Obligaciones del Vendedor	130
3.8. Obligaciones del Comprador	131
3.9. Transmisión de los Riesgos	132
3.10. Incumplimiento	135
3.11. Consideraciones Finales	139
CAPITULO IV – DERECHO COMPARADO	
1. Convención de Roma de 1980	141
1.1. Interpretación	143
1.2. Ámbito de Aplicación	144
1.3. Determinación de la Ley Aplicable al Fondo del Contrato	145
1.4. Ley Aplicable en Defecto de Elección	147
1.5. Requisito de Forma	147
1.6. La Carga de la Prueba	148
1.7. Normas Imperativas	148
1.8. Consideraciones Finales	149
2. Convención Interamericana –CIDIP V-	149
2.1. Interpretación	151
2.2. Ámbito de Aplicación	152
2.3. Materias Reguladas por la Convención	152
2.4. Determinación de la Ley Aplicable	153
2.5. Derecho Aplicable en Defecto de Elección	154
2.6. Lex Mercatoria	155
2.7. Normas Imperativas y de Orden Público	156
2.8. Existencia y validez del contrato	157
2.9. Procesos de Integración	157
2.10. Exclusión del Reenvío	158
CONSIDERACIONES FINALES	159
ACLARACION DE SIGLAS Y ABREVIATURAS	163
BIBLIOGRAFÍA	165



INTRODUCCION

1. La problemática a abordar

En este estudio se abordará la problemática de la contratación mercantil internacional en el ámbito del MERCOSUR, con especial énfasis en la compraventa mercantil, originada en la carencia de una legislación común en la materia y/o en la falta de armonización de las legislaciones nacionales, particularmente en lo referente a la ley aplicable y a la jurisdicción competente.

Esta temática adquiere relevancia en el contexto de las profundas transformaciones producidas en el siglo XX como consecuencia de diversos hechos: las Guerras Mundiales, el surgimiento de distintos organismos internacionales y no-gubernamentales, el escenario creado por la Guerra Fría, el colapso del socialismo, la consolidación del capitalismo, la revolución científico-tecnológica, la nueva división internacional del trabajo y el crecimiento exponencial de los flujos financieros.

Las ventas al exterior de bienes se convirtieron en el principal motor para el crecimiento comercial y la manutención de los mercados, generándose una disputa entre naciones por su dominación. Esto lleva a que los países busquen una integración en bloques económicos con la intención de asegurar su espacio comercial y regional, como medio para conquistar el mercado internacional.

A ello se agrega el fenómeno de la globalización que expresa las tendencias de la economía internacional y que se pone de manifiesto en las políticas de los Estados nacionales, de los organismos supranacionales, como también en las estrategias de las empresas transnacionales.

En el plano ideológico dicho fenómeno se ve acompañado por la liberalización del comercio internacional, o sea, un comercio sin intervención por parte de los Estados nacionales. Este pensamiento, proveniente de los países desarrollados, tiene como objetivo facilitar un mayor ingreso en los mercados de los países subdesarrollados, llevándolos al abandono de sus políticas proteccionistas.

En la actualidad las empresas transnacionales son responsables de casi el 100% del intercambio comercial internacional, lo que las convierte en agentes fundamentales del fenómeno de la globalización. Precisamente, los Estados nacionales dejan de ser los actores principales del mundo moderno, pasando ese rol, en el sistema global, a las empresas transnacionales con autonomía propia en las relaciones comerciales internacionales.

En este escenario, las empresas transnacionales dominan todo tipo de flujo de tecnología e información, dejando a los Estados nacionales sin poderes para controlar sus propias economías internas, surgiendo procesos de bloqueización que buscan un fortalecimiento de los países con el fin de alcanzar un crecimiento sostenible. Algunos autores sostienen que dichos procesos de integración son contrarios a los ideales de un mercado mundial sin barreras, o mejor, un comercio internacional sin intervención estatal, libre. Más aún en nuestra región, donde la

integración era complementaria al modelo de industrialización sustitutiva de importaciones.

Si bien en la última década los procesos de integración han adquirido un dinamismo importante y mucho más en América Latina, en el continente europeo, su origen se remonta a la finalización de la Segunda Guerra Mundial con la propuesta de creación de una Europa Unida, encabezada por Estados Unidos, con el propósito de frenar el avance de Rusia hacia Occidente. Desde entonces, se ha propagado una onda integracionista cuyo marco inicial fue la propuesta del Plan MARSHALL –1948-, la constitución de la CECA –1951-, hasta llegar a la concreción de la Comunidad Económica Europea y del EURATOM –1957-. Desde esa época se busca, a través de la integración, mejorar la situación de los Estados, tanto en el ámbito interno como en el internacional.

En América Latina la integración surge a semejanza de los moldes de la europea y en el marco del GATT. En ese contexto nacieron la ALALC, el MCCA, el Grupo Andino y la ALADI, para citar los más significativos. En la década de los ochenta, la redemocratización del continente sudamericano generó un ambiente más acorde para la integración en todas las áreas, inclusive la jurídica, adquiriendo nuevos bríos, tal el caso de la CAN, el PICAB, PICE, el Grupo de los Tres y el MERCOSUR.

A partir del Programa de Integración entre Brasil y Argentina, fue tomando forma el proceso de integración con miras a la constitución de un Mercado Común entre sus miembros al que se le adicionó Uruguay y Paraguay.

Conforme a Bela Balassa¹, las modalidades posibles de integración son: Zona de Libre Comercio, Unión Aduanera, Mercado Común, Unión Económica y, por último, la Unión Política. Exigencias estructurales se van imponiendo a cada etapa de la integración en la medida que se profundiza el proceso. El modelo menos complejo de integración es la Zona de Libre Comercio que supone la eliminación de todas las restricciones cuantitativas y cualitativas al comercio entre los Estados Partes. Después, la Unión Aduanera que agrega, al modelo anterior, la institución de un Arancel Externo Común y un régimen de origen general aplicable a importaciones de terceros Estados. En el Mercado Común, se adiciona, además de los requisitos anteriores, la supresión de las barreras a la libre circulación de personas, servicios y capitales, como también cierta armonización de algunas políticas. En un grado más profundo le sigue la Unión Económica que supone las etapas anteriores, a las que se le agrega la coordinación y armonización de políticas económicas y monetarias nacionales con el objeto de eliminar las discriminaciones resultantes de las disparidades de dichas políticas. Por último, la integración económica total que presupone la unificación de políticas monetarias, fiscales, sociales, anticíclicas y el establecimiento de una autoridad supranacional.

¹ BELA BALASSA. *“Teoría de la Integración Económica”*, México, 1964. pp. 1 y ss.

En el tercer grado se sitúa el MERCOSUR, cuyo Tratado² constitutivo se remite al 26 de marzo de 1991. En este marco, por el Protocolo de Ouro Preto de 1994 se determina la funcionalidad jurídico-institucional que llevará adelante el proceso de integración, dotándolo de personalidad jurídica de Derecho Internacional. De este modo, se crea una estructura institucional intergubernamental sin elementos de supranacionalidad. Este proceso de integración del Cono Sur se basa, preferentemente, en el comercio³ entre los Estados miembros. De allí la necesidad de suprimir todo tipo de barrera que pueda obstaculizarlo; esto lleva a que los elementos jurídicos esenciales a este grado de integración se encuentren en evolución.

El intercambio comercial entre los Estados del MERCOSUR supone instrumentos contractuales. El aumento de los flujos comerciales entre los Estados Partes supone un incremento de los contratos internacionales y con ello las problemáticas inherentes a los mismos. Si el espíritu es abolir todo tipo de barrera al libre intercambio de bienes entre los miembros, es fundamental un ordenamiento jurídico confiable que posibilite prevenir cualquier tipo de problema y, al mismo tiempo, facilite su solución.

Cada Estado posee su propio ordenamiento jurídico, aplicable dentro de sus fronteras. Las relaciones que se establecen fuera del límite territorial de un Estado pueden generar un conflicto de leyes en el espacio y, también, un conflicto de jurisdicción, cuestiones estas resueltas, en su gran mayoría, por el Derecho Internacional Privado. En cada país existen normas creadas para regir las soluciones a tales situaciones, las denominadas normas indirectas o de conflictos. Sin embargo, existen, aún, normas provenientes de convenciones o Tratados internacionales que regulan la materia en el ámbito de relaciones internacionales con otros Estados nacionales. La existencia de varios ordenamientos jurídicos que tratan la misma materia de diferente manera, puede ser considerada, una barrera no arancelaria al comercio, sea internacional o regional⁴.

² Para KELSEN, Hans. “*Principios de Derecho Internacional Público*”, Buenos Aires, 1965, Tratado es un acuerdo entre dos o más Estados, por lo cual se establece la expresión de su consentimiento común con relación a la conducta mutua. La base del Tratado es la razón de validez de la norma convencional, es el consentimiento común de las partes contratantes. En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en su artículo 1º, ‘a’, estipula que “*tratado es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en uno instrumento único o bien en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”.

³ El comercio, que forma parte de nuestras vidas, es definido como una relación de la sociedad, un cambio, una compraventa de productos o valores, un mercado o un negocio (Novo Dicionário AURÉLIO, 1985:350). El genio étnico-jurídico de los pueblos de la antigüedad clásica, sobre todo de los romanos, creó el tipo del hombre del negocio honesto, (*Bonos vir*), tan distante del egoísmo brutal, como de la terrena renuncia a cualquier objetivo personal (GOLDSCHMIDT, 1930:25). La ciencia económica estudia los hechos económicos en sí, atendiendo a las leyes naturales y sociales que los producen; aprecia el comercio en su carácter fundamental, en su función, la circulación y la permuta de la riqueza. A medida que avanza la civilización, evoluciona la ciencia económica y se extiende el comercio. Por ende, todos los instrumentos de intercambio de servicios o de mercaderías, o sea, los contratos, deben ser armonizados junto con las condiciones económico-sociales (GOLDSCHMIDT, 1930:26), más aún en un proceso de integración con el objetivo de formar un Mercado Común. En este sentido MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. “*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*”, v. 1, livro 1, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1930, pp. 25/26.

⁴ LANDO, Ole. “*Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law*”, European Review of Private Law, vol. 8, nº 1, 2000, p. 61.

Por el artículo 1º del Tratado de Asunción, los Estados asumieron el compromiso de armonizar⁵ sus legislaciones en las áreas pertinentes. Esta problemática está relacionada con el nivel de profundización que experimenta el proceso de integración, con el carácter intergubernamental de sus órganos, con la forma de recepción de las normas emanadas del MERCOSUR por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, con la forma que se adopte para la armonización legislativa y con las distintas interpretaciones que cada juez y tribunal de los Estados Partes puedan hacer sobre las normas emergentes del proceso integrativo⁶.

No existe en el MERCOSUR un cuerpo de normas capaces de regular de forma armónica la problemática derivada de los contratos de compraventa internacional, principalmente en lo referente a la ley aplicable y la jurisdicción competente, pese a que -debido a la preocupación de dotar al ámbito regional de normas que traigan la seguridad jurídica para el comercio y con el propósito de formular medidas tendientes al desarrollo de un marco común para la cooperación jurídica entre los Estados- en 1994 fue aprobado el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual. No obstante, existen muchas áreas jurídicas que todavía precisan ser armonizadas, en especial aquellas en materia contractual⁷.

Actualmente, el contrato de compraventa internacional ha alcanzado una gran importancia por ser el más utilizado en el comercio exterior. Como bien sostiene SCHMITTHOFF⁸, las transacciones exportadoras normalmente se basan en el contrato de venta internacional de mercaderías, que tiene características propias, tales como su relacionamiento con el contrato de transporte y el de seguro. Concluye el autor que este contrato se presenta para el empresario como un todo natural e indivisible, puesto que el exportador presta poca atención a las partes que lo constituyen -de la misma forma que el conductor de un vehículo que sólo piensa en sus componentes cuando nota una falla en el mismo-.

En esta instancia juega un papel importante el Derecho Internacional Privado, contribuyendo como marco regulador e instrumento para crear la armonización de las legislaciones de los Estados Partes, conforme al artículo 1º del Tratado de Asunción.

De acuerdo a la tesis tradicional el Derecho Internacional Privado parte del principio de resolución de conflictos de leyes y jurisdicciones; y las relaciones que

⁵ Armonizar significa, entre otras cosas, "hacer que no discuerden, o se rechacen, dos o más partes de un todo o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin" (Diccionario de la Lengua Española, 1992:191).

⁶ Para un estudio más profundizado ver: SAIEG, Mónica F.; FRUSTAGLI, Sandra A.; ESBORRAZ, David F.; HERNÁNDEZ, Carlos A.. "Hacia la unificación del Derecho de las Obligaciones y de los Contratos en el MERCOSUR", en: CIURO CALDANI, Miguel Angel (coord). "DEL MERCOSUR – Aduana, Jurisdicción, Informática y Relaciones Intercomunitarias", Buenos Aires, 1996, pp. 253/262; ALEGRÍA, Héctor. "Armonización de las legislaciones en el MERCOSUR", en: Revista de la Bolsa de Comercio de Rosario, año XLI, nº 1466, agosto de 1995, p.3 y ss.; DROMÍ, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A.; RIVERA, Julio César. "Derecho Comunitario", Buenos Aires, 1995; FARIA, Werter. "Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e a incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas", en: BASSO, Maristela (org.). "MERCOSUL – seus efeitos jurídicos (...)", Porto Alegre, 1995, pp. 77/88.

⁷ ARAUJO, Nadia de. "Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais", 2ª ed. Revisada e ampliada, Rio de Janeiro, 2000, p. 10.

⁸ SCHMITTHOFF, C. M.. "Export Trade – The Law and Practice of International Trade", 9ª ed, Londres, 1990, p. 6 y 7.

podrían ser objeto del Derecho Internacional Privado se desarrollan en dos ámbitos: el nacional y el internacional.

Desde la creación de la Comunidad Económica Europea, el Derecho Internacional Privado ha cambiado sus conceptos tradicionales. Surge el denominado Derecho de la Integración o, en algunos casos, Derecho Comunitario, que tiene estrechas relaciones con el Derecho Internacional. El Derecho Internacional Privado empieza a tener otro objeto: regular las relaciones jurídicas regionales o comunitarias, pasando del ámbito nacional o internacional a uno nuevo, el regional, surgido a partir de los procesos de integración regional.

Como ya se expresara, un ordenamiento jurídico confiable sirve como base para la consolidación del proceso de integración. Por lo tanto, codificar el Derecho Internacional Privado es uno de los aspectos necesarios para posibilitar la integración latinoamericana y aumentar su inserción en el escenario mundial⁹.

Esta investigación se ve motivada por las problemáticas jurídicas que derivan del propio proceso integrativo, a la vez que pretende realizar un aporte teórico tendiente a facilitar la profundización de dicho proceso.

El trabajo está influido por las palabras de HANS KELSEN¹⁰, el cual sistematizó y estableció un marco teórico para la ciencia jurídica a través de un método propio, definiendo la norma jurídica como su objeto de conocimiento:

“La aparición de nuevos conceptos amplía los márgenes del conocimiento de la sociedad internacional provocando cambios sobre la realidad. Estos cambios son analizados por el científico del derecho a través de un método – generalmente el método jurídico –, donde la realidad se nos exhibe como un gran “banco de pruebas”, para luego, a través de otro método, el método comparativo-deductivo, reconocer como científica toda proposición susceptible de ser refutada por la experiencia. La ciencia del derecho puede, mediante el establecimiento de criterios de demarcación, elaborar teorías y ponerlas en práctica, aplicando a la realidad esos nuevos conceptos.”

Teniendo en cuenta que esta investigación tiene por objetivo estudiar la relación existente entre el proceso de integración MERCOSUR y las legislaciones que regulan la contratación mercantil internacional, específicamente en cuanto a la Ley Aplicable y a la Jurisdicción Competente, se ha desarrollado su contenido en dos partes.

La primera es general y en ella se definen las categorías utilizadas en esta tesis, tales como el comercio internacional y los procesos de integración, los que se analizan desde la perspectiva que brinda la teoría de las Uniones Aduaneras desarrollada por JACOB VINER¹¹, ya que las mismas están relacionadas con la creación o desvío del comercio.

⁹ ARAUJO, Nadia de. “*Contratos Internacionales ...*”, ob. cit., p. 6.

¹⁰ KELSEN, Hans. “*Teoría pura del derecho*”, 6ªed., México, 1991, p. 21.

¹¹ La teoría de las uniones aduaneras es un aspecto de la teoría general del proteccionismo y se dedica básicamente a analizar los efectos del establecimiento de tarifas discriminatorias desde el punto de vista

Se abordan los procesos de integración más significativos para nuestro estudio, partiendo de la hoy Unión Europea, pues, sin duda, es un ejemplo paradigmático de integración, con una estructura institucional supranacional y con un ordenamiento jurídico propio y autónomo, a tener en cuenta por el MERCOSUR. De allí que no se pueda descartar la experiencia vivida por los europeos en su proceso de integración¹².

En este marco general se estudia de manera particular el proceso de integración MERCOSUR, pues, conforme advierte UMBERTO ECO, para violar reglas o bien oponerse a ellas, importa, antes de todo, conocerlas y, eventualmente, saber mostrar su inconsistencia¹³. Se analizan todos los supuestos inherentes al mismo, desde su origen -Tratado de Asunción- hasta el Protocolo de Ouro Preto -que consagró tanto la personalidad jurídica de Derecho Internacional como la funcionalidad jurídica institucional definitiva del proceso-, teniendo en cuenta las instituciones creadas durante el período de transición entre ambos. Se estudian las fuentes del derecho del MERCOSUR, la jerarquía de sus normas, el procedimiento de internalización de las mismas en los Estados Partes, teniendo en cuenta que, a diferencia de las instituciones europeas, las normas no tienen aplicabilidad inmediata¹⁴ y efecto directo¹⁵.

geográfico. VINER, Jacob. *"The Customs Union Issue"*, Carnegie Endowment for International Peace, Nueva York, 1950.

¹² "Nesse sentido, é inestimável a contribuição comunitária europeia, sem pretender transposições diretas, nem copiar mecanismos, mas atentando para a dinâmica política do processo de integração, tal como por vez primeira, alcançou-se na Europa, cabendo ter presente esta experiência como ponto de referência para colocar-se em bases viáveis o esforço da construção do MERCOSUL, cientes e conscientes das especificidades e diversidade rítmica e dinâmica própria do processo em curso entre nós". CASSELLA, Paulo Borba. "Significado do Mercosul para advogados europeus", en: *"Direito Internacional – vertente jurídica da globalização"*, Porto Alegre, 2000, p. 35.

¹³ ECO, Umberto. *"Como se faz uma tese"*, 10ª ed., São Paulo, 1993, p. 48.

¹⁴ La aplicabilidad inmediata implica que el acto internacional no necesita ser incorporado o transformado en norma de derecho interno para que tenga vigencia en el ámbito interno del Estado nacional. De este modo, para que dicha norma sea aplicable en el territorio nacional de algún Estado miembro de la Unión Europea, la intervención de las autoridades nacionales de este Estado no se torna necesario. *"El reglamento es un acto adoptado por las instituciones comunitarias y una vez adoptados se convierte en Derecho vigente en los Estados miembros sin necesidad de que el Estado tome ninguna medida de recepción del mismo. Dichas medidas no sólo son innecesarias, sino que además, el propio art. 189 CEE en virtud de esa aplicabilidad directa las prohíbe, como reconoció el Tribunal en su decisión en el asunto Variola – cuando estableció que 'la aplicabilidad directa de un Reglamento exige que su entrada y su aplicación a favor o a cargo de los sujetos de derecho se realice sin ninguna medida de recepción en el Derecho nacional'.* MORO, Lucía Millán. *"Aplicabilidad directa y efecto directo en derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia"*, Revista de Instituciones Europeas, nº 11, vol. 2, 1984, p. 448.

¹⁵ El derecho comunitario crea derechos y obligaciones a los ciudadanos comunitarios, sin la necesidad de acudir a las legislaciones nacionales, que posteriormente deberán ser protegidas por los Tribunales nacionales. Tales derechos y obligaciones nacen en el momento que la norma hace una atribución explícita, de forma bien definida, a los individuos, al Estado o a las instituciones europeas. No son todas las normas que poseen este efecto directo. Para saber cuáles son dichas normas, el Tribunal de Justicia ha determinado, en la célebre sentencia Van Gend en Loos en la causa 26 de 1962, que el efecto directo se determinará según el espíritu, la estructura y el contexto de la prescripción. De manera que, *"entre los requisitos necesarios para que una norma tenga esta característica figuran el que éstas sean claras y precisas y –en cuanto a su eficacia– el que no dependan de condición alguna"*. AVOORT, Alexandre S. Van Der. *"El ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea"*, El Derecho, t. 142, 1991, p. 873. Entonces, *"si esta (norma) impone una obligación de forma clara, completa e incondicional, de manera que no haya duda sobre su naturaleza, sobre quien es el obligado y quien el detentor del derecho siendo posible deducir consecuencias inmediatas a nivel de su ejecución, esa disposición tiene efecto directo, en consecuencia los particulares podrán invocarla ante los tribunales nacionales. Esa invocabilidad de la norma puede ser en contra de disposiciones nacionales incompatibles (invocabilidad de exclusión) o simplemente para hacer valer el derecho concedido (invocabilidad de sustitución)"*. JIMÉNEZ, Martha Lucía Olivar. *"La*

Se enfatiza sobre el Sistema de Solución de Controversias que, si bien fue previsto para el período de transición, permanece hasta el presente y se muestra totalmente insuficiente para la solución de los problemas derivados de las transacciones entre particulares de los Estados Partes.

Concluida esta primera parte general se pasa a la parte especial relacionada con el análisis de nuestro objeto de estudio, los contratos de compraventa internacional, entrando en la problemática de la ley aplicable y la jurisdicción competente.

Se analizan los distintos intentos unificadores a nivel mundial que tengan relación con la temática de estudio, tal es el caso de las Convenciones de La Haya de 1964, la Convención de Viena de 1980, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el Código de Bustamante, el Proyecto de Buenos Aires de 1953 y, por último, las CIDIP's realizadas en el seno de la Organización de los Estados Americanos. Se aborda, también, el principio de Autonomía de la Voluntad, consagrado por casi todos los países de la comunidad internacional.

En el capítulo III se analiza la normativa vigente en los Estados Partes del MERCOSUR que traten específicamente nuestro objeto de estudio. Se emplea el método deductivo, ya que una de las variables seleccionadas es el ordenamiento jurídico de cada Estado Parte¹⁶.

En un apartado separado se examina el Protocolo de Buenos Aires que establece la Jurisdicción Internacional en materia contractual¹⁷. Se determinan sus fallas y sus logros en tanto instrumento complementario del ordenamiento jurídico del MERCOSUR. Metodológicamente se lo compara¹⁸ con el Convenio de Bruselas de 1968, que regula la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

A continuación, se revisa la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, suscripta en Viena el 11 de abril de 1980, por ser la misma un instrumento vigente en Argentina y Uruguay y por su importancia indirecta para los operadores comerciales brasileños y paraguayos.¹⁹

comprensión del concepto de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur, en: BASSO, Maristela (org.). "MERCOSUL – seus efeitos jurídicos ...", ob. cit., p. 26.

¹⁶ Para Mosco, "el método deductivo es, sin duda, el más empleado, y quizás el más útil (aunque no siempre es lo más seguro), en la labor jurídica, especialmente en la interpretación de la ley, sobre todo en el dominio del positivismo jurídico". MOSCO, L. "Scienza giuridica e metodologia giuridica", Napoli, 1954, p. 70.

¹⁷ Decisión 1/94

¹⁸ En el campo del Derecho comparado "se valora especialmente cuando se realiza una revisión y leyes de materia análoga, porque es la oportunidad propicia para confrontar la eficacia, los resultados de la aplicación, las fallas, etc., claro está siempre que también los motivos presupuestos sean más o menos análogos, porque en esa comparación no se puede prescindir de los factores históricos, económicos, culturales". BIELSA, Rafael. "Metodología Jurídica", Santa Fé, 1961, p. 54.

¹⁹ Conforme lembra el autor Ruy Rosado de Aguiar Jr., la ley brasileña – LICC - determina que para calificar y regir las obligaciones, debe ser aplicada la ley del lugar de su constitución y siendo que la obligación resultante de un contrato reputase constituida en el lugar de domicilio del proponente. En el caso de una compraventa de mercaderías celebrada entre una parte establecida en Brasil y otra parte establecida en Argentina, por ejemplo, siendo la propuesta hecha por la parte argentina, nuestra regla de derecho internacional privado obliga que la ley a ser aplicada a este contrato sea la de este otro país, Argentina,

En el Capítulo IV se estudia, con base en el derecho comparado, el Convenio de Roma –1980- sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, antes no reguladas, el que es complementario del Convenio de Bruselas, bien como la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales – CIDIP V – firmada en el seno de la Organización de los Estados Americanos, en la ciudad de México, en 1994. El análisis de ambos Convenios se justifica en la medida que puedan servir como modelos para una futura legislación en el ámbito del Mercosur.

Finalmente se arriba a las conclusiones, las que podrán ser un punto de partida para futuras investigaciones.

2. El Método Comparativo. Su elección

En este trabajo se ha utilizado preferentemente el método comparativo, ya que el propio estudio de las legislaciones en el ámbito del MERCOSUR -que de manera directa o indirecta tratan al objeto de estudio- y la propuesta de efectuar una evaluación de las asimetrías existentes que permita extraer conclusiones para el futuro de la contratación mercantil internacional en la región, presupone un estudio comparado.

Lijphart²⁰ sostiene que si bien este método se basa en la misma lógica del método estadístico para confrontar empíricamente relaciones que se hipotetizan entre variables, la principal diferencia radica en el menor número de casos comparables que se analizan, es decir en aquellos casos en los cuales su número limitado no permite el análisis estadístico. La ventaja de este método es que al utilizarse por parte del investigador menor cantidad de casos permite prestar atención a los detalles sin caer en lo meramente descriptivo o en las generalizaciones numéricas.

La aplicación de esta metodología “*exige dirimir las cuestiones objeto de comparación respecto de sus analogías o diferencias*”²¹ de allí que se tenga en cuenta la similitud en el contexto general en el que se ubican los casos. La variable jurídica encuentra su justificación en la legislación interna de los cuatro países miembros del MERCOSUR, ya que todas poseen un origen común -proviene del derecho romano- además, ninguna de las variables tomada por separado permite realizar una clasificación de las especies dentro del tipo ideal. Se agrega a ello que estos países participan de un mismo proceso integrativo.

En cuanto a las diferencias, cada ordenamiento jurídico interno trata a la Ley Aplicable en la contratación mercantil internacional de distinta manera. Esto

siendo por eso, aplicable esta Convención. In “*A Convenção de Viena (1980) e a Resolução do Contrato por Incumprimento*”, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 10, 1994, p. 7.

²⁰ LIJPHART, Arend. “*The comparables Cases Strategy in Comparative Research*” en: Louis J Cantori y Andrew H. Siegler, eds. “*Comparative Politics in the PostBehavioral Era*” (Boulder, Colorado: Lynne Rienner Publishers), 1975-1988, p. 59.

²¹ MENDICOA Gloria Edel, compiladora. “*Manual Teórico-Práctico de Investigación social*”, Edit. Espacio, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 30.

ocurre por variadas razones de orden interno, jurídico, económico, político, cultural, etc. Encontrar tales razones y compararlas con las demás resulta sumamente importante para comprender el por qué del tratamiento diferenciado en los diversos ordenamientos nacionales y en los distintos espacios temporales.

De todo lo expuesto anteriormente, se utilizó como base de elaboración de este trabajo los pasos seguidos por BIELSA ²², quien propone:

- § *“El estudio del Derecho comparado como disciplina científica debe hacerse no sólo por el examen comparativo de los textos legales relativos a cada institución o sistema, aun cuando se los abone con la cita de soluciones jurisprudenciales, sino sobre la base de un examen orgánico de antecedentes históricos de la institución y análisis de su resultado en la práctica, atendiendo a las diversas explicaciones dadas”;*
- § *“El método aconsejable no puede ser el dogmático abstracto, sino el inductivo concreto o, mejor aún, un procedimiento comprensivo de ambos métodos”;*
- § *“En la interpretación jurisprudencial es peligrosa la aceptación de plano de las soluciones positivas y de las construcciones doctrinarias, cuando no se trata de un derecho extranjero con las mismas directivas políticas y sociales del derecho nacional, o no construido sobre un análogo sistema político-social. Las obras doctrinales deben estar libres de influencias extrañas al derecho nacional. El examen del Derecho comparado debe hacerse en ellos con espíritu crítico”.*

²² BIELSA, Rafael. *“Metodología Jurídica”*, ob. Cit., p.56.

CAPITULO I

MARCO COMERCIAL Y JURÍDICO

En este capítulo, desde una perspectiva general y teórica, se desarrollará el marco comercial y jurídico en el que se ubica el objeto de estudio y se conceptualizarán aquellas categorías que permitan abordarlo.

En este contexto se puede afirmar que no se conoce con precisión cuándo el hombre, por primera vez, practicó un acto de comercio, mucho menos de comercio internacional. De lo que sí se tiene conocimiento, a través de la historia, es que ya antes de Cristo, los comerciantes enviaban sus representantes a través del mar Mediterráneo hacia tierras lejanas para vender sus productos.

En la actualidad, la interdependencia entre los países de la comunidad internacional es cada vez mayor. Las relaciones de cambio abarcan prácticamente todo el universo de bienes y servicios.

La década de los noventa implicó no sólo el final de la Guerra Fría sino también la expansión de la liberalización comercial en el mundo, acompañado por un fuerte dinamismo en los procesos de integración. Ello implicó también la liberación de las políticas exteriores de los países de América Latina que hasta entonces estaban vinculadas, de una u otra forma, a las zonas de influencia entre el este y el oeste. A esto se agrega la desaparición de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas marcada por el fracaso de las economías centralmente planificadas y la ascensión al “*status*” de absoluto de la economía de mercado como modelo para la organización de las sociedades y sus respectivas economías²³.

Por primera vez en la historia todo se puede producir en cualquier parte y vender donde se quiera. Esto significa, fabricar cada componente y desarrollar cada actividad en un lugar del planeta, donde la mano de obra y otros factores de la producción sean más baratos, y venderlo en donde sea más lucrativo. Las transformaciones tecnológicas y el desarrollo de la informática y las comunicaciones a nivel mundial produjeron cambios sustanciales a nivel micro económico en los sistemas de gestión y organización de las empresas. Precisamente, estas transformaciones en la economía internacional facilitan la difusión de la ideología de la ‘globalización’²⁴ y la expansión rápida y masiva de los flujos de personas, capitales, bienes, servicios e información que permiten la reasignación de los recursos en forma instantánea y global. Todo esto ha desarrollado un cambio formidable en la geografía de los factores productivos.

Estas transformaciones se ven acompañadas por una reasignación de funciones de los Estados nacionales que dejan de ser los actores principales del sistema económico internacional, adquiriendo un protagonismo fundamental las empresas transnacionales que operan a escala global. En este contexto, adquiere nueva

²³CAPUTO, Dante. “*Notas sobre la globalización*”, diciembre de 1996, Fundación Raúl Prebisch, Buenos Aires, Argentina.

²⁴ Este término es ampliamente utilizado por los norteamericanos.

significación el 'libre comercio' condenándose cualquier forma de intervención estatal, resurgiendo la célebre frase de los fisiócratas franceses "*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*"²⁵.

Casi el 100% del intercambio comercial internacional está en manos de empresas internacionales²⁶ o transnacionales y ese intercambio se instrumenta, generalmente, en el denominado contrato de compraventa internacional. Estas empresas originan la mayor parte de la tecnología comercial moderna²⁷ e Inversiones Extranjeras Directas²⁸ en los países receptores.

De esta manera, la globalización se vio acompañada por un crecimiento exponencial de los flujos de capital²⁹. Una economía de mercado se construye de diversas formas, una de ellas se relaciona con las identidades nacionales. Se debe pensar en la inserción del Estado nacional en el mercado mundial, pero se debe, también, mantener la identidad nacional. En este sentido, son elocuentes las palabras del filósofo polaco ROMAN INGALDEN, para quien "*la identidad es como una casa: una casa debe tener ventanas, porque si no las tiene no es una casa sino una prisión, pero debe también tener muros, pues una casa sin muros es sólo un espacio abierto. Queremos tener identidades nacionales abiertas, pero que no sean tan abiertas que no sean más identidades nacionales*"³⁰.

La globalización no implica necesariamente un crecimiento global del ingreso nacional y de las actividades productivas mediante la apertura comercial y financiera, pero sí puede implicar, cuando no exista una política adecuada, una destrucción de actividades productivas, con consecuencias en el nivel de empleo y de vida de los países.³¹

²⁵ Esta frase fue impuesta por los fisiócratas y en nuestros días significa una condena a cualquier forma de intervención del Estado en la economía y una convicción de que la solución vendrá por sí sola, como una consecuencia del libre juego de las leyes naturales. GALBRAITH, John Kenneth. "*Historia de la economía*", Buenos Aires, 1994, p. 64.

²⁶ Las grandes empresas internacionales aparecieron antes de la Segunda Grande Guerra. Existen autores que hacen una cierta confusión con los términos empresas internacionales y empresas globales. La internacionalización es "*aquél proceso planificado, llevado a cabo de forma gradual, en el que la empresa acomete mercados extranjeros y adapta estrategias de implantación adecuadas a las necesidades de cada uno de los mercados. Por otro lado, se define compañía global como aquella organización que intenta estandarizar operaciones en todo el mundo en todas sus áreas funcionales. Sus actividades responden a una filosofía, la del THINK GLOBAL, que consiste, tal y como definió Theodore Levitt, en que las empresas tienen que operar como si el mundo fuera un gran mercado ignorando las diferencias superficiales de origen nacional o regional*". CANTOS, Manuel. "*Introducción al Comercio Internacional*", Barcelona, 2000, p. 14.

²⁷ Idem, ibidem, pp. 13-16.

²⁸ En los últimos años fue tan rápido el avance de la IED en el mundo que, entre 1991 y 1993, su crecimiento duplicó el del comercio internacional, que, por su lado, creció una vez y media más rápido que la producción mundial. El motor de este crecimiento fueron las empresas transnacionales. Ellas suman cerca de 40.000 casas matrices y 250.000 sucursales en el extranjero. Las inversiones directas de estas empresas en el extranjero y las redes de producción y transacciones económicas internacionales creadas en torno a ellas han superado al comercio como principal factor de la integración económica internacional; en: *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)*, World Investment Report 1995: Transnational Corporations and Competitiveness (UNCTAD/DTCI/26), Ginebra, Naciones Unidas, 1995, cuadro I.13, p. 37. Publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta: E.95.II.A.9.

²⁹ Para tener una mejor idea sobre el movimiento de los capitales en esta época, consultar THURLOW, Lester C. "*El futuro del Capitalismo*", Buenos Aires, 1996.

³⁰ Citado por Rocco Buttiglione en la palestra *IDENTIDAD Y GLOBALIZACIÓN* llevada a cabo en Buenos Aires, Argentina, en el día 2 de Julio de 1997.

³¹ VANOLI, Alejandro. "*Globalización e integración económica. Causas y efectos e incidencia en el Mercosur*", en: PROENÇA, Alencar Mello; BIOCCA, Stella Maris (orgs). "*La Integración hacia el siglo XXI*", Pelotas, 1996, p. 67.

En éste escenario y como respuesta a la globalización, los procesos de integración³² implican un fortalecimiento de los Estados nacionales que, unidos en bloques, vislumbran la posibilidad de alcanzar un crecimiento sustentable como forma de sobrevivir a los efectos negativos del fenómeno global.

1. Integración Regional

Los estudios de los procesos de integración se han efectuado en base a la “*Teoría de la Uniones Aduaneras*” de JACOB VINER³³, quien analiza los efectos de las uniones aduaneras sobre los niveles de bienestar, en función del volumen y de los costos de las corrientes de comercio, identificando dos efectos: de *creación de comercio* y de *desvío de comercio*.

Hay creación de comercio cuando la unión aduanera produce un aumento en el comercio global de los países miembros, a través de la ampliación de las transacciones intra regionales o por medio del incremento de las importaciones desde el resto del mundo. El desvío de comercio, surge cuando los países integrantes de la unión desvían hacia su interior las importaciones que antes realizaban desde terceros países, sin compensar ese desvío por la realización de otras importaciones³⁴.

Esta teoría se basó en la libre competencia internacional y un mercado internacional competitivo y abierto -supuesto descalificado por la realidad actual, la cual demuestra que esas condiciones nunca operan-. En esta supuesta competencia internacional libre, los consumidores preferirían los productos de menor costo final. Esta preferencia por los productos más baratos orientará la asignación de recursos entre sectores y entre países, y como cada uno de ellos poseen distintas ventajas naturales en su producción, se tendería hacia la especialización y el aumento del nivel global de comercio. Esa especialización, conforme al supuesto de VINER, permitiría niveles más altos de eficiencia con la consiguiente reducción de costos que se traduciría en un aumento del poder adquisitivo y de los niveles de consumo, repercutiendo positivamente sobre los niveles de bienestar.

Para el autor, como el comercio se realiza en función de los menores costos, esto permite mejores niveles de bienestar; de este modo, la creación de una unión aduanera sería positiva solamente cuando los efectos de creación de comercio fuesen superiores a los del desvío de comercio³⁵.

³² La integración que se trabaja parte de un concepto estructural y se define como “*el proceso de creación de un espacio económico, político y social por la interpenetración estructural, voluntaria y solidaria de los Estados Parte, a partir de intereses comunes, que tiene como objetivo el desarrollo y cuyos mecanismos e instrumentos quedan definidos en el Tratado que le da origen*”. MELLADO, Noemí B. “*El Modelo del MERCOSUR*”, en: Aportes para la Integración Latinoamericana, Instituto de Integración Latinoamericana, Universidad Nacional de La Plata, año I, nº 2, diciembre 1995, p. 33.

³³VINER, Jacob. “*The Customs Union Issue*”, ob.cit..

³⁴ARAGÃO, José María. “*La teoría económica y el proceso de integración de América Latina*”, en: Revista de la Integración nº 2, Buenos Aires, mayo de 1968, p. 84.

³⁵ Existe una gran cantidad de críticas a esta teoría de las uniones aduaneras de Jacob Viner, pero no cabe aquí mencionarlas. Para un estudio más profundizado, ver ARAGÃO, José María. “*La teoría económica ...*”, ob. cit.; ROSENTHAL, Gert. “*La integración regional en los años noventa*”, en: Revista de la Cepal nº 50, agosto de 1993; y ANDERSON, Michael. “*Estimación de los beneficios de la integración económica en América Latina*”, en: Revista Integración Latinoamericana, n.º 113, junio de 1986.

Si bien históricamente los procesos de integración regional en América Latina han surgido en contrapartida a los problemas del estrangulamiento externo y por la necesidad de generar las bases para un desarrollo sostenido y eficiente, actualmente se tienen en consideración otros factores que no están ligados, necesariamente, a la creación o desvío de comercio, aunque se produce una disminución de los costos potenciales del desvío del comercio por la creciente liberalización comercial de los países de la región con el resto del mundo. A la vez, se produjo un cambio de mentalidad en el sentido que los beneficios potenciales son mayores que los costos, ya que existen otros beneficios que no son de índole económica, tales como la consolidación democrática, la potenciación de la capacidad negociadora externa.

En la década de los sesenta los países latinoamericanos comenzaron a poner en práctica los mecanismos de integración económica *“como parte de una estrategia de desarrollo basado en la industrialización y en el fortalecimiento de los mercados internos”*³⁶, conocido como “desarrollo hacia adentro”.

En esa época la situación externa de América Latina era desfavorable tanto en términos de intercambio como en el volumen y composición de sus exportaciones, por lo cual, a los fines de incrementar y diversificar su comercio y de utilizar las escasas divisas para la importación de aquellos bienes necesarios para el proceso productivo, resultó imprescindible no sólo incorporar valor agregado a su producción sino también sustituir importaciones.

Si bien esta posición era la predominante en los economistas latinoamericanos de aquél tiempo *“las teorías de la época llevaban a la conclusión de que era necesario agregar servicios a nuestros productos básicos, pero no concluían que era deseable desarrollarse hacia adentro... El proteccionismo y el énfasis en la sustitución de importaciones no fueron impuestos por el pensamiento latinoamericano de la época, encabezado por Raúl Prebisch, sino más por las circunstancias”*³⁷.

Muchos de los países se cerraron dentro de sus fronteras, viéndose perjudicados dado que sus aparatos productivos quedaron obsoletos, sin incorporación de nuevas tecnologías y dependientes de su importación de terceros países.

Se produjo entonces una saturación del proceso sustitutivo que se caracterizó por la falta de conformación de una estructura industrial eficiente en el contexto internacional, perdiendo de este modo competitividad internacional sus producciones. Además, esta política de sustitución de importaciones trajo consigo elevadas tasas de protección arancelaria, preservando las economías de la competencia externa, pero, al mismo tiempo, generaron un sistema interno de precios relativos crecientemente distorsionado, favoreciendo sectores industriales y perjudicando a los sectores primarios.

De este “regionalismo hacia adentro” surgieron los primeros intentos de integración, tal el caso de la firma del Tratado de Montevideo, de 1960, que dió origen a la

³⁶ MASSAD, Carlos. *“Una nueva estrategia para la integración”*, en: Revista de la Cepal nº 37, abril de 1989, p. 105.

³⁷ Idem, ibidem, p. 106.

ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio)³⁸, integrada por Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Perú, Uruguay, Bolivia, Colombia, Ecuador, Venezuela y México “con el fin de alcanzar una integración regional, dirigida a constituir una zona de libre comercio”³⁹. En el pensamiento integracionista de la época tuvo influencia decisiva la Comisión Económica para América Latina, CEPAL, creada en 1948. La integración fue concebida, entonces, como una forma de promover el comercio entre los países latinoamericanos para facilitar la ampliación de los mercados internos por lo cual “Para lograr progreso en la integración los compromisos integradores deben percibirse por los formuladores de la política económica nacional como algo funcional a los objetivos de desarrollo”⁴⁰.

Después de dicho período de incentivo del mercado interno, a partir de la década de los setenta los países latinoamericanos adoptan un modelo de desarrollo hacia fuera, en base al endeudamiento externo y tratando de insertarse en el mercado internacional.

En los años ‘80, se ponen en evidencia los efectos negativos de este endeudamiento de la región. Es así como los países comienzan a aplicar las políticas de ajuste recomendadas por el Fondo Monetario Internacional, “lo cual debilita aún más los esfuerzos de integración”⁴¹. Ante la parálisis de la ALALC y haciendo una revisión de objetivos y estrategias se crea la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración).

Si bien estos procesos fueron criticados por la teoría ortodoxa de la integración por considerarlos opuestos al libre comercio internacional, en la actualidad pueden ser considerados complementarios, “la idea de que lo ideal de una economía internacional abierta, sin barreras artificiales al libre intercambio de bienes y servicios, no excluía necesariamente los compromisos integradores y que éstos incluso podrían facilitar su consecución”⁴², o aún, “una razón para desarrollar simultáneamente la inserción multilateral y la integración regional es la del principio de la adicionalidad: los acuerdos regionales pueden complementar en vez de debilitar al GATT y el comercio puede ser liberalizado aún más rápido que en dicho contexto”⁴³.

Varios hechos, circunstancias y comportamientos produjeron un cambio en la concepción misma de la integración regional, derivados de la globalización, la creciente liberación del intercambio de bienes y servicios, la libertad de movimientos de capitales internacionales, el acelerado desarrollo de la ciencia y de la tecnología, la revolución informática y en las comunicaciones y la intensificación de las

³⁸ No se adentrará en los demás espacios integrados surgidos en esta misma época, como el Mercado Común Centroamericano, 1960; el Mercado Común del Caribe, 1973.

³⁹ UZAL, María Elsa. “El Mercosur en el camino de la integración”, en: Cuadernos de la Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, 1998, p. 42.

⁴⁰ Gert Rosenthal *apud* MASSAD, Carlos. “Una nueva ...”, ob. cit., p. 111.

⁴¹ GANA, Eduardo; BERMÚDEZ, Augusto. “Opciones para la integración regional”, en: Revista de la Cepal n° 37, abril de 1989, p. 94.

⁴² ROSENTHAL, Gert. “La integración regional ...”, ob. cit., p. 13.

⁴³ LAHERA, Eugenio. “Dinámica, restricciones y políticas de la integración”, en: Revista Integración Latinoamericana, noviembre de 1992, p. 6.

inversiones extranjeras directas. Todo esto se vio reflejado en América Latina en la concepción del denominado “regionalismo abierto”.⁴⁴

La estrategia de integración debe centrarse en fortalecer la eficiencia productiva, la capacidad tecnológica, los mecanismos financieros y la capacidad de negociación de la región.

Fortalecer la eficiencia productiva es un factor muy importante para nuestra región ya que el proteccionismo anterior *“ha dado origen a estructuras industriales débiles y, en algunos casos, conformadas por industrias cuya capacidad competitiva en el ámbito internacional ha ido disminuyendo cada vez más”*⁴⁵. Por lo tanto, surge un nuevo beneficio de la integración, derivado del impacto del espacio ampliado sobre la innovación y la mejor asignación de recursos, que contribuirá a elevar la productividad y la eficiencia, posibilitando mejorar la competitividad de nuestras producciones en el mercado internacional, dado que *“los mercados ampliados posibilitan niveles óptimos de producción que minimizan los costos medios y permiten aumentar la competitividad internacional de la economía por diversas vías; la integración se puede orientar a fortalecer la inserción internacional, favorecer la articulación productiva e inducir la interacción creativa entre los agentes públicos y privados”*⁴⁶.

A su vez, este mercado ampliado posibilita un aumento en el intercambio comercial intrazonal y extrazonal. Desde el punto de vista de las empresas, permite un mejor aprovechamiento de las ventajas comparativas para el comercio intrazonal y, al mismo tiempo, con una ayuda de los gobiernos locales o en conjunto con la región, reasignar los recursos necesarios para buscar y mejorar las ventajas competitivas de la región⁴⁷.

En cuanto a la tecnología, el *“mercado ampliado, resultante de un proceso de integración efectivo, puede ayudar a crear las condiciones para un desarrollo tecnológico y productivo más acorde con una participación activa en la economía internacional”*⁴⁸.

Los procesos de integración también permiten potenciar la capacidad de negociación externa para, de esta manera, poder influenciar en las reglas del comercio internacional a través de las negociaciones en bloques.

⁴⁴ Se entiende por regionalismo abierto al *“proceso de creciente interdependencia económica a nivel regional, impulsado tanto por acuerdos preferenciales de integración como por otras políticas, en un contexto de apertura y desreglamentación, con el objeto de aumentar la competitividad de los países de la región”*, CEPAL, 13/1/94, LC/C 808, 2.

⁴⁵ MATEO, Fernando. *“Integración económica regional e inserción económica internacional”*, en: Revista Integración Latinoamericana, Buenos Aires, octubre de 1978, p. 19.

⁴⁶ *“CEPAL, Equidad y Transformación productiva: un enfoque integrado”*, en: LAHERA, Eugenio. *“Dinámica, restricciones ...”*, ob. cit., p. 4.

⁴⁷ *“En la medida en que todos los países de la región avancen en la dirección de mejorar la eficiencia económica global y pongan en práctica las medidas consiguientes, también será posible seleccionar los campos productivos que hay que preservar de una competencia internacional indiscriminada pero que pueden someterse a una saludable competencia intrarregional que, hasta el presente y salvo excepciones, en lo posible se ha tratado de evitar. El proceso de ajuste a que llevaría esa competencia intra latinoamericana crearía condiciones más favorables para que en un futuro mediano se incluyeran las actividades involucradas en el espectro en el que se ejercite una mayor competencia internacional”*. MATEO, Fernando. *“Integración económica ...”*, ob. cit., p. 19.

⁴⁸ GANA, Eduardo; BERMÚDEZ, Augusto. *“Opciones para la ...”*, ob. cit., p. 90.

En definitiva, el pensamiento existente en América Latina era totalmente distinto del pensamiento reinante en Europa en el momento de su integración regional. El proceso de integración en Europa tenía raíces de naturaleza eminentemente política: la real o la supuesta amenaza a la soberanía nacional y, consecuentemente, el miedo a la pérdida de las normas y de los valores vigentes en la sociedad – economía de mercado, pluralismo político, estado de derecho⁴⁹. Como consecuencia de esto *“terminada la Segunda Guerra Mundial dos cuestiones esenciales se presentaron a los europeos: una económica de cómo reconstruir sus casas y fábricas, cómo reorganizar las actividades económicas; y otra política de cómo evitar la eclosión de nuevos conflictos y sus catastróficas consecuencias que se harán sentir, cada vez más, en el ámbito mundial”*⁵⁰.

En América Latina, por el contrario, las élites jamás llegaron a percibir peligros semejantes. Es así como *“Teóricos da integração regional como Bela Balassa e Sidney Dell certamente têm razão ao afirmar, que o interesse latino-americano na formação de blocos econômicos foi, antes de mais nada, uma reação para fugir aos efeitos discriminatórios de terceiros mercados – principalmente daqueles surgidos pela criação da CE -, do que um esforço consciente para impulsionar o desenvolvimento pela via de integração”*⁵¹. En resumen, *“pode-se afirmar que, enquanto o processo de constituição das Comunidades Europeias esteve basicamente condicionado por elementos de índole política, o desencadeamento da integração latino-americana foi, ao nível teórico, produto de um questionamento da teoria clássica do comércio internacional no que diz respeito à distribuição dos ganhos de produtividade entre os países industrializados e os países produtores de matérias-primas; e foi, ao nível prático imediato, produto dos efeitos negativos que o comércio internacional teve a partir dos anos 50 para as economias da região”*⁵².

2. Unión Europea

Cuando se habla de Unión Europea (UE), término recientemente acuñado en el Tratado de Unión Europea firmado en Maastricht en 1992, (TUE⁵³), se refiere a una estructura jurídica compleja integrada por tres organizaciones internacionales: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, (CECA), la Comunidad Económica Europea, (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, (EURATOM); y aún, por un sistema institucionalizado de cooperación entre sus miembros, tanto en materia de relaciones exteriores y seguridad, como en determinados aspectos de su régimen interior de policía y administración de justicia⁵⁴.

El surgimiento de las Comunidades Europeas tuvo como objetivo inmediato la integración económica de sus Estados miembros, pero con un fin último de

⁴⁹ Para una mejor comprensión se recomienda ver LUZÁRRAGA, Francisco Aldecoa. *“El Acuerdo de Guatemala, primera institucionalización del proceso de Paz en Centroamérica”*, Tiempo de Paz, Madrid, 1988.

⁵⁰ GABRICCI, Leonello. *“A Integração Europeia”*, en: PLÁ, Juan Algorta (coord.). *“O Mercosul e a Comunidade Europeia. Uma abordagem comparativa”*, Porto Alegre, 1994, p. 14.

⁵¹ BIEBER, León E. *“Paralelos e Diferenças na conformação de blocos de Integração Regional na Europa e na América Latina”*, en: PLÁ, Juan Algorta (coord.). *“O Mercosul ...”*, ob. cit., p. 29.

⁵² Idem, ibidem, p. 30.

⁵³ Tratado de la Unión Europea que entró en vigencia el 1 de noviembre de 1993.

⁵⁴ El 2 de octubre de 1997 fue firmado el Tratado de Amsterdam, el cual ha modificado algunos puntos del Tratado de la Unión Europea y de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.

alcanzar la unidad política en Europa, unidad ésta que siempre estuvo presente en la voluntad de los gobiernos europeos.

En sus antecedentes ya se percibía este espíritu, tal es el caso del Congreso de La Haya -7 a 10 de junio de 1948-, organizado por el Comité de Coordinación de los Movimientos para la Unidad Europea; de la creación del Consejo de Europa - Tratado de Londres, 5 de mayo de 1949-; y de la declaración de Robert Schuman -9 de mayo de 1950-, en la que se proponía la reconciliación entre Francia y Alemania a través de la creación de la CECA, resultando novedosa la metodología propuesta para el logro de estos objetivos: Europa no puede construirse de una sola vez, como si fuese un problema de decisión solamente política, sino que debe comenzar por la creación entre los europeos de una solidaridad de hecho, bajo el punto de vista económico, social y cultural, a través de realizaciones concretas; la unificación de Europa debe establecer bases comunes de desarrollo -de ahí la propuesta de creación de la CECA-; y por último, deben crearse instituciones y reglas comunes, y fundamentalmente, una alta autoridad de los gobiernos de los Estados miembros con responsabilidades delimitadas para las tomas de decisiones que serán obligados a acatar⁵⁵.

Esta declaración fue el documento base de toda la edificación europea. Sin embargo, Inglaterra se oponía porque no aceptaba la idea de establecer una alta autoridad dotada de poderes soberanos. En cambio, obtuvo la aceptación inmediata por parte de Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, llevando a la firma del Tratado de París que crea la CECA -18 de abril de 1951-, marcando el inicio del proceso de integración europea.

En junio de 1955, los ministros de Asuntos Exteriores de los seis Estados miembros de la CECA abordaron la posibilidad de extender la experiencia común de los sectores del carbón y del acero al resto de las actividades económicas y al sector de la energía nuclear. Tales negociaciones condujeron a la firma, en 25 de marzo de 1957, de tres Tratados: el que crea la Comunidad Económica Europea (CEE); el que crea la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM); y el de creación de instituciones comunes a las Comunidades Europeas. Todos ellos entraron en vigencia a partir del 1º de enero de 1958.

La CEE y la EURATOM, tienen una estructura institucional semejante a la CECA: Comisión, de composición similar a la de la Alta Autoridad, Consejo, Asamblea y Tribunal de Justicia, instituciones todas ellas previstas en los respectivos Tratados constitutivos, que también establecen un Comité Económico y Social. Se prevé que la Asamblea y el Tribunal de Justicia sean comunes a las tres Comunidades Europeas; y que el Comité Económico y Social sea común a la CEE y EURATOM. El 1º de enero de 1967 se realiza un cambio en la estructura orgánica de las

⁵⁵ *“Europa no se hará de golpe ni en una construcción en conjunto; se hará mediante realizaciones concretas creando primero una solidaridad de hecho. La reunión de las naciones europeas exige que la oposición secular de Francia y Alemania sea eliminada. La acción emprendida debe tocar en primer término a Francia y Alemania. Con esta finalidad el gobierno francés propone llevar inmediatamente la acción sobre un punto limitado pero decisivo. El gobierno francés propone colocar el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una Alta Autoridad común en una organización abierta a la participación de los demás países de Europa. La puesta en común de las producciones de carbón y acero asegurará inmediatamente el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea (...)”*. Parte de la declaración del ministro de Asuntos Exteriores francés, Robert Schuman, en: SERRA, Truyol. *“La integración Europea. Idea y Realidad”*, Madrid, 1972, p. 104 y ss.

instituciones. Se instituye un Consejo único y una Comisión única para las tres Comunidades⁵⁶. Hay que señalar que, si bien las instituciones son comunes, sus competencias y funcionamiento varían según cada Comunidad. La Asamblea, hoy recibe el nombre de Parlamento Europeo y desde 1979 está integrada por representantes de los distintos partidos políticos elegidos por sufragio universal en cada uno de los Estados miembros.

Las instituciones comunitarias tienen poder normativo, o sea, facultad de crear normas jurídicas obligatorias para los Estados Miembros⁵⁷, siendo ésta una de las características específicas de las Comunidades Europeas que se aplica con primacía sobre el derecho interno de los Estados Miembros⁵⁸. Si bien en los Tratados constitutivos no existe ninguna disposición al respecto, la Corte de Justicia consagró este principio, considerado como indispensable por la doctrina europea. Así, en 1964 la sentencia *Costa c. Enel* se tornó célebre al afirmar que *"(..) a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados Miembros, desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a los órganos judiciales; que, en efecto, al constituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional, y más particularmente de poderes reales nacidos de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y han creado así un cuerpo de derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos"*⁵⁹. En síntesis, *"la creación de una Comunidad de duración indefinida, la transferencia de poderes soberanos a sus órganos y la realización efectiva de un mercado común imponían el reconocimiento del carácter superior de las disposiciones comunitarias"*⁶⁰.

El Tribunal siempre ha puesto en evidencia estos aspectos relevantes en sentencias posteriores, cuando se ha señalado, por ejemplo, que *"el Tratado constituye un ordenamiento jurídico propio y novedoso"*⁶¹, cuyos rasgos esenciales son *"su primacía con respecto a los Derechos de los Estados*

⁵⁶ Tratado de Bruselas del 8 de abril de 1965.

⁵⁷ Los Reglamentos poseen alcance general, carácter normativo y aplicabilidad directa -como las Decisiones destinadas a individuos y empresas-, son directamente aplicables y producen claramente efectos directos para tales particulares; Las Directivas y Decisiones dirigidas a los Estados miembros obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para internalizarlas en sus ordenamientos jurídicos internos dentro del plazo designado para ello. Transcurrido este plazo sin que el Estado haya internalizado la referida directiva, ésta pasa a ser obligatoria y puede ser invocada por los nacionales de dicho Estado. Las Recomendaciones y Dictámenes no son vinculantes.

⁵⁸ Para un estudio más profundizado sobre el tema del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, véase, BEUTLER, B.; BIEBER, R.; PIPKORN, J., STREIL, J.. *"Die Europäische Gemeinschaft. Rechtsirdnung und Politik"*, 3ª ed., Baden-Baden, 1987.

⁵⁹ Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, *Costa c. Enel*, Rec. 1964, p. 1141.

⁶⁰ Colección de Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, causa 6 de 1964, Col. 1964, p. 1256.

⁶¹ Sentencia del TJCE de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, Rec. 1963, p. 3 y Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1964, asuntos 90/63 y 91/63, *Comisión c. Luxemburgo*, Rec. 1964, p. 1217.

*Miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos*⁶².

En cuanto a la incorporación de miembros al proceso de integración europea, primero fueron los seis Estados originarios: Francia, República Federal de Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo, que constituyeron la “Europa de los seis”; en 1973 adhieren Gran Bretaña, Dinamarca e Irlanda; en 1981 Grecia; en 1986 España y Portugal; y en 1995 Austria, Suecia y Finlandia, constituyendo la “Europa de los quince”.

En lo concerniente a sus instituciones, por el artículo 7 del TCE y las disposiciones correlativas de los otros Tratados, se establecía que el modelo comunitario respondería a un esquema institucional erigido sobre cinco instituciones: una Asamblea Parlamentaria -hoy Parlamento Europeo-; un Consejo; una Comisión; un Tribunal de Justicia; y un Tribunal de Cuentas. El TUE garantiza la coherencia y la continuidad de las acciones llevadas a cabo para alcanzar sus objetivos, (art. C. TUE), además, éste Tratado lleva al Tribunal de Cuentas -calificado antes como simple órgano comunitario- al rango de institución. Cada institución comunitaria posee una legitimidad propia y específica, pero trabajan en estrecha colaboración, cooperando de forma constructiva en beneficio de todos los ciudadanos⁶³.

3. Asociación Latinoamericana de Libre Comercio

Esta Asociación (ALALC) fue creada con el fin de alcanzar una integración regional dirigida a constituir una zona de libre comercio entre los países integrantes. Su origen se remonta al Tratado de Montevideo de 1960. En este Tratado se preveía un plazo de doce años para alcanzar una zona de libre comercio entre sus miembros, donde se eliminarían las restricciones cuantitativas y cualitativas al comercio entre los países miembros, a través de reducciones arancelarias negociadas y progresivas.

Como ya manifestado, el objetivo era estimular la industrialización, la diversificación de las economías y reducir la dependencia de los países latinoamericanos con relación a los países industrializados.

Transcurrido el período de doce años iniciales, vencido en 1973, los Estados decidieron prorrogar dicho plazo hasta el año 1979, pero la falta de apoyo político, las grandes diferencias existentes entre los Países Miembros y la gran dificultad de llevar a la práctica los mecanismos de desgravación arancelaria previstos, produjo una paralización en las negociaciones, culminando en 1980 con el fracaso de este proceso. Se adiciona a ello los golpes militares ocurridos en esta época que generaron no sólo conflictos limítrofes, sino también un entorno contrario a la

⁶² Dictamen del TJCE de 14 de diciembre de 1991, 1/91, Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio sobre la creación del Espacio Económico Europeo, Rec. 1991, p. 6079.

⁶³ Para profundizar mejor el estudio sobre la Estructura Orgánica de la Unión Europea, ver: HONRUBIA, Victoria Abellán; COSTA, Blanca Vilà (coord.). “*Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*”, 3ª edición revisada y actualizada, Barcelona, 1998, principalmente Cap. III y IV.

integración, en un marco de gran heterogeneidad ideológica y un enorme descreimiento en los procesos de integración⁶⁴.

A esos factores se agrega que los países miembros de la ALALC estaban interesados en una apertura comercial hasta cierto límite, toda vez que "*todos os países queriam abrir o mercado dos demais para os seus produtos, mas nenhum queria abrir o seu próprio mercado*"⁶⁵.

4. Asociación Latinoamericana de Integración

Con el fracaso de ALALC, surgió la necesidad de concreción un esquema más pragmático de integración entre los Estados de Latinoamérica, a partir de la experiencia de ALALC, principalmente en aquellos aspectos tendientes a otorgar flexibilidad a los Estados que suscribieren acuerdos de cooperación económica. Así, el 12 de agosto de 1980 se firmó el Tratado de Montevideo, creando la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Su objetivo es, entre otros, establecer un Mercado Común Latinoamericano sin plazo establecido de manera progresiva y gradual, posibilitando las negociaciones parciales, introduciendo de esta manera al bilateralismo como excepción a la cláusula de la nación más favorecida del GATT, permitiendo de este modo la concreción de diversos tipos de acuerdos, compatibles con los fines y vínculos de la integración⁶⁶. La característica fundamental de este esquema es el principio de flexibilidad.

5. MERCOSUR

Este proceso de integración regional del Cono Sur Latinoamericano tuvo su inicio en los distintos acuerdos sobre distintas materias, firmados entre Brasil y Argentina. En la década de los ochenta y con la democratización de estos países, comienza el período de acercamiento político entre ambos Estados. Producto de ello, fue la Declaración de Iguazú del 30 de noviembre de 1985. "*Comienza así una nueva etapa en la cooperación económica y política entre Argentina y Brasil. Este ciclo de cooperación se consolida con la firma del Acta de Amistad Argentino-Brasileña Democracia, Paz y Desarrollo*"⁶⁷. El 26 de julio de 1986 se establece el Programa de Integración y Cooperación Económica entre Brasil y Argentina –PICAB-⁶⁸, cuyos objetivos, sintéticamente, fueron los siguientes: la aceleración del proceso de integración bilateral; el estímulo al intercambio económico de ambos países; la creación de un espacio económico común; y el

⁶⁴ VANOLI, Alejandro. "Globalización e integración económica. Causas y efectos e incidencia en el Mercosur", en: PROENÇA, Alencar Mello; BIOCCA, Stella Maris (org.). "La Integración hacia el siglo XXI", ob. cit., p. 68.

⁶⁵ FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima; ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. "Mercosul hoje", São Paulo, 1996, p. 35.

⁶⁶ Los mecanismos utilizados por ALADI son: Preferencia Arancelaria Regional –PAR-; Acuerdos de Alcance Regional –AAR-; y Acuerdos de Alcance Parcial –AAP-. Dentro de estos últimos existen, también, los AAP Comerciales y los AAP de Complementación Económica. El MERCOSUR está debidamente registrado en ALADI a través del ACE n° 18, sin mencionar el ACE 14 que es el Tratado Argentina-Brasil de Integración, Cooperación y Desarrollo ratificado el 24.08.89.

⁶⁷ MELLADO, NOEMI B. "El modelo del Mercosur", ob. Cit., p. 26

⁶⁸ Para tener una noción de los referidos Protocolos y sus materias, ver: UZAL, María Elsa. "El Mercosur en el ...", ob. cit, pp. 45/46.

fortalecimiento del sistema democrático; entre otros. Todo ello en base a los principios de gradualidad, flexibilidad, progresividad y equilibrio.

El 29 de noviembre de 1988 se firmó el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo, cuyo objetivo principal era alcanzar, en una primera etapa, una zona de libre comercio de alcance general en un plazo de diez años y, en una segunda etapa, se conformaría el mercado común.

El 6 de julio de 1990 se firmó el Acta de Buenos Aires entre los presidentes Menem y Collor de Melo, fijándose como fecha para la concreción del mercado común el 31 de diciembre de 1994. Para el logro de estas metas se estableció un cronograma de desgravación arancelaria lineal y automática.

Finalmente, se arriba al 26 de marzo de 1991, día en que se firma en Paraguay el Tratado de Asunción para la constitución de un Mercado Común del Cono Sur. Su entrada en vigencia tuvo lugar el día 29 de noviembre del mismo año, debido a la aprobación de los parlamentos nacionales y consecuentes depósitos de los instrumentos de ratificación junto al gobierno de Paraguay⁶⁹. Al respecto, FRANCISCO ALDECOA LUZARRAGA⁷⁰ afirma: *“esta rápida ratificación por los parlamentos nacionales es expresión del respaldo político y legislativo con que desde sus inicios cuenta este esquema de integración subregional”*.

Aquí cabe mencionar que éste Tratado se basa en el principio *pacta sunt servanda* consagrado por el Derecho Internacional y sus normas son válidas solamente para el grupo de Estados que lo suscribieron⁷¹. Conforme a ello, en el párrafo 5º del preámbulo del TA se establece que *“conscientes de que el presente Tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980”*. En virtud de ello este Tratado está inscripto en ALADI como Acuerdo de Complementación Económica nº 18 y de conformidad a la excepción del principio de la cláusula de la nación más favorecida del GATT.

El Mercado Común previsto en el acuerdo, deberá ser fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones de los Estados partes - artículo 2º del TA - aunque existan diferencias entre los mismos. Para alcanzar tal objetivo, el TA prevé un Programa de Liberalización Comercial con reducción arancelaria progresiva, lineal y automática y, obviamente, la eliminación de todo tipo de restricción existente en contra este principio. Prevé, además, el establecimiento de una Tarifa Externa Común frente a terceros países, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, la armonización de la legislación en las áreas pertinentes y la coordinación de posiciones en foros económicos comerciales, tanto regionales

⁶⁹Para un estudio profundizado acerca de la temática histórica que antecede el MERCOSUR, ver: SAMTLEBEN, Jürgen; FILHO, Calixto Salomão. *“O Mercado Comum Sul Americano – uma análise jurídica do Mercosul”*, en: RODAS, João Grandino (coord.). *“Contratos internacionais”*, ob. cit., pp. 239/277.

⁷⁰ *“El Acuerdo entre la Unión Europea y el Mercosur en el Marco de la intensificación de Relaciones entre Europa y América Latina”*, Revista de Instituciones Europeas, vol. 22, Núm. 3, Septiembre-Diciembre de 1995, Madrid, Nota de Rodapie nº 38, p. 774.

⁷¹ KELSEN, Hans. *“La Esencia del Derecho Internacional”*, trad. Yolanda Frías, en: Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXV, Núms. 99-100, julio-diciembre de 1975, p. 738.

como internacionales, incrementando de este modo su poder de negociación con los demás países del mundo⁷².

Encontramos, en el Tratado de Asunción, cinco anexos a su cuerpo principal. Son ellos:

- § **Programa de Liberalización Comercial.** Había una previsión de la eliminación completa de todos los tipos de restricciones posibles aplicadas por los Estados Partes en su comercio recíproco hasta el día 31 de diciembre de 1994;
- § **Régimen General de Origen.** En este supuesto había previsión de una forma de declaración, certificación, comprobación y control que posibilitara una clasificación de los productos como siendo originarios de los Estados Partes;
- § **Solución de Controversias.** Sistema éste adoptado transitoriamente hasta la firma del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, el 17 de diciembre de 1991;
- § **Cláusulas de Salvaguardia.** Establece que un Estado Parte podrá aplicar cláusulas de salvaguardia a las importaciones de los productos que se beneficien con el Programa de Liberalización Comercial, posible sólo cuando determinado producto esté causando daño o amenaza de daño grave al mercado de éste Estado Parte; y
- § **Subgrupos de Trabajo del Grupo Mercado Común.** Su creación ayudará al Grupo Mercado Común a coordinar las políticas macroeconómicas y sectoriales. Primeramente, funcionará con diez subgrupos de trabajo, pudiendo surgir otros más, siendo su tarea principal encontrar alternativas para una mejor integración entre los Estados Partes. Ellos son: Asuntos comerciales; asuntos aduaneros; normas técnicas; Política fiscal y monetaria relacionada con el comercio; transporte terrestre; transporte marítimo; política industrial y tecnológica; política agrícola; política energética; coordinación de políticas macroeconómicas.

En el Tratado de Asunción se estableció, además, la estructura orgánica -con carácter transitorio- del MERCOSUR, compuesta por el Consejo Mercado Común –CMC– y por el Grupo Mercado Común –GMC–, siendo el Consejo el órgano superior, debiendo asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos en el Tratado, teniendo a su cargo la conducción política del proceso. Por su lado, el GMC es el órgano ejecutivo, siendo sus funciones definidas por el artículo 13 del TA⁷³.

⁷² Ese entendimiento se encuentra expresado, también, en la Decisión nº 13/91 y en la Decisión nº 15/91 del Consejo Mercado Común, donde se establecía, en el artículo 2º de la primera, que en las reuniones o foros internacionales en que los países del MERCOSUR decidan actuar de forma conjunta, el porta voz de los mismos estará a cargo del país que se encuentra en la presidencia del Consejo Mercado Común en tal época. En la segunda Decisión, se acordó intensificar la coordinación de las posiciones de los Estados partes en los foros económicos-comerciales, tanto en el ámbito regional como internacional.

⁷³ "Artículo 13. (...) Sus funciones serán las siguientes: velar por el cumplimiento del Tratado; tomar las providencias necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el CMC; proponer medidas concretas tendientes a la aplicación del Programa de Liberalización Comercial, a la coordinación de las

El CMC está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y por los Ministros de Economía de los Estados Partes y se reunirán tantas veces piensen necesario, siendo que por lo menos una vez al año, los Presidentes de los Estados Partes deben hacerse presente.

Por otro lado, el GMC es coordinado por los Ministerios de las Relaciones Exteriores y estará integrado por cuatro miembros titulares y cuatro alternados por país, que representan el Ministerio de las Relaciones Exteriores, el Ministerio de la Economía o sus equivalentes, y el Banco Central.

Durante el período de transición, las tomas de decisiones se daban por consenso, con la presencia de todos los Estados Partes, conforme establece el artículo 16 del TA⁷⁴.

El 14 de diciembre de 1994, los Estados firmaron el Protocolo Adicional de Ouro Preto, conforme a lo preceptuado por el artículo 18 del TA, que ordenaba a los Estados Partes a convocar, antes del 31 de diciembre de 1994, una reunión extraordinaria para *"determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y de sus sistemas de toma de decisiones"*.

Conforme al artículo 48 de este Protocolo, el mismo *"es parte integrante del Tratado de Asunción"*. Obedeciendo al principio de la no-contradicción y de la unidad intrínseca de todo ordenamiento, las disposiciones de ambos instrumentos deben ser coherentes para asegurar su eficacia jurídica.

5.1. Protocolo de Ouro Preto

Desde el punto de vista jurídico, el Protocolo de Ouro Preto ofrece nuevos institutos: *"crea la nueva estructura institucional del MERCOSUR; define su personalidad jurídica; confirma el sistema de toma de decisiones; establece un sistema común de aplicación de sus normas; enuncia las fuentes jurídicas del MERCOSUR; reafirma el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia; y establece un procedimiento de reclamación ante la Comisión de Comercio"*⁷⁵.

En cuanto a la toma de decisiones, las mismas seguirán siendo por consenso.

Respecto a las fuentes jurídicas, el Tratado de Asunción constituye la fuente por antonomasia y, por el artículo 41, son también fuentes los Protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios. Por lo tanto, éste Protocolo pasa a ser fuente de derecho, de la misma manera que las decisiones de la CMC, las resoluciones del GMC y las directivas de la CCM .

políticas macroeconómicas y a la negociación de acuerdos junto a terceros países; fijar programas de trabajo que aseguren el avance a la constitución del Mercado Común (...)".

⁷⁴ "Artículo 16. Durante el período de transición las decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados partes".

⁷⁵ GAJATE, RITA. "El rol del derecho en un proceso de integración", en: Aportes para la Integración Latinoamericana, Año I, N°2, diciembre 1995, p.137.

Con relación a la personalidad jurídica de Derecho Internacional⁷⁶, ésta fue conferida a través del artículo 34 de este Protocolo⁷⁷. Será una organización internacional con alcance subregional y específica, pues su finalidad es solamente constituir un Mercado Común entre sus miembros. Además de esa personalidad de Derecho Internacional, el MERCOSUR adquirió, de forma implícita, la personalidad de Derecho Interno, una vez que el Protocolo le faculta realizar actos de gestión, administración y disposiciones tales como la de contratar, adquirir o enajenar bienes muebles o inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias, todo conforme a los artículos 34 y 35, además de celebrar acuerdos de sede, artículo 36.

En cuanto a la estructura institucional, se incluyen nuevos órganos, pero se mantiene la naturaleza de los mismos –de carácter intergubernamental-, donde los Estados Partes mantienen un mejor control de las decisiones que se adopten a través de sus representantes, nombrados en cada uno de los órganos. Estos representantes deben seguir las instrucciones de los países miembros al momento de adoptar cualquier tipo de decisión.

La nueva estructura del MERCOSUR resultó definida, entonces, de la siguiente manera:

§ Consejo Mercado Común - CMC.

Éste órgano no sufrió grandes transformaciones, sólo el hecho que, ahora, los Presidentes de los cuatro Estados Partes deben estar presentes en las reuniones por lo menos una vez al semestre, siendo que antes era, por lo menos, una vez al año. Se pronuncia a través de Decisiones que son obligatorias para los Estados Partes y tiene la función de ser un guardián del TA, de los Protocolos y de los acuerdos celebrados en su ámbito, control éste que pertenece, de igual forma, al GMC.

Su función es representar al MERCOSUR, pudiendo delegar este poder al GMC. Puede, también, crear órganos para el desarrollo de los fines del TA; crear reuniones de Ministros, específicamente de los Ministros de Justicia, pudiendo, al mismo tiempo, adoptar Decisiones esenciales en el campo financiero y presupuestario. Tal es el caso de los grupos de trabajo encargados de la coordinación de políticas macroeconómicas y del acompañamiento del actual esquema económico y comercial.

El primer grupo analizará las políticas macroeconómicas con énfasis en lo sostenible de las cuentas públicas y externas, siendo compuesto por viceministros

⁷⁶ Los Estados soberanos, que son los sujetos primarios del Derecho Internacional, poseen personalidad jurídica internacional. Esa personalidad abarca la capacidad jurídica de negociación, asociación, guerra y paz y de legación, (*jus legationum, foederum et tractum e belli et pacis*). Legación es la facultad de designar - legación activa -, y recibir - legación pasiva -, delegados ante otros sujetos de Derecho Internacional y recibir de ellos.

⁷⁷ Algunos autores consideran que esta es la innovación fundamental que este Protocolo introduce, desde el punto de vista institucional (UZAL, María Elsa. “*El Mercosur ...*”, ob. Cit., p. 95), mientras otros entienden que es una exageración de los contratantes (REZEK, J. F. apud CORRÊA, Antonio. “*Mercosul. Soluções de Conflitos pelos Juizes Brasileiros*”, Porto Alegre, 1997, p. 50).

de la Economía, el equivalente al secretario ejecutivo del Ministerio de la Hacienda, y deberá presentar alternativas y prácticas de coordinación macroeconómica, con el fin de alcanzar, de forma gradual y a largo plazo, la convergencia en las políticas externas. El otro grupo, por su lado, tendrá la responsabilidad de evaluar los flujos de comercio intrazonal, además de actualizar y armonizar informaciones sobre el comercio dentro del bloque y con terceros, todo conforme la Resolución 6 y 7 adoptadas en la reunión ordinaria del XVI Consejo Mercado Común.

§ Grupo Mercado Común – GMC

Su estructura tampoco sufrió modificaciones. Este órgano posee función decisoria y normativa, pronunciándose a través de las Resoluciones que son obligatorias para los Estados Partes. Tiene atribuciones de iniciativa, pudiendo llevar propuestas al Consejo; de ejecución, pues le cabe la toma de medidas que sean necesarias para el cumplimiento de las Decisiones del Consejo; de Decisión, donde se pronunciase sobre propuestas y recomendaciones elaboradas por los otros órganos del MERCOSUR; y de control, una vez que éste supervisa las actividades de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y elige su director.

El GMC tiene, asimismo, una función presupuestaria y financiera. Aprueba el presupuesto anual de cuentas presentado por la Secretaría y puede representar al bloque en negociaciones con terceros países u otros organismos internacionales, siempre que exista una delegación por parte del Consejo.

§ Comisión de Comercio del MERCOSUR - CCM⁷⁸

Este es un órgano nuevo creado por el Protocolo con funciones decisorias y normativas. Está encargado de cuidar la correcta aplicación de los instrumentos de política comercial común decididas por los Estados Partes para el funcionamiento de la Unión Aduanera⁷⁹; para el cumplimiento de tales objetivo creó diez comités técnicos para que presenten soluciones en las áreas del Arancel Externo Común, del régimen de origen, de las prácticas desleales de comercio, de las zonas francas, de los incentivos a la exportación, de la defensa de la competencia y del consumidor, del sistema aduanero, de las políticas públicas para evitar las distorsiones en la competitividad, de las restricciones no arancelarias y, finalmente, de la imposición de salvaguardias.

Esta Comisión se manifiesta a través de Directivas, obligatorias para los Estados Partes, y asume la facultad de formular propuestas al GMC, no siendo, éstas, vinculantes. Está compuesta por cuatro miembros titulares y cuatro alternados por país, con la posibilidad que cada país elija las áreas del gobierno que van a representarlo junto a ella. Es un órgano subordinado al GMC, encargado de asistirlo, debiendo reunirse, por lo menos, una vez al mes, o bien siempre que le hagan una solicitud, sea del GMC o de cualquiera otro Estado Parte⁸⁰.

⁷⁸ Para una mejor comprensión del surgimiento de este órgano, ver: ZALDUENDO, Susana Czar de; BOLDORINI, Maria Cristina. "La estructura jurídica-institucional del Mercosur después del Protocolo de Ouro Preto, Boletín Informativo TECHINT, n° 283, jul-ago de 1995.

⁷⁹ Sección III, artículo 16 del Protocolo de Ouro Preto.

⁸⁰ "La CCM es una pieza esencial en la nueva construcción institucional del MERCOSUR. Sus competencias han sido cuidadosamente diseñadas en el Protocolo de Ouro Preto. En él se reconoce a un órgano

Aparte de las funciones y atribuciones conferidas a la CCM en el Protocolo de Ouro Preto, ésta se comprometerá a considerar las reclamaciones presentadas por los Estados Partes o en demandas de particulares –personas físicas o jurídicas-, mediante sus Secciones Nacionales. Tales reclamaciones deberán estar relacionadas con las situaciones previstas en los artículos 1 ó 25 del Protocolo de Brasilia, dentro de su área de competencia. Los trámites para dichas reclamaciones tendrán que obedecer el procedimiento previsto en el Anexo del Protocolo de Ouro Preto⁸¹.

§ **Comisión Parlamentaria Conjunta - CPC**

Esta Comisión representa los parlamentos de los Estados Partes, conforme lo establece el artículo 22 del Protocolo y el artículo 24 del TA. Su inclusión en la estructura del MERCOSUR demuestra una evidente voluntad de los Estados Partes de llevar adelante el compromiso democrático asumido anteriormente.

Su función es la de analizar temas prioritarios para el MERCOSUR por solicitud del Consejo; acelerar los procedimientos de internación de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria, conforme al artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto; y cooperar en la armonización de las legislaciones entre los Estados Partes.

Posee facultad de iniciativa para presentar recomendaciones al Consejo sobre cualquier tema o materia, inclusive aquellas que no guarden relación con el MERCOSUR. Debido a eso, esta Comisión es designada como la “*caixa de ressonância da sociedade*”⁸².

§ **Foro Consultivo Económico y Social – FCES**

Es un órgano que representa los sectores económicos y sociales de los Estados Partes del MERCOSUR. Esta integrado por igual número de representantes de cada Estado Parte. Su idea principal es la de servir de foro de discusiones y de debates de cuestiones de interés de la población de los Estados Partes. Es un órgano de consulta, el cual tendrá la posibilidad de hacer que sus recomendaciones lleguen a los órganos con capacidades decisorias y se manifiesta a través de Recomendaciones.

§ **Secretaría Administrativa del MERCOSUR – SAM**

Esta Secretaría es considerada un órgano de apoyo operativo del MERCOSUR y es parte de la estructura orgánica. Tiene por función organizar las reuniones de los distintos órganos. Además, lleva el archivo oficial de la documentación del

permanente del MERCOSUR, la capacidad para entender en primera instancia en un proceso de reclamación originado tanto en los Estados partes como en los particulares (personas físicas o jurídicas)”. ZALDUENDO, Susana Czar de; BOLDORINI, Maria Cristina. “La estructura ...”, ob. cit, p. 85.

⁸¹ Artículo 21 y sus párrafos del Protocolo de Ouro Preto.

⁸² DRUMMOND, Maria Claudia. “A Comissão Parlamentar Conjunta: Origem e História”, en: Mercosul Informativo, Caixa Econômica Federal e Comissão Parlamentar Conjunta – Seção brasileira, publicação bimestral, ano 2, número 4, Fev/Março de 1997, p. 18.

bloque. Edita el Boletín Oficial del MERCOSUR, dando así publicidad y correcta difusión a las normas adoptadas en su ámbito.

5.2. Derecho del MERCOSUR

En este punto se busca dar respuesta a la jerarquía que poseen las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR con relación a las normas internas de los Estados Partes y, también, a la problemática surgida de su aplicabilidad.

Tanto el Tratado de Asunción como el Protocolo de Ouro Preto expresan el compromiso, por parte de los Estados Partes, de armonizar sus legislaciones⁸³ y el de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR con capacidad decisoria en sus respectivos territorios⁸⁴.

En esta instancia, es necesario establecer la diferencia conceptual entre armonización y unificación. Armonizar significa, entre otras cosas, “*hacer que no discuerden o se rechacen, dos o más partes de un todo o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin*”⁸⁵, mientras que unificar supone “*hacer que cosas diferentes o separadas formen una organización, produzcan un determinado efecto, tenga una misma finalidad, etc.*”⁸⁶.

Por lo tanto, la armonización legislativa está definida por una mayor autonomía en la recepción del Derecho comunitario por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, en tanto que la unificación refleja la sustitución de los Derechos internos por un Derecho común supranacional. La armonización legislativa constituye, así, el punto de partida hacia una posterior unificación del Derecho Privado.

Antes de la institución de la Comunidad Europea había una sola manera de uniformizar el derecho: a través de la celebración de convenciones bilaterales o multilaterales entre los Estados interesados⁸⁷.

Se debe entender que la armonización legislativa es un método que propende a la eliminación o superación de las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes⁸⁸. Sin embargo, el ordenamiento jurídico del MERCOSUR no determina como será realizada dicha armonización y qué órganos tendrán esa función, limitándose a mencionar que será en “*áreas pertinentes*”.

Inicialmente, la armonización de las legislaciones estaba a cargo del CMC y del GMC; pero, a partir de la firma del Protocolo de Ouro Preto, la Comisión

⁸³ Art. 1º del Tratado de Asunción.

⁸⁴ Art. 38 del Protocolo de Ouro Preto.

⁸⁵ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, 21ª edición, Madrid: Espasa Calpe, 1992, t. I (a-g), p. 191.

⁸⁶ Idem, t. II (h-z), p. 2046.

⁸⁷ FARIA, Werter R.. “*Harmonização Legislativa no Mercosul*”, Associação Brasileira de Estudos da Integração, 8º v., Brasília, 1995, p. 29.

⁸⁸ ALEGRÍA, Héctor. “*Armonización de las legislaciones en el MERCOSUR*”, ob. cit., p. 3 y ss.

Parlamentaria Conjunta auxiliará a los demás órganos en la armonización legislativa.

De esta manera en el MERCOSUR existe un real compromiso de armonización legislativa, el cual puede efectivizarse a través de las Decisiones del CMC, o bien por Acuerdos celebrados por los cuatro Estados Partes entre sí, no existiendo razón para acudir a los métodos tradicionales de armonización legislativa del Derecho Internacional (Ley Uniforme y Convenciones Internacionales)⁸⁹.

El TA no se detuvo en la enumeración de las fuentes del Derecho del espacio integrado que estaba regulando. Luego, el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias enumera las fuentes del Derecho del Mercosur que tendrá en cuenta el Tribunal Arbitral: “*Las disposiciones del Tratado de Asunción, los acuerdos celebrados en su ámbito, las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común, como también los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia*” –art. 19-. Además, estableció la jerarquía normativa del mismo, pues el Tribunal Arbitral tendrá que seguir la orden allí establecida.⁹⁰

Como ya se manifestara, con el Protocolo de Ouro Preto se consagraron las fuentes jurídicas del MERCOSUR, ya que en el artículo 41 (Capítulo V) establece como tales a: el Tratado de Asunción, sus Protocolos y los instrumentos adicionales o complementares; los acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción y sus Protocolos; las Decisiones del CMC, Resoluciones del GMC y Directivas de la CCM.

Sin embargo, se puede afirmar que esta enumeración de las fuentes jurídicas del MERCOSUR no es taxativa, sino enunciativa⁹¹, lo que significa que se podrá utilizar también los principios generales de derecho internacional y del derecho de la integración, los laudos arbitrales proferidos por los Tribunales Arbitrales⁹², como también la doctrina⁹³, los principios generales de derecho de los ordenamientos nacionales y, además, la costumbre⁹⁴.

No obstante que este Protocolo enuncia las fuentes jurídicas, ha sido la doctrina la que desarrolló, en un primer momento, una clasificación del Derecho del MERCOSUR, diferenciando, en base a la doctrina europea, un derecho originario

⁸⁹ BASSO, Maristela. “*Harmonização do direito dos países do Mercosul*”, en: Revista de Derecho Del Mercosur, La Ley, año 4, n° 6, diciembre de 2000, p. 121.

⁹⁰ Tal orden fue utilizada como Marco Jurídico a ser aplicado en el segundo Laudo Arbitral del Mercosur – Reclamo de la República Argentina al Brasil sobre subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo – ítem 52.

⁹¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. “*O Mercosul – suas instituições e ordenamento jurídico*”, São Paulo, 1998, pp. 115/120

⁹² En el Segundo Laudo Arbitral, por ejemplo, sobre subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo, podremos encontrar la utilización de interpretaciones y conceptos consagrados en el Primer Laudo y, en el Tercer Laudo, sobre la Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles, también es factible remitirse a conceptos encontrados en los anteriores Laudos Arbitrales.

⁹³ En los tres Laudos Arbitrales existentes hasta hoy, es posible verificar que son muchos los autores citados por los árbitros y por las partes en sus formulaciones.

⁹⁴ En el Tercer Laudo Arbitral del Tribunal *Ad hoc* del Mercosur, los árbitros fueron buscar en la jurisprudencia internacional de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el caso *Mavrommatis*, por ejemplo, la definición de ‘controversia’.

o primario (Tratado de Asunción y sus Anexos) y un derecho derivado⁹⁵ o secundario (Decisiones, Resoluciones).

5.3. Incorporación del Derecho del MERCOSUR en los Estados Partes

La doctrina internacional, históricamente, ha encarado el problema de la incorporación de las normas internacionales en los ordenamientos jurídicos nacionales desde dos posiciones antagónicas, la monista y la dualista⁹⁶. La primera propone una unidad del derecho, estableciendo una relación jerárquica cuando existen dos subsistemas jurídicos. La unidad implica que las normas se hallan subordinadas unas a otras, formando un solo ordenamiento jurídico, o sea, el derecho internacional integraría, sin problemas, el orden jurídico estatal⁹⁷. En cambio, la teoría dualista propone la coexistencia de dos órdenes jurídicos independientes: tanto el derecho internacional como el derecho interno tienen su propio ámbito de validez y su propio campo de acción⁹⁸.

La práctica internacional nos revela que el derecho internacional no regula de forma directa, de manera que sus normas se integran a los distintos derechos internos y el derecho interno de cada Estado establece el método por el cual pone en vigencia los derechos y obligaciones internacionales dentro de su ámbito⁹⁹.

⁹⁵ La autora Maristela Basso, por su lado, en éste punto realiza una subdivisión, entre “actos típicos” y “actos atípicos”. En los primeros encontramos las Decisiones, las Resoluciones y las Directivas y Propuestas, y en los segundos coloca los actos internos a la organización y funcionamiento de las instituciones y órganos del Mercosur, los proyectos normativos preparatorios, como las propuestas de Decisiones del GMC al CMC, las propuestas de la CCM al GMC, las recomendaciones de la Comisión Parlamentar Conjunta al CMC por intermedio del GMC y las recomendaciones del Foro Consultivo Económico y Social al GMC, entre otros. In “*Harmonização do...*”, ob.cit., pp. 123/124.

⁹⁶ “*La Academia de Derecho Internacional de La Haya fue el escenario desde donde los primeros expositores de este tema desarrollaron sus posiciones antagónicas. Triepel, en 1923, expuso la denominada 'doctrina dualista', seguido, tres años después por Kelsen quien fundamentó la 'doctrina monista'. A partir de allí, la doctrina, con tantos matices como autores, fue desarrollando una u otra orientación. Simplificando, los términos de la polémica son los siguientes. Existe por un lado el derecho internacional y por otro, el derecho interno de cada Estado. Se trata de determinar si ambos derechos son órdenes jurídicos distintos o si, por el contrario, ambos integran un mismo y único orden jurídico. Los partidarios de la primera opción - dualistas - deberán entonces, determinar cómo se vinculan ambos órdenes; los partidarios de la segunda opción - monistas - deberán precisar cuál será la relación jerárquica entre las normas del derecho interno y las normas del derecho internacional*”. ARRIGUI, Jean Michel, apud ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. “*Derecho Internacional Público*”, t. I, Montevideo, 1996, p. 335.

⁹⁷ “*Los autores afiliados al monismo parten de un punto común a todos ellos: la unidad del conjunto de normas jurídicas. Existiría, para ellos, un único conjunto en el cual estarían incluidos los distintos órdenes y entre los cuales habría relaciones de subordinación. Así es posible proponer tres alternativas: el derecho internacional está subordinado al derecho interno, y tendríamos entonces el monismo con primacía del derecho interno; el derecho interno y el derecho internacional estarían incluidos en un orden superior -el derecho natural- ; o el derecho interno está subordinado al derecho internacional, y tendríamos el monismo con primacía del derecho internacional*”. Idem, ibidem, p. 337. Los mayores representantes del “monismo” son: Hans Kelsen. “*Reine Rechtslehre*”, 2ª ed., 1967, y Verdross B. “*Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*”, 1923, apud AVOORT, Alexander S. Van Der. “*El ordenamiento jurídico ...*”, ob. cit., p. 872.

⁹⁸ “*Para los autores dualistas, el derecho internacional y el derecho interno conforman dos órdenes jurídicos iguales, independientes y separados. Ambos órdenes, según enseñaban Triepel y Anzilotti, regulan relaciones jurídicas distintas. (...) Los partidarios de la primera opción -dualistas- deberán entonces, determinar cómo se vinculan ambos órdenes*”. ARRIGUI, Jean Michel, apud ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. “*Derecho Internacional Público*”, t. I, Montevideo, 1996, p. 335. Los representantes del dualismo clásico son: TRIEPEL. “*Völkerrecht und Landesrecht*”, 1899, y ANZILOTTI. “*Il diritto internazionale nei giudizi interni*”, 1905, apud AVOORT, Alexander S. Van Der. “*El ordenamiento jurídico ...*”, ob. cit., p. 872.

⁹⁹ LAVOPA, Jorge. “*La integración regional y los derechos nacionales. Conflictos y soluciones*”, en: PLENARIO – Revista de la Asociación de los Abogados de Buenos Aires, Febrero de 1995, p. 22.

En el MERCOSUR se utiliza la mecánica clásica de incorporación del derecho internacional a los derechos nacionales, toda vez que este derecho proviene de Tratados Internacionales negociados por los gobiernos, con la posterior ratificación y promulgación por parte de sus parlamentos, lo que implica el clásico fenómeno de la recepción. Todas las normas emanadas en su ámbito necesitan procedimientos internos que las integren a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, lo que se enmarca en la concepción dualista¹⁰⁰.

BEATRIZ PALLARES, por su lado, considera que no resultaría apropiado exigir que todas las normas dictadas por el CMC, GMC y por la CCM cumplan el trámite de aprobación prevista por la legislación interna para la incorporación de los tratados internacionales¹⁰¹. El CMC, en la X Reunión realizada los días 24 y 25 de junio de 1996, expresó que las normas que organizan los trabajos y el funcionamiento de los órganos del MERCOSUR no tenían la necesidad de ser incorporadas en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes -CMC Acta N° 1/96-¹⁰².

Esta internación de las normas emanadas en el bloque ocurre, principalmente, porque en el MERCOSUR no hay órganos supranacionales, independientes de la voluntad de los gobiernos de los Estados Partes. Las instituciones del MERCOSUR tienen la característica de ser órganos intergubernamentales, donde los miembros de cada uno son personas que revistan la calidad de funcionarios de los Estados, manteniendo, de esta manera, una relación de dependencia o subordinación hacia los mismos¹⁰³.

La normativa del MERCOSUR no goza de las mismas características que las normas de la Unión Europea, ya que no tienen una aplicabilidad inmediata, no tienen el denominado efecto directo ni, tienen el carácter superior a las disposiciones nacionales de cada Estado Parte –primacía del derecho de la integración-.

Los autores ALFREDO LUPATELLI Jr. y ELIANE MARIA OCTAVIANO MARTINS, entienden que este supuesto de la incorporación clásica de las normas del MERCOSUR es lo que determina la no-existencia del Derecho Comunitario en el proceso de integración del Cono Sur Latinoamericano, pues *“não há que se falar, portanto de Direito Comunitário do Mercosul, pois o verdadeiro Direito Comunitário prescinde do mecanismo tradicional de incorporação. A pedra de toque do Direito Comunitário é primazia instaurada do Direito Comunitário sobre o nacional de maneira direta, desvinculada, portanto, do mecanismo clássico da recepção. Destarte, inexistente no Mercosul o verdadeiro direito comunitário, o que reina de forma absoluta é o Direito Internacional Público, regional, integracionista, vinculado ao fenômeno de recepção”*¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto.

¹⁰¹ PALLARES, Beatriz. *“La incorporación de las normas del Mercosur a los Derechos internos y la seguridad jurídica”*, en: *Economía globalizada y Mercosur*, Buenos Aires, 1998, p. 62.

¹⁰² TAQUELA, María Blanca Noodt. *“Mercosur Cómo empezar?”*, La Ley, Doctrina Judicial, 1997 - 1 – 903.

¹⁰³ BASALDUA, Ricardo Xavier. *“En Torno al Derecho de la Integración”*, en: *El Derecho*, año XXXIV, Buenos Aires, 6 de junio de 1996, p. 8.

¹⁰⁴ JUNIOR, Alfredo Lupatelli; MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *“Globalização e Direito: União Européia e Mercosul”*, en: *Revista de Derecho del Mercosur*, La Ley, año 4, n° 4, agosto de 2000, p. 122.

El autor PAULO CALIENDO¹⁰⁵, por su lado, entiende que, “*as normas derivadas do Tratado de Assunção, conforme já foi demonstrado, não são normas propriamente de direito comunitário. São, sim, de Direito da Integração. Entende-se o Direito da Integração como aquele conjunto de normas de integração, derivadas dos tratados celebrados entre os Estados Parte, com a finalidade de buscar uma integração regional, por meio da constituição do livre comércio regional, da união alfandegária e/ou, finalmente, da constituição de um Mercado Comum. (...) O Direito Comunitário consiste no sistema de integração mais complexo, com a existência de órgãos e normas jurídicas supranacionais*”.

Para JORGE HORACIO LAVOPA¹⁰⁶, lo que existe es un Derecho del MERCOSUR, diferenciándose del Derecho Comunitario de la Unión Europea.

Debido a todo esto, se puede afirmar que en el MERCOSUR “*estamos frente a un sistema de normas de carácter puramente internacional*”¹⁰⁷. Por ello es importante establecer la jerarquía normativa dentro del espacio integrado.

5.4. Jerarquía de las Normas en el MERCOSUR

Se comparte la jerarquía normativa establecida por MARISTELA BASSO¹⁰⁸, según la cual en el MERCOSUR la “*pirámide jurídica*” tiene en su base el derecho originario, después están los Acuerdos celebrados con terceros Estados, o entre los Estados Parte entre sí, y, finalmente, el derecho derivado. Aquí, en el derecho derivado, tenemos que “*las decisiones del Consejo prevalecen sobre las Resoluciones del Grupo y éstas sobre las Directivas de la Comisión del Comercio*”.

Ahora bien, en cuanto a la relación entre los derechos del Mercosur –originario o derivado- y las leyes internas de cada Estado, para Brasil los Tratados internacionales tienen el mismo nivel jerárquico que las Leyes ordinarias, es decir que se encuentran por debajo de su Constitución Federal, de la Enmienda Constitucional y de las Leyes Complementarias. Aplica, además, el principio de que “*norma posterior deroga norma anterior*”¹⁰⁹. Por lo tanto, en caso de conflicto entre el Tratado y la ley posterior, la tesis es que ésta última debe tener superioridad garantizada por la justicia, toda vez que representa la expresión última de la voluntad del legislador¹¹⁰.

¹⁰⁵ SILVEIRA, Paulo Antonio Caliendo V. da. “*Defesa da Concorrência no Mercosul – acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*”, São Paulo, 1998, pp. 141/142.

¹⁰⁶ LAVOPA, Jorge Horacio. “*Creación del Derecho del Mercosur*”, en: Gaceta del MERCOSUR, año 3, núm. 15, julio de 1995, p. 6.

¹⁰⁷ JIMÉNEZ, Martha Lucía Olivar. “*La comprensión del concepto ...*”, en: BASSO, Maristela (org.). “*MERCOSUL – seus efeitos jurídicos ...*”, ob. cit., p. 51.

¹⁰⁸ “*Harmonização ...*”, ob. cit., p. 127.

¹⁰⁹ Este principio dispone que si el Tratado es posterior a la Ley se aplica el Tratado y cuando la Ley es posterior, ésta es la norma aplicada. VIGNALI, Heber Arbuét; ARECHAGA, Eduardo; RIPOLL, Roberto Puceiro. “*Derecho Internacional Público*”, Montevideo, 1993, p. 341 y ss.

¹¹⁰ En este sentido, ver: REZEK, José Francisco. “*Direito Internacional Público*”, São Paulo, 1991, p. 104.

Uruguay, por su parte, tiene una tendencia similar a Brasil, o sea que los Tratados tienen igual jerarquía que la Ley, utilizando, también, el principio que la norma posterior deroga a la anterior.

A diferencia de los anteriores, Paraguay asigna a los Tratados internacionales jerarquía superior a la Ley, siendo la primera Constitución de la región en poner de manifiesto tal asignación jerárquica.

En Argentina, antes de la reforma constitucional, los Tratados tenían la misma jerarquía que las leyes nacionales. Luego de producida dicha reforma los Tratados internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes -art. 75, inciso 22-. Ello se puso de manifiesto en la sentencia de 13 de octubre de 1994 dictada por la Corte Suprema, donde se reconoció expresamente la superioridad de los tratados sobre las leyes internas, conforme a los artículos 31 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional¹¹¹. Esta decisión constituye, conforme MARTHA LUCÍA OLIVAR JIMÉNEZ¹¹², *“una garantía de aplicación de las normas que se dicten en el ámbito del MERCOSUR y da seguridad jurídica a los individuos directamente interesados en el proceso”*.

Por el inciso 24 del artículo 75 de la Constitución Nacional Argentina, se posibilita al Congreso Nacional dar aprobación a Tratados de integración que deleguen poderes y jurisdicciones a organizaciones supranacionales, en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Así, los Tratados y normas dictadas por organismos supranacionales tienen jerarquía superior a las Leyes. Sin embargo, para la creación de estas instituciones en el ámbito del MERCOSUR, sería necesaria una reforma en las Constituciones del resto de los Estados Partes. En este sentido, MARIO MIDON expresa que *“cuando el art. 75, inc. 24 confiere jerarquía a las normas dictadas en su consecuencia, se está refiriendo a las disposiciones sancionadas para llevar adelante los fines contenidos en los tratados de integración que delegan competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales. Como todavía en MERCOSUR la nota de supranacionalidad no se ha dado, puesto que aún tenemos instituciones intergubernamentales, el precepto no alcanza a las regulaciones provenientes de ellas”*.¹¹³

De esta manera, en el ámbito del MERCOSUR, todas las normas deben ser internalizadas a fin de otorgarles validez en los territorios nacionales y produzcan los efectos buscados al momento de su formulación.¹¹⁴ Su jerarquía dependerá,

¹¹¹ Cafés la Virginia S.A. sobre Apelación (por denegación de repetición). Su versión íntegra puede ser vista en: UZAL, María Elsa. *“Mercosur en el ...”*, ob. cit., pp. 187-207.

¹¹² JIMÉNEZ, Martha Lucía Olivar. *“La comprensión del concepto ...”*, en: BASSO, Maristela (org.). *“MERCOSUL – seus efeitos jurídicos ...”*, ob. cit., p. 56.

¹¹³ MIDÓN, Mario A. R.. *“El tratamiento Constitucional de la Integración entre los signatarios del MERCOSUR”*, en: Revista La Ley, Buenos Aires, 24 de marzo de 1997, año LXI, nº 58, p. 4.

¹¹⁴ Para una noción de lo que se está hablando, se remite al juzgado de la Corte Suprema de Brasil – STF y al Protocolo de Medidas Cautelares del Mercosur y su incorporación al ordenamiento interno de Brasil, para que así pueda ser debidamente utilizado. *“MERCOSUL. Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto/MG). Ato de direito internacional público. Convenção ainda não incorporada ao direito interno brasileiro. Procedimento constitucional de incorporação dos atos internacionais que ainda não se concluiu. O Protocolo de Medidas Cautelares adotado pelo Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, em dezembro de 1994, embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 192/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), ainda*

conforme a lo expresado, del ordenamiento interno de cada Estado Parte, ya que dichas normas tienen el carácter de normas internacionales.

Por tal motivo en el ámbito regional no existe un ordenamiento jurídico propio que imponga su cumplimiento, restándole seguridad jurídica. Ello perjudica la existencia de un poder de sanción a los posibles infractores, característica ésta del modelo intergubernamental implantado en el aparato institucional del MERCOSUR¹¹⁵.

5.5. Solución de Controversias¹¹⁶

El Protocolo de Brasilia, del 17 de Diciembre de 1991, estableció con carácter transitorio hasta el 31 de Diciembre de 1994, el Sistema de Solución de Controversias¹¹⁷. A partir de allí se debía adoptar un Sistema Permanente. Sin embargo, el Protocolo de Ouro Preto, en su artículo 43, dió continuidad a este sistema

Sus principales características son: la flexibilidad –prevé diversas modalidades a las que podrán recurrir las partes, según la naturaleza de la controversia-; la celeridad –plazos breves y procedimientos relativamente sencillos-; la obligatoriedad –las partes quedan obligadas, cuando aceptan este Protocolo, a seguir sus procedimientos en todos los casos, es decir, el recurso arbitral asegura un resultado de cumplimiento compulsivo para las partes en la controversia-; y, finalmente, el carácter no permanente –son Tribunales ad hoc-¹¹⁸.

não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais em torno da questão da executoriedade das convenções ou tratados internacionais no âmbito do direito interno brasileiro. Precedentes: RTJ 58/70, Rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO -ADI nº 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO" (Carta Rogatória nº 8.279, República Argentina, Rel. Ministro Celso de Mello, 8.5.98, Informativo STF nº 109).

¹¹⁵ VENTURA, Deisy de F. Lima. "Eficácia jurídica", Revista Jurídica CONSULEX, Brasília, a. I, nº 10, out. 1997, p. 62.

¹¹⁶ Tenemos que aclarar, antes de todo, que el presente estudio fue elaborado y concretizado antes del final del año 2001, motivo por el cual no hemos utilizado la normativa aprobada cuando de la firma del Protocolo de Olivos, instrumento que ha revocado las disposiciones contenidas junto al Protocolo de Brasilia. Así, los procedimientos y fundamentos aquí expuestos, fueron realizados con base en la normativa a la época vigente, cual sea, el Protocolo de Brasilia.

¹¹⁷ Las palabras de una distinguida persona que participaba de las negociaciones de dicho Protocolo demuestra la gran importancia del mismo para el MERCOSUR, pues "el motivo por el cual fracasaron los intentos de integración de ALALC, ALADI y el Grupo Andino estuvo en que las dificultades encontradas para alcanzar las metas fijadas superaron la voluntad que los gobiernos pusieron en vencerlas. Pero, aún cuando no hubiera sido así, la falta de un efectivo esquema de solución de controversias, de todas maneras, hubiera frustrado aquellos intentos". BALDINELLI, Elvio. "El Cronista Comercial", 6 de enero de 1992, apud DAVEREDE, Alberto Luis. "El Sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR", Revista Jurídica La Ley, Tomo 1992 – B, Sec. doctrina, p. 1049. Esto no lo dice una persona convencida del papel del Derecho en la sociedad, pero lo dijo un hombre que conoce la integración más que nada en su fase institucional, en su fase económica. Dijo que si no tuviéramos esta sistema, no hubiéramos llegado a nada. ALEGRÍA, Héctor. "La Solución de Controversias en el MERCOSUR", Revista de Derecho Privado y Comunitario, nº 1, Santa Fé, 1992, pp. 411/412.

¹¹⁸ "O Tratado de Assunção consagrou o uso de meios jurisdicionais para o sistema de solução de controvérsias já durante a fase provisória, mais especificamente por meio do uso da arbitragem, sem, contudo, avançar na instituição de um Tribunal de Justiça permanente, como ocorre nas Comunidades Européias. Outra diferença relevante está na consagração, pelo Protocolo de Brasília, de mecanismos de soluções de controvérsias decorrentes de reclamações de particulares. Ajusta-se, assim, o Tratado ao espírito do moderno direito das gentes ao garantir aos indivíduos o status de sujeitos de direito internacional". SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo V. da. "Defesa da Concorrência no Mercosul ...", ob. cit., p. 159.

Este Protocolo será de aplicación en las controversias acerca de la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones del TA, de los acuerdos celebrados en el marco de dicho Tratado, de las decisiones del Consejo del Mercado Común y de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, artículo 1º del Protocolo¹¹⁹, identificando, aquí, la base del Derecho de la Integración que son las series de reglas enunciadas por el artículo 1º, o sea, el Derecho Originario –TA y acuerdos celebrados en su marco– y Derecho Derivado –Decisiones, Resoluciones y Directivas de los órganos del MERCOSUR-.

Los mecanismos previstos pasan por la negociación directa, por la posterior intervención del GMC y, finalmente, por el procedimiento arbitral¹²⁰.

Después de la firma del Protocolo de Ouro Preto, se estableció un procedimiento de reclamación ante la Comisión de Comercio, ya que por el artículo 21 le corresponderá la consideración de las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio, originadas por los Estados Partes o en demandas de particulares –personas físicas o jurídicas-, relacionadas con las situaciones previstas en los artículos 1 ó 25 del Protocolo de Brasilia, cuando estén dentro de su área de competencia. Los trámites para dichas reclamaciones deberán obedecer el procedimiento previsto en el Anexo del Protocolo de Ouro Preto.¹²¹ De esta manera, obtiene la competencia para considerar las reclamaciones en una fase pre-contenciosa¹²² antes del sometimiento de la cuestión al Tribunal Arbitral.

Es importante mencionar que tal examen de los reclamos efectuados por parte de la CCM no obstará la acción del Estado Parte que haya efectuado el reclamo, al amparo del Protocolo de Brasilia para Solución de Controversias, o sea, podrá proseguir con las siguientes fases previstas por el Protocolo de Brasilia, conforme dispone el párrafo primero del referido artículo 21.

¹¹⁹ Con la firma del Protocolo de Ouro Preto, surgen, además, las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, que harán parte integrante de los artículos 19 y 25 del Protocolo de Brasilia.

¹²⁰ El Protocolo de Olivos ha traído dos importantes innovaciones institucionales: una cuanto a la disminución del peso de la decisión política en el sistema de solución de controversias– atribuye carácter facultativo al recurso al GMC, autorizando que, pasada las negociaciones directas, las partes pueden pasar directamente al procedimiento arbitral- y, otro, cuanto a la creación de una instancia judicial permanente- el Protocolo establece un procedimiento de recurso para un órgano de segundo grado (Art. 17, §1º), el Tribunal Permanente de Recursos (TPR), que ante un consenso entre las Partes, el TPR puede decidir en la calidad de tribunal de primera (y única) instancia, dispensando la constitución de un tribunal arbitral-.

¹²¹ El Anexo al Protocolo de Ouro Preto establece, entre otras cosas, que los reclamos de los Estados Partes serán presentados ante la Presidencia Pro–Tempore de la CCM. Ésta por su parte tomará las providencias necesarias para incorporar el tema en la Agenda de la primera reunión siguiente de la CCM, teniendo como plazo mínimo de una semana de antelación. Conforme el propio anexo, caso no sea adoptada una decisión en tal reunión, la CCM remitirá a un Comité Técnico y éste, por su lado, elevará a la propia CCM, en un plazo de treinta días un dictamen sobre la materia. La CCM deberá tomar como base, al decidir sobre el reclamo, dicho dictamen. En el caso en que no haya un nuevo consenso sobre el tema en una nueva reunión de la CCM, ésta tendrá que elevar el caso al GMC a fin de que se adopte una decisión sobre la cuestión planteada. Adoptándose el consenso sobre la procedencia del reclamo, el Estado parte deberá adoptar las medidas aprobadas en la CCM o en el GMC en un plazo establecido por tales órganos. No obstante, cuando el Estado parte no adopte tales medidas, el Estado reclamante tendrá la posibilidad de recurrir al procedimiento previsto en el capítulo IV del Protocolo de Brasilia, o sea, recurrir al procedimiento arbitral mediante comunicación a la Secretaría Administrativa del Mercosur.

¹²² GREBLER, Eduardo. “A Solução de Controvérsias no Tratado do Mercosul”, en: CASSELA, Paulo Borba et alii (org.). “Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul”, São Paulo, 1996, p. 360.

El recurso arbitral constituye la última instancia para la solución de la controversia que no haya podido ser resuelta por la vía anterior.

Este arbitraje previsto es *Ad Hoc*, o sea, para cada caso se nombran árbitros especiales, pero es una medida institucional, permanente y obligatoria. Los Estados Partes no se pueden sustraer al arbitraje.¹²³

Los laudos emitidos por el Tribunal Arbitral son inapelables; tienen fuerza de cosa juzgada con respecto a las partes y únicamente admite un recurso de aclaratoria o de interpretación ante el mismo Tribunal. En el caso de no cumplirse el laudo en el plazo de 30 días, los demás Estados Partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporarias en contra al Estado faltante. Aquí surge un problema que deberá ser reformulado, pues existe sanción solamente con relación a los Estados Partes cuando éstos no cumplen con el laudo arbitral. Con relación a los particulares, por su vez, no hay ninguna previsión en caso de no-cumplimiento por éstos.

La ejecución de los laudos arbitrales también origina problemas y no existe una doctrina unánime al respecto. Para GUIDO SOARES¹²⁴ estos laudos arbitrales son extranjeros y por lo tanto su ejecución debe seguir los procedimientos nacionales en cuanto a su aplicación en el orden interno de cada uno de ellos. En cambio, PAULO CALIENDO¹²⁵ entiende que los laudos arbitrales deben ser considerados provenientes del arbitraje público y no privado, citando, además, lo preceptuado por el artículo 1º del Protocolo.

Sobre este tema, el autor GUALTIERO MARTÍN MARCHESINI, en un comentario sobre el arbitraje como un método útil de solucionar las controversias en el MERCOSUR, hace una serie de sugerencias que considera fundamentales al proceso de integración del MERCOSUR, donde una de ellas guarda relación con la armonización de las legislaciones sobre el arbitraje y la importancia de crearse Tribunales Arbitrales Supranacionales, pues sus laudos tendrán "*un cumplimiento obligatorio para los Estados Miembros y los particulares, ejecutando dichos laudos los Jueces internos de dichos Estados*".¹²⁶

De lo dicho se infiere que los laudos arbitrales dictados en el ámbito del MERCOSUR ante una controversia entre particulares pertenecientes a los Estados Partes del mismo, han de ser ejecutados de conformidad con lo establecido por el Protocolo de Las Leñas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales, ya que este instrumento vincula a los cuatro Estados Partes del MERCOSUR.¹²⁷

¹²³ ALEGRÍA, Héctor. "La Solución de Controversias ...", ob. cit., p. 414, comentando sobre la importancia del artículo 8º del referido Protocolo.

¹²⁴ SOARES, Guido Fernando da Silva. "As instituições do Mercosul e a solução de litígios no seu âmbito – sugestões de lege ferenda", BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Aramita de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba. "Mercosul – das negociações à implantação", São Paulo, 1994, p. 289.

¹²⁵ SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo V. da. "Defesa da Concorrência no Mercosul ...", ob. cit., p. 167.

¹²⁶ MARCHESINI, Gualtiero Martín. "El arbitraje como método de solución de controversias en el MERCOSUR", Revista de Derecho del MERCOSUR, Ed. La Ley, año 4, nº 4, agosto de 2000, Buenos Aires, p. 193.

¹²⁷ KLOR, Adriana Dreyzin de. "El Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa con particular referencia al reconocimiento y ejecución de sentencias y

El Protocolo de Brasilia podrá ser utilizado por los particulares en caso que éstos sean perjudicados por medidas adoptadas por los Estados Partes o por los órganos del MERCOSUR, conforme lo establece el artículo 25. De esta manera, no existen previsiones para casos que involucren a personas jurídicas de distintos Estados Partes, tema importante para el presente estudio.¹²⁸ Cuando ocurran casos así, éstos tendrán que buscar en las vías judiciales o arbitrales particulares, los mecanismos para solucionar la controversia que surja entre ellos.

Sintéticamente, la solución de los conflictos planteados en las relaciones entre Estados está reglamentada por el Protocolo de Brasilia; en las relaciones entre Estados y particulares se aplican las reglas del Protocolo de Brasilia –arts. 25 a 32-; y por ende, en los conflictos entre personas físicas y jurídicas de los Estados Partes se debe recurrir al Judiciario nacional, o bien al procedimiento arbitral, cuyas reglas serán normas internas de Derecho Internacional Privado y las convenciones internacionales en vigor entre los Estados Conectados a la relación jurídica controvertida.¹²⁹

Las vías judiciales podrán ser utilizadas para solucionar las controversias entre particulares de distintos Estados Partes, ya que en el MERCOSUR existen instrumentos procesales tendientes a auxiliar los mismos¹³⁰: por ejemplo, existe el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa¹³¹; el Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares¹³²; y el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción

laudos arbitrales”, en: Revista de Derecho del MERCOSUR, Ed. La Ley, año 4, nº 2, abril de 2000, Buenos Aires, p. 87.

¹²⁸ “Así advertimos, la carencia de una norma capaz de aportar solución a los conflictos que surgen entre sujetos particulares, empresas, que han decidido trabajar dentro de este marco y que desean, como es dable pensar en el comercio, obtener soluciones rápidas, efectivas y que brinden un trámite ágil, algo no previsto en el Protocolo de Brasilia”, CONSOLO, Analía N.. “Sobre los Acuerdos de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur y del Mercosur y Asociados”, en: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XL, nº 61, enero-diciembre de 2000, p. 300.

¹²⁹ ARAUJO, Nádía de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo R.. “Cooperação interjurisdiccional no Mercosul – cartas rogatórias, homologação de sentença e informação do Direito Estrangeiro”, BASSO, Maristela (org.). “MERCOSUL – seus efeitos jurídicos ...”, ob. cit., p. 341.

¹³⁰ “(...) deve-se ter presente, também, que a aplicação e interpretação do direito no MERCOSUL, como também, ocorre na experiência européia, não é feita por uma estrutura burocrática comunitária, que atue paralelamente aos Estados. Ao contrário, os administradores e juízes dos Estados-Membros encarregam-se de dar efetividade ao direito comunitário e são eles que, no exercício de suas atividades, interpretam e aplicam o direito do MERCOSUL. Seria extremamente recomendável que o Judiciário nacional pudesse contar com a interpretação uniforme daquelas normas que se vê obrigado a subsumir aos casos concretos, seja sob a forma de um mecanismo prévio de consulta, seja mesmo pela aproveitabilidade dos precedentes formulados em julgamentos de casos análogos”. ROSA, Luis Fernando Franceschini da. “MERCOSUL e Função Judicial – Realidade e Superação”, São Paulo, 1997, p. 131

¹³¹ Decisión 5/92 del CMC. En Argentina se aprobó por ley 24.578 del 25.10.95, publicado en el B.O. el 27.11.95, depósito del instrumento de ratificación: 3.7.96; en Brasil, por Decreto Legislativo 55, promulgado por Decreto Federal nº 2067, del 12.11.96, publicado en el DOU el 13.11.96, depósito del instrumento de ratificación: 16.12.96; Paraguay lo aprobó por ley 270/93, depósito del instrumento de ratificación: 12.9.95 y Uruguay por ley 16.971 del 15.6.98, publicado en el DO el 2.7.98, depósito del instrumento de ratificación: 20.7.99.

¹³² Firmado el 16 de diciembre de 1994, Decisión 27/94 del CMC. En Brasil fue aprobado por Decreto Legislativo nº 192, de 15.12.95, publicado en el DOU el 18.12.95, y por el Decreto Ejecutivo nº 2.626, de 14.06.98, publicado el 16.06.98; en Argentina fue aprobado por la Ley nº 24.579, de 25.10.95, siendo que el instrumento de ratificación ha sido depositado el 14.3.1996; Uruguay aprobó por la Ley nº 16.930, de 20.04.98, publicado en su DO el 29.04.98, depósito del instrumento de ratificación el 10.08.98; y, por fin, Paraguay ha ratificado tal Protocolo el 12.09.95.

internacional en materia contractual¹³³ -considerado de importancia para este estudio-. En materia arbitral los particulares también encontrarán instrumentos para la solución de controversias en el ámbito del MERCOSUR, como es el caso del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmado por los cuatro Estados Partes en la ciudad de Buenos Aires el día 23 de julio de 1998.

Si bien no se profundizará en el sistema de solución de controversias en el MERCOSUR, ya que este punto fue agregado sólo de manera referencial, pues constituye el marco jurídico a considerar cuando se aborde la problemática de la contratación internacional, se considera necesario tener presente que el mismo debe tratar de garantizar una estructura técnica que ofrezca una razonable seguridad a las relaciones jurídicas, permitiendo que intereses injustamente heridos tengan la posibilidad de ser eficazmente perseguidos en juicio.¹³⁴

En el año 2000, los Estados Partes del MERCOSUR llegaron a la conclusión de que es necesario encarar una nueva etapa en el proceso de integración regional. Para ello, es necesario reforzar la Unión Aduanera y sus relaciones externas. Esto llevó a un relanzamiento del MERCOSUR, por el cual los Estados Partes reconocen el rol central que tienen tanto la convergencia como la coordinación macroeconómica para avanzar en la profundización del proceso. De allí que se haya decidido priorizar el tratamiento de algunas materias: acceso al mercado; agilización de los trámites en frontera (plena vigencia del Programa de Asunción); incentivos a las inversiones, a la producción, a la exportación, incluyendo las Zonas Francas, admisión temporaria y otros regímenes especiales; Arancel Externo Común; Defensa Comercial y de la Competencia; Solución de Controversias; Incorporación de la normativa MERCOSUR; Fortalecimiento institucional; Relaciones externas; y, por ende, el financiamiento del desarrollo.¹³⁵

¹³³Suscripto en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994, Decisión 1/94 del CMC. Fue aprobado por Argentina por ley 24.669 y ratificado el 31.10.96; por Brasil fue aprobado por el Decreto 2095/96 y fue también ratificado por Uruguay y Paraguay.

¹³⁴ ARAUJO, Nádia de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo R.. "Cooperação interjurisdicional no Mercosul ...", ob. Cit., p. 342.

¹³⁵ PAULO BORBA CASELLA ya alertaba que: "Há décadas persiste-se, no contexto interamericano, no mesmo erro, desde os Tratados de Montevideú, primeiramente o de 1960, no contexto de ALALC e, posteriormente, o de 1980, no contexto da ALADI: são mais de 30 anos de muito discurso e poucos resultados. Corre-se o risco de perpetuar tais modelos como ilustram as propostas de criação, pelo Brasil, da ALCSA, e pelos Estados Unidos, da ALCA, no mesmo ano de 1994. Se realmente se deseja mudança qualitativa do processo de integração no contexto subregional, está na hora de mudarmos o modelo; persistindo no modelo, escassas são as chances de serem alcançados resultados conceitualmente mais relevantes e que possam perdurar além de fases de entusiasmo inicial. Enfatizar os resultados alcançados pelo MERCOSUL, ao término do período de transição, em lugar de aparelha-lo adequadamente para o futuro, é tão ilusório como pernicioso: o sucesso está ocorrendo, mas sem o dado estrutural que viabilize seu funcionamento, além do momento atual de comprometimento dos governos nacionais e interesses dos operadores privados, pode vir a repetir-se a esclerose precoce que acometeu esforços anteriores de integração na América Latina, condenando-os à inação futura". In "Significado do Mercosul para advogados europeus", en "Direito Internacional: vertente jurídica da globalização", ob. Cit., p. 34.

6. Derecho Internacional Privado

Al tratar del tema aquí propuesto, sería interesante realizar un breve estudio sobre el Derecho Internacional Privado – DIPr -, para, con eso, mejor conocer la rama del derecho que vamos a cuidar.

El Derecho es principalmente una ciencia de valores que la civilización humana establece como padrones necesarios a la convivencia social y a la realización de los deseos superiores del hombre. El Derecho, en síntesis, puede ser dividido, para nuestro estudio, en derecho interno y derecho internacional, siendo que ambos forman conjuntos estructurados y relativamente coherentes de reglas de derecho. La diferencia entre ellos es dada por sus fuentes: las del derecho internacional vienen enumerada, de forma no limitativa, junto al artículo 38, párrafo 1º, del Estatuto del Tribunal Internacional – *convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho y la jurisprudencia internacional y la doctrina de los publicistas más cualificados de las diferentes naciones* -, mientras que las fuentes del derecho interno o estatal son: la Constitución, la Ley, etc..

Éste derecho estatal o interno, se divide en dos subgrupos principales, el derecho público y el derecho privado, todo centrado en la cualidad de los sujetos de derecho. Tales expresiones aluden, en verdad, a las relaciones interpersonales diversas. Así siendo, el derecho público será aquél en que el Estado tenga el poder de mando, en su función política, como titular del “*jus imperii*”. Es la presencia del Estado en el centro de la relación jurídica que confiere el matiz del Derecho Público a tal relación. Por otro lado, el derecho privado tiene por objeto las relaciones de los particulares entre sí, o sea, cuando la relación es establecida entre particulares o bien entre estos y el Estado, no investido del poder de mando. Entonces, son las relaciones de Derecho Privado, que trascienden los límites de un único orden jurídico, que son cuidadas por el Derecho Internacional Privado.

Con respecto al adjetivo INTERNACIONAL, el mismo esta siendo utilizado en el sentido de cosmopolita, universal; no en el sentido de ‘*inter nationes*’, de referente a las relaciones en los planes de Derecho Público, relaciones entre personas de derecho público externo, sino partiendo de que se trata de relaciones, o situaciones de la vida, que trascienden el ámbito de un único ordenamiento jurídico, es decir, relaciones o situaciones atípicas. Relaciones atípicas porque difieren de aquellas que normalmente ocurren; porque tienen una nota característica que les entrega la marca de tipicidad; porque contienen, en su centro, un elemento que hace con que extravasen un determinado ordenamiento jurídico, llevando a se conectar con un o otros más; y situaciones atípicas porque existe un enlace de personas individualmente consideradas a más de un ordenamiento jurídico.

Debido a eso, tenemos que, aún, separar la palabra ‘Derecho’, porque el derecho no es privado. ‘Privado’ esta limitando la comprensión de ‘Internacional’ y no de ‘Derecho’, que es público.

Por lo tanto, ese derecho no es internacional porque sus normas son nacionales y no es privado porque es una rama del Derecho Público. El Derecho Internacional Privado de cada Estado esta formado por normas internas, elaboradas que son por los propios Estados dentro de su competencia legislativa. Así, analizando la naturaleza de la norma jusprivatista internacional, el DIPr se concretiza por ser una rama del Derecho Público interno.

Las normas del DIPr, por su turno, poseen naturaleza diversa de las normas comunes que estamos acostumbrados a trabajar, pues la gran mayoría de las normas jurídicas integrantes de otras disciplinas regulan directamente los hechos, fijan pautas a la conducta humana, atribuyen inmediatamente efectos jurídicos a determinada situación de la vida, o sea, no necesitan de ayuda de otra norma. Las normas indirectas, por su lado, normas del DIPr., solamente actúan sobre los hechos con ayuda de otras normas, sólo se refieren a los hechos con el auxilio de categorías jurídicas. En otras palabras, las normas indirectas no dan solución para el caso presentado, sino indican cuales son las normas materiales que deberán ser utilizadas para traer solución al referido caso.

En síntesis, el Derecho Internacional Privado tiene la característica de ser un 'derecho del derecho' –sobrederecho– que reglamenta la vida social de las personas privadas implicadas en el orden internacional y tiene por objeto encontrar soluciones para las hipótesis en que haya situaciones conectadas a más de un sistema jurídico a través de reglas de conflictos. Su enseñanza tradicional se dedica, en su inicio, a la parte general, donde se estudia el método de conflicto. Después, pasa a la parte especial, cuando las reglas estudiadas en la primera parte son utilizadas en los diversos temas especializados del Derecho Civil, entre ellos el Derecho de los Contratos.

Conforme la tesis tradicional, el Derecho Internacional Privado sirve también para resolver los problemas de conflictos de leyes y jurisdicciones. Por lo tanto éste utiliza normas indirectas, surgidas en el ámbito interno de cada Estado para resolver problemas en la esfera internacional de donde son parte los individuos que están bajo su tutela. De este modo, las relaciones que podrían ser objeto del Derecho Internacional Privado se desarrollan en dos ámbitos: el nacional y el internacional.

Desde la creación de la Comunidad Económica Europea, el Derecho Internacional Privado ha cambiado sus conceptos tradicionales, así que las relaciones que constituyen su objeto se desarrollan en ámbitos como el nacional, el internacional y el regional, en éste último cuando la relación se origina y desenvuelve dentro de un espacio integrado. Con eso, la esfera de actuación de las normas del Derecho Internacional Privado pasan al ámbito comunitario, además del nacional y convencional.

El Derecho Comunitario, siendo una disciplina jurídica nueva, posee vínculos e interferencias con el Derecho Internacional tradicional. Conforme una parte de la doctrina internacionalista, el derecho comunitario está incluido en el Derecho Internacional pues la temática planteada, las normas que lo rigen, sus instituciones y su origen pertenecen a su objeto de estudio, ya que su contenido está incorporado a tratados suscriptos entre Estados soberanos, tratándose,

entonces, de un derecho entre Estados. Por otro lado, la corriente comunitaria reconoce, también, algunas relaciones del Derecho Comunitario con el Derecho Internacional, pero con importantes distinciones, tales como el surgimiento de la supranacionalidad de sus instituciones. En cuanto a su contenido, el derecho comunitario es un derecho interno común en los Estados miembros, gozando de una aplicabilidad inmediata y de un efecto directo respecto de los ciudadanos de los países miembros.¹³⁶

No hay espacio para confusiones acerca del significado de cada uno de los derechos existentes, toda vez que el Derecho de la Integración y el Comunitario no son Derecho Internacional Público o Privado. El Derecho de la Integración es un conjunto de normas jurídicas que regulan un proceso de integración, y el Derecho Comunitario constituye *“un ordenamiento jurídico propio, autónomo, que resulta inmediata y directamente aplicable en un ámbito espacial, en el caso, el territorio comunitario”*¹³⁷.

No obstante, GIUSEPPE BARILE¹³⁸ afirma que *“es fácil comprobar que las mismas relaciones humanas pueden ser reguladas, jurídicamente, de modo diverso en diferentes ámbitos espaciales. Una fundamental exigencia de justicia, sentida en el pasado como en el presente, obliga a superar de alguna manera y, por lo menos, dentro de ciertos límites, esa disconformidad de regulación. El derecho internacional privado es uno de los instrumentos que tienden a ese fin. En efecto, sus normas se proponen conseguir la regulación uniforme de determinadas situaciones. Actúa, en tal sentido, instrumentalmente, es decir, determinando las normas nacionales o extranjeras por las que dichas situaciones deben ser reguladas”*. Por tanto, el Derecho Internacional Privado posee un lugar privilegiado en el tema de integración jurídica, contribuyendo como marco regulador y como un instrumento importante para la armonización de legislaciones de los Estados participantes de esquemas de integración.

Pese a ello, el Derecho Internacional Privado no está estructurado de manera uniforme en los Estados Partes del MERCOSUR, dando lugar al surgimiento de obstáculos con relación al tema de la contratación mercantil internacional, específicamente por la carencia de un régimen jurídico que regule los contratos internacionales en el ámbito de este espacio integrado.

Antes de entrar en el tema aquí propuesto, se hacen necesarias algunas precisiones sobre conceptos utilizados en el Derecho Internacional Privado y que guardan relación directa con el estudio de la problemática de la contratación mercantil internacional, específicamente las derivadas de los conflictos de leyes y jurisdicción.

La teoría moderna del DIPr menciona que existen varias concepciones sobre el objeto del mismo. La teoría francesa, considerada la más amplia de todas, entiende que abarca cuatro materias distintas: la nacionalidad; la condición

¹³⁶ GAJATE, Rita Marcela. *“El rol del Derecho...”*, ob. Cit., pp. 118/119.

¹³⁷ TAMAMES, Ramón. *“La Unión europea”*, 2ª ed., Madrid, 1994, p. 72.

¹³⁸ *Funciones e Interpretación del Derecho Internacional Privado en una Perspectiva Historica*, trad. Prof. Alejandro Herrero Rubio, Cuadernos de la Cátedra ‘Dr. James B. Scott’, Universidad de Valladolid, 1965, p. 7.

jurídica del extranjero; el conflicto de leyes y el conflicto de jurisdicciones¹³⁹. ANTOINE PILLET, además, adiciona a ellos los derechos adquiridos en su dimensión internacional¹⁴⁰. Brasil, por su parte, adopta el pensamiento francés con relación a los cuatro institutos.

Por su parte, IRINEU STRENGER¹⁴¹ define al Derecho Internacional Privado como *“um complexo de normas e princípios de regulação que, atuando nos diversos ordenamentos legais ou convencionais, estabelece qual o direito aplicável para resolver conflitos de leis ou sistemas, envolvendo relações jurídicas de natureza privada ou pública, com referências internacionais ou interlocais”*.

Para el presente estudio, se adopta conceptualmente como conflicto de leyes a las relaciones ligadas a dos o más sistemas jurídicos cuyas normas no coinciden, cabiéndoles determinar cual de los sistemas será aplicado; y como conflicto de jurisdicción aquel que plantea la competencia jurisdiccional de cada país en la solución de los conflictos que envuelvan personas, cosas o intereses que sobrepasen los límites de una soberanía.¹⁴²

6.1. Conflicto de Leyes

Cada Estado posee normas, en principio aplicables dentro de sus fronteras. Sin embargo, hay relaciones jurídicas que extrapolan los límites de determinado Estado. Esas relaciones generan el tradicionalmente denominado conflicto de leyes en el espacio, cuya resolución es tarea del Derecho Internacional Privado. Según EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ¹⁴³, *“la expresión **conflicto de leyes** no es correcta, porque tratándose de problemas de aplicación de normas de diferentes sistemas jurídicos, hablar de conflictos entre preceptos de dichos sistemas equivaldría a aceptar la existencia de una pugna de soberanías. Siguiendo la opinión de FIORE (Derecho Internacional Privado, tomo I, p. 49 de la edición española), pensamos que sería preferible emplear la expresión **problemas sobre la autoridad extraterritorial de la ley**, porque de lo que en realidad se trata, cuando tales cuestiones se presentan, es de saber si determinada ley, que en principio se aplica dentro del ámbito espacial del sistema jurídico a que pertenece, puede también aplicarse fuera de ese ámbito, es decir, extraterritorialmente”* (subrayado propio). Posteriormente este autor afirma que aun aquellos autores que reconocen el inconveniente de utilizar la expresión *conflictos de leyes*, no dejan de emplearla, pero se debe tener el cuidado de precisar el sentido de las palabras.¹⁴⁴

¹³⁹“Esta extensión del ámbito del derecho internacional privado es la que prevalece en Bélgica y Francia. En la mayoría de los demás países, especialmente entre los países anglosajones, el derecho internacional privado se limita al derecho conflictual: conflicto de leyes y conflicto de jurisdicciones. La nacionalidad y la condición del extranjero se tratan aparte, generalmente en el marco del derecho público interno. En Alemania y en Italia hay una tendencia todavía más restrictiva, según la cual el derecho internacional privado se limita al estudio del conflicto de leyes. Los conflictos de jurisdicciones constituyen entonces el objeto de una rama autónoma del derecho, el derecho judicial (o procesal) internacional”. RIGAUX, François. “Derecho Internacional Privado – Parte General”, trad. Alegría Borrás Rodríguez, Madrid, 1985, p. 99.

¹⁴⁰ DOLINGER, Jacob. “Direito Internacional Privado”, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1996, p.1.

¹⁴¹ STRENGER, Irineu. “Direito Internacional Privado”, 2ª ed., vol. I, São Paulo, 1991, p. 44.

¹⁴² CORRÊA, Antonio. “Mercosul. Soluções de Conflitos ...”, ob. cit., p. 60.

¹⁴³ Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México, 1996, 404.

¹⁴⁴ Idem, Ibidem.

Por tales supuestos, existen en los ordenamientos nacionales reglas creadas únicamente para regir la solución de estas situaciones de múltiples conexiones, denominadas de normas indirectas o de conflictos.

Este conflicto de leyes ocurre, cuando, en un contrato internacional, dos o más legislaciones pueden ser aplicadas al caso. Esto sucede porque en un contrato internacional existen diversos elementos de extranjería que vinculan el mismo a estos ordenamientos jurídicos distintos, haciendo que todos puedan ser capaces de ser aplicados. Conforme a Irineu Strenger¹⁴⁵, se entiende por contrato internacional *“aquel acuerdo de voluntades a través del cual los actos concernientes a la conclusión, capacidad de las partes y objeto se relacionan a más de un sistema jurídico”* (traducción nuestra). Un único contrato internacional puede contener varios elementos de extranjería, como ya se mencionara. Por tanto, cada legislador nacional puede adoptar distintos criterios frente a una misma problemática¹⁴⁶ ya que no existe un criterio técnico o jurídico, sino razones de conveniencia u oportunidad.

Estos elementos de extranjería, pueden ser, igualmente, los puntos de conexión, o sea, *“el vínculo que relaciona un hecho cualquiera a determinado sistema jurídico”*.¹⁴⁷ En otras palabras, estos puntos de conexión tienen, en el Derecho Internacional Privado, una función indicativa, una vez que van a demostrar cuál es el derecho aplicable a una determinada situación conflictiva. El Derecho Internacional Privado *“cuida primeiramente de classificar a situação ou relação jurídica dentre um rol de qualificações; em seguida localiza a sede jurídica desta situação ou relação; e, finalmente, determina a aplicação do direito vigente na respectiva sede”*.¹⁴⁸

Es necesario separar todos los elementos de extranjería existentes en el contrato que se vaya a analizar. Después, se caracterizará la cuestión jurídica pudiendo hacerlo sobre el estado y la capacidad de las partes, la situación del bien, o sobre el acto o hecho jurídico -es importante señalar que cada una de estas categorías tienen su sede jurídica, que debe ser localizada, como por ejemplo, lugar de celebración del contrato, capacidad de las partes, lugar de cumplimiento de las obligaciones, domicilio o nacionalidad de las partes, entre otras-.

De este modo, en un contrato internacional existen puntos de conexión capaces de llevar a la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico. Para muchos, después de esta fase de caracterización de la cuestión jurídica, una vez localizada la sede jurídica es encontrado el punto de conexión, indicando, seguidamente, la aplicación del derecho vigente en esa localización. Pero, en el tema de la contratación internacional no es así, pues los legisladores dan valoraciones distintas a estos elementos de conexión, o sea, lo que para un país es un punto de conexión importante, para otro no lo es, surgiendo así los

¹⁴⁵ Apud ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. *“Estudo comparativo ...”*, ob. cit., p. 53.

¹⁴⁶ *“Si bien esa preferencia por uno u otro elemento de extranjería no es caprichosa, igualmente es posible que cada legislador nacional acabe adoptando criterios disímiles frente a una misma realidad jurídica, y no siempre en función de razonamiento abstractos, sino en mérito a intereses concretos que pudieran estar en juego”*. HARGAIN, Daniel. *“Contratos Comerciales en el Mercosur: Ley aplicable y juez competente”*, en: Revista de Derecho del MERCOSUR, La Ley, año 1, nº 1, mayo de 1997, pág. 91.

¹⁴⁷ STRENGER, Irineu. ob. cit., p. 286.

¹⁴⁸ DOLINGER, Jacob. *“Direito Internacional Privado”*, ob. cit., p. 250.

conflictos de leyes, pues cada país posee una legislación interna que regula situaciones de Derecho Internacional Privado¹⁴⁹, tratando de diferentes maneras los mismos supuestos jurídicos.

Concretamente, esa problemática podría surgir cuando exista un contrato celebrado entre una empresa brasileña y una argentina, habilitando la aplicación en ese acuerdo de voluntades de cualquiera de las normativas nacionales, generando así un conflicto de leyes, ya que tanto la normativa brasileña como la argentina son aplicables al caso. La legislación interna brasileña dispone que el contrato deba ser regulado por la ley del lugar de celebración, mientras que la normativa interna argentina contiene varias combinaciones, pudiendo ser la ley del lugar de su celebración, lugar de su cumplimiento o, incluso la ley del domicilio del deudor, dependiendo de los supuestos encontrados en el contrato. Si el contrato, por ejemplo, fue celebrado en Brasil por una empresa que tiene la obligación de enviar mercaderías a otra empresa en Argentina, cada normativa se arrogará la potestad de reclamar para sí la regulación de dicho acuerdo, generando un conflicto de leyes. La legislación brasileña, porque el contrato ha sido celebrado en su territorio, y la argentina porque debe ser cumplido en el suyo -entregar las mercaderías en el domicilio del comprador, empresa argentina-. De la misma manera sería en los casos en que una empresa brasileña haga un contrato con una uruguaya o paraguaya y la obligación deba ser cumplida en el territorio de estos últimos.¹⁵⁰

Este método de conflicto es, por ejemplo, el utilizado por el Derecho Internacional Privado de los países de Europa y de América Latina. La particularidad funcional de la regla de DIPr -la regla de conflicto- en la solución de cuestiones de derecho conteniendo un conflicto de leyes, consiste en la designación de la ley aplicable a través de la utilización de una norma indirecta. No es de competencia del DIPr suministrar, por sí solo, la norma material aplicable al caso concreto, pero debe designar el ordenamiento jurídico al cual la norma aplicable deberá ser requerida, sistema éste conocido por multilateral. Este método clásico de solucionar los conflictos de leyes mediante la remisión a un ordenamiento jurídico interno es perimido ya que en el derecho comparado existen normas que regulan la problemática de una mejor manera y con resultados más eficaces.

Varios hechos fueron intentados para aclarar esas incertidumbres en cuanto a la determinación del punto de conexión, entre los elementos de extranjería existentes. Una de esas tratativas fue la idea de determinar que el elemento de extranjería más relevante era aquél que posee el vínculo más estrecho con el contrato.¹⁵¹ Por ejemplo, en el contrato de compraventa internacional, la ley del lugar de la entrega de la mercadería es la que determinará la ley aplicable al contrato, por ser la entrega la prestación más característica. Al respecto BATIFFOL afirma que *“la entrega es el acto específico de la venta, por el cual el contrato se manifiesta materialmente, y es allí donde se centralizan las actividades de las partes relativas al contrato. Es allí, por ejemplo, que el*

¹⁴⁹ Es el caso de los Títulos Preliminares de los Códigos Civiles de Paraguay y Argentina, Ley de Introducción al Código Civil de Brasil y, al final, el Apéndice del Código Civil en Uruguay.

¹⁵⁰ Ejemplo igualmente utilizado por HARGAIN, Daniel. *“Contratos Comerciales ...”*, ob. cit., p. 92.

¹⁵¹ Así surgió, en la doctrina y jurisprudencia Suiza, la llamada Prestación más característica. Ese supuesto impone que el lugar de cumplimiento de la prestación más característica determinará la ley aplicable.

comprador verificará la calidad y cantidad, eventualmente se recusará a recibir las mercaderías, provocará una pericia, etc..”.¹⁵² No obstante, existen opiniones discrepantes, como la de WERNER GOLDSCHMIDT que afirma que la obligación característica es aquella prestación principal cuyo cumplimiento se demanda, variando la misma según cuál sea la parte acreedora, (por ejemplo, para el vendedor la obligación típica es el pago del precio).¹⁵³

Partiendo del mismo contrato de compraventa internacional, surgió otra teoría, la del derecho autónomo, donde el contrato internacional está desvinculado de cualquier sistema de Derecho Positivo. Se trata de la denominada *Lex Mercatoria*, un nuevo derecho corporativo autónomo que fue desarrollado a la luz del propio comercio internacional.¹⁵⁴ Tal teoría fue rechazada por muchos autores.¹⁵⁵

Debido a esto, actualmente existe una gran preocupación de los teóricos en la materia por lograr una mayor armonía y uniformidad de los conflictos de leyes en varias áreas y, en especial, en el área de los contratos internacionales. Ello se debe a que esta problemática jurídica se considera de vital importancia dada la gravitación que tiene hoy el incremento del comercio mundial y la tendencia a la formación de bloques económicos. El mayor flujo comercial intracomunitario aumenta el volumen de contratos internacionales en la zona integrada y, consecuentemente, se multiplican los problemas en cuanto a la ley aplicable en casos de controversias.

OLE LANDO¹⁵⁶ analizaba este supuesto en el ámbito de la Unión Europea, pudiendo ser utilizado por analogía para la solución de problemáticas en el ámbito del MERCOSUR. Así, el autor expone: *“the arguments in favour of a Europeanisation of contract law are down-to-earth. They are mainly economic. The Union of today is an economic community. Its purpose is the free flow of goods, persons, services and capital. The idea is that the more freely and more abundantly these can move across the frontiers, the wealthier and happier we will become. All of these move by way of contracts. It should, therefore, be made easier to conclude and perform contracts and to calculate contract risks. Those doing business abroad know that some of their contracts with foreign partners will be governed by foreign law. The unknown laws of foreign countries is one of their risk. Foreign laws are often difficult for the businessmen and their local lawyers to understand. They may keep him away from foreign markets in Europe. It is the aim of the Union to do away with restrictions on trade within the Community, and thus the differences of law which restrict trade should be abolished. The existing variety of contracts law in Europe may be regarded as a non-tariff barrier to trade”*.

¹⁵² BATIFFOL, Henri. “*Les Conflicts de Lois en Matière de Contrats*”, p. 161-165, apud ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. “*Estudo comparativo ...*”, ob. cit., p. 66.

¹⁵³ HARGAIN, Daniel; MIHALI, Gabriel. “*Régimen Jurídico de la Contratación Mercantil Internacional en el MERCOSUR*”, Buenos Aires, 1993, p. 33.

¹⁵⁴ Dicha teoría del contrato autónomo busca sus fundamentos en los usos y prácticas relativamente uniformes en el comercio internacional. El juez tendrá que deducir la ley aplicable, a través de la localización que las partes así lo dieron. El contrato, por sí mismo, tendrá las reglas para solucionar cualquier problema que de él surge.

¹⁵⁵ Autores como LOUSSOUARN y BREDIN. “*Droit du Commerce International*”, Paris, 1969; y BAPTISTA, Luis Olavo. “*Contratos Internacionales*”, en: Revista Forense, vol. 270, 1980 -.

¹⁵⁶ “*Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law*”, European Review of Private Law, vol. 8, nº 1, 2000, p. 61.

Pese a todo lo manifestado anteriormente, las convenciones internacionales muestran mecanismos tendientes a armonizar o, inclusive, uniformizar el derecho. No todos los Tratados o Convenciones tienen una misma comprensión con relación al punto de conexión más importante, pero el principio de la prestación más característica es el más utilizado. Lo que sucede es que, en algunos casos, es difícil definir cuál de las prestaciones existentes en un contrato de compraventa internacional es la más característica. En verdad, lo que difiere en los Tratados o Convenciones son los criterios localizadores del lugar o país de la prestación característica. Estos supuestos serán tratados posteriormente.

Los Tratados, como fuente internacional del Derecho Internacional Privado, proporcionan una regulación adecuada a la temática sin necesidad de recurrir a leyes nacionales, ya que de ellos surgen normas materiales directamente aplicables a los contratos. De este modo, los Estados suscriptores de dichos Tratados no necesitan apelar a sus legislaciones internas en el supuesto de que se trate de la materia regulada en el Tratado. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que no todos los países son suscriptores de Tratados sobre el tema. Para este supuesto, se deberá utilizar el método clásico de solución de conflictos de leyes anteriormente explicitado.

6.2. Conflicto de Jurisdicción

La jurisdicción -poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado- es diferente de la competencia, la cual surge cuando el Estado soberano reparte esa jurisdicción dentro de sus límites territoriales¹⁵⁷. La competencia es la posibilidad, no el poder, de ejercer la jurisdicción¹⁵⁸, al respecto ANTONIO BOGGIANO¹⁵⁹ sostiene, “*consideramos la jurisdicción internacional como el poder de regular causas, casos, asuntos o conflictos no exclusivamente internos de un ordenamiento jurídico*”. Con otras palabras “*llamamos jurisdicción internacional a la delimitación entre los Estados de la potestad de resolver un caso privado internacional cuyas conexiones significativas tengan sede en ellos*”.¹⁶⁰

La jurisdicción en el ámbito internacional trae consigo ciertos problemas, tales como: el de determinar cuáles son los jueces o Tribunales competentes para decidir sobre una controversia con elementos extranjeros que le es sometida; el del poder de un juez o Tribunal extranjero de dictar un fallo o laudo en condiciones de ser reconocido o ejecutado en el territorio de otro Estado; y el de si las partes tienen la posibilidad de elegir, libremente, el juez o el árbitro ante quienes podrán dirimir las controversias que pudieren surgir de la relación entablada entre ellas.¹⁶¹ En el primer supuesto, tenemos la concurrencia de la denominada jurisdicción internacional directa; en el segundo, la jurisdicción

¹⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. “*Comentários ao Código de Processo Civil*”, t. II, Rio de Janeiro, 1973, pp. 172/173.

¹⁵⁸ TORNAGHI, Hélio. “*Comentários ao Código de Processo Civil*”, vol. I, São Paulo, 1974, p. 289.

¹⁵⁹ “*Teoría Del Derecho Internacional – las relaciones entre los ordenamientos jurídicos – IUS INTER IURA*”, Buenos Aires, 1996, p. 13.

¹⁶⁰ ZANETTI, Alicia M. Perugini. “*Aspectos Jurídico-Económico de la Jurisdicción Internacional en el Ámbito del Consumidor*”, en: *Notarius International*, vol. 5, nº 1, Kluwer Law International, 2000, p. 7.

¹⁶¹ CÁRDENAS, Sara L. Feldstein de. “*Jurisdicción Internacional en Matéria Contractual en los espacios integrados*”, Síntesis Forense, Colegio de Abogados de San Isidro, Buenos Aires, diciembre de 1995, p. 34.

internacional indirecta; y en el tercero se remite al principio de la libertad de las partes en redactar la denominada cláusula atributiva de competencia.

Si bien la mayoría de los países posee normativas internas sobre la competencia internacional, al igual que en el conflicto de leyes, cada legislación tiene su propia regulación sobre el tema. De la misma manera que en el conflicto de leyes, existen soluciones en Tratados o Convenciones internacionales tendientes a la armonización o unificación de las normativas internas de cada Estado. Sin embargo, es muy frecuente la carencia de Tratados o Convenciones que resuelvan el problema, debiendo acudir a las normativas nacionales que, como ya se manifestara, generalmente son incompatibles entre sí.¹⁶²

Con respecto a la cláusula atributiva de competencia -en virtud de la cual las partes tienen la posibilidad de escoger un Tribunal o juez diferente al que sería competente en virtud de las normas procesales internacionales- esta sería la autonomía de la voluntad de las partes referida a la jurisdicción internacional directa, es decir que las partes pactan sobre el juez competente que deberá, en caso de conflicto, conocer del mismo. Podrán también pactar que los conflictos emergentes de su contrato de compraventa internacional sean resueltos por el arbitraje. Las partes, en este supuesto, tienen la libertad de escoger la jurisdicción de un país o de un Tribunal arbitral para solucionar los conflictos que envuelvan su negocio jurídico.

Esta facultad de las partes no se aplicaba tiempos atrás, pues los países entendían que, admitiendo tales cláusulas, podría evadirse la competencia de los Tribunales nacionales y podría ocurrir, también, que la parte económicamente más fuerte impusiera su voluntad sobre la más débil, traducándose en la conocida cláusula de adhesión¹⁶³.

La evolución de la doctrina ha permitido, en la actualidad, la elección del foro competente y esta posición ha sido recepcionada por los ordenamientos jurídicos nacionales que posibilitan tal elección, siempre que ella no sea fruto del abuso de la fuerza económica de una de las partes y, también, que el juez o Tribunal escogido posea un vínculo razonable con la posible controversia.

Por otra parte, en la actualidad existen Tratados o Convenciones internacionales que regulan la jurisdicción internacional, tales como la CIDIP III sobre la Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias, firmada en La Paz, Bolivia, en 1984; y, en el seno de la Unión Europea, el Convenio de Bruselas sobre Competencia Jurisdiccional y ejecución de sentencias en Materia Civil y Comercial, firmado en el año de 1968. En los países del MERCOSUR, rige el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción

¹⁶² HARGAIN, Daniel. "Contratos Comerciales ...", ob. cit., p. 96.

¹⁶³ En la cláusula de adhesión, o mejor, en el contrato de adhesión no se dan los presupuestos de la autonomía de la voluntad señalados, por ejemplo, por el autor Santiago Alvarez González: "*libertad de elección de la parte contratante, libertad de negociación y elaboración del contrato y libertad de conclusión efectiva del contrato*". In "*Condiciones Generales en la Contratación Internacional*", Madrid, 1992, p. 22. En el contrato de adhesión, debido a eso, "*la voluntad no está solamente disminuida, hay en el campo de la determinación del contenido contractual, ausencia de una de las dos voluntades. La diferencia cuantitativa se transforma finalmente en una diferencia cualitativa que cambia la naturaleza del contrato*". BERLIOZ, Georges. "*Le Contrat D'Adhesión*", Paris, 1976, p. 13.

Internacional en Materia Contractual, Decisión nº 1/94 del Consejo del Mercado Común, del 5 de agosto de 1994.

CAPITULO II

EL CONTRATO MERCANTIL INTERNACIONAL

La operación económica generalmente denominada venta es tan antigua que se olvida que carece de carácter propio, salvo como especie particular del contrato, género al que pertenecen la mayor parte de las operaciones económicas.

1. CONCEPTO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA

La definición de contrato, en los moldes anglosajones, se encuentra en Sir Frederic Pollock¹⁶⁴ quien sostiene que *“The first and most essential element of an agreement of which the law can take notice is the consent of the parties. There must be the meeting of two minds in one and the same intention. But in order that their consent may make an agreement of which the law can take notice, other conditions must be fulfilled. The agreement must be, in our old English phrase, an act in law: that is, it must be on the matter capable of having legal effects. It must be concerned with duties and rights which can be dealt with by a court of justice.”* Para el autor, el elemento central del contrato es el consenso entre las partes. Al mismo tiempo, afirma que el contrato tiene que relacionarse con obligaciones y derechos que puedan ser tratados por una corte de justicia.¹⁶⁵

No obstante que son muchos los conceptos existentes, se considera importante prestar particular atención aquél que refiere a lo siguiente: *“el contrato se presenta como la expresión del encuentro de voluntades en orden al intercambio patrimonial, como medio de satisfacción de los propios intereses”*.¹⁶⁶

El contrato de compraventa es, sin duda, el más antiguo e importante por su función económica consistente en cambiar bienes por precio. Como señala R. URÍA¹⁶⁷ éste constituye el prototipo de los actos de comercio, ya que ningún otro expresa con tanto rigor la función peculiar del tráfico mercantil como actividad mediadora dirigida a facilitar la circulación de bienes, lo cual equivale a decir que el contrato de compraventa (*sales contract*) es considerado como el *“mercantile contract par excellence”*¹⁶⁸ o bien el *“lifeblood of international commerce”*.¹⁶⁹

¹⁶⁴ POLLOCK, Frederic. *“Principles of contract at law and equity”*, New York, p. 3.

¹⁶⁵ Esta posición demuestra como el término ‘contrato’ es concebido en los países de la Common Law. Esa noción puede ser vista, más recientemente, en el trabajo encargado por la denominada *Law Commission*, que tenía la finalidad de codificar el Derecho de los contratos para el Reino Unido, donde *“Contrato es el acuerdo entre dos o más personas al que el Derecho reconoce el efecto de crear, modificar, o extinguir derechos y obligaciones”* y que *“(…) es condición necesaria del contrato que haya habido un acuerdo”*, en MCGREGOR, Harvey. *“Contract Code – Proyecto redactado por encargo de la Law Commission Inglesa”*, Barcelona, 1997, p. 33.

¹⁶⁶ MELÉNDEZ, Miguel Angel Pendón. *“Preámbulo y art. 1º”*, en: BOVIO, David Morán (coord.). *“Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional”*, Pamplona, 1999, p. 52.

¹⁶⁷ URÍA, R. *“Derecho Mercantil”*, 16ª ed., Madrid, 1989.

¹⁶⁸ GALGANO, Francesco. *“Il Diritto privato fra codice e costituzione”*, 2ª ed., Bologna, 1980, p. 6.

El derecho brasileño define a la compraventa en el artículo 1.122 del Código Civil, configurándola como contrato por el cual *“um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”*. Por su parte, el art. 1.323 del Código Civil argentino también adopta tal definición.

La misma condice con los derechos internos de otros países, como también con la jurisprudencia existente sobre la Convención de Viena acerca de la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, donde se refiere que *“el contrato de compraventa se conceptúa como el intercambio de la propiedad de una cosa por precio”*.¹⁷⁰

2. COMPRAVENTA CIVIL Y COMPRAVENTA MERCANTIL

La compraventa posee dos caracteres distintos, uno civil y otro comercial, ya que cada ordenamiento jurídico identifica cuándo la compraventa puede ser considerada en uno u otro sentido, resultando difícil compilar todas las interpretaciones existentes ya que *“uno de los principales aspectos conflictivos que presenta el contrato de compraventa en general es el distinto tratamiento que recibe en los diferentes sistemas jurídicos vigentes, lo que ha propiciado, desde antiguo, un amplio deseo unificador”*.¹⁷¹ Al mismo tiempo, estos distintos tratamientos se dan porque *“las soluciones consagradas por el derecho no serán las mismas aquí o allí. Cada sociedad tiene un derecho que le es propio y que refleja una concepción de la justicia que exige ser adaptada a las circunstancias particulares de cada país”*¹⁷² (traducción propia).

Lo cierto es que gran parte de los países mantienen esta duplicidad en la regulación contractual civil y comercial de la compraventa.¹⁷³ En cuanto a los países del MERCOSUR, solamente Paraguay regula ambas materias en su Código Civil, mientras que Brasil, Argentina y Uruguay mantienen la dualidad.

Tomando en consideración el incremento del intercambio comercial entre los Estados Partes del MERCOSUR y siendo que el mismo es, en su gran mayoría, realizado por personas jurídicas o empresas cuyas sedes están localizadas en los países miembros, es que se considera importante tratar la compraventa con carácter comercial.

¹⁶⁹ KACZOROWSKA, Alina. *“International Trade Conventions and their Effectiveness – Present and Future”*, The Hague, 1995, p. 14.

¹⁷⁰ “Caso (estudio de mercado); OLG Colonia, Sentencia de 26 de agosto de 1994 – publicado en *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1994, pgs. 970 y ss.; CLOUT, núm. 122 -. En dicho caso, el demandante, una empresa consultora suiza, elaboró un estudio de mercado para la demandada, una empresa alemana y no lo pagó. El Tribunal de instancia entendió que no aplicable al caso la Convención de Viena, porque, a pesar de que el informe se sustancia en un soporte físico, lo importante del contrato no era la transmisión de la propiedad de ese soporte material, sino del derecho al uso de las ideas allí plasmadas”, apud LÉPINETTE, Tomás Vázquez. *“Compraventa Internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial”*, en: Revista de Derecho Patrimonial, número 2, Navarra, 2000, p. 56.

¹⁷¹ SACARRERA, Enrique Guardiola. *“La Compraventa Internacional – Importaciones y Exportaciones”*, Barcelona, 1994, p. 12.

¹⁷² DAVID, René. *“Le droit compare, droits d’hier, droits de demain”*, París, 1984, apud SACARRERA, Enrique Guardiola. *“La Compraventa Internacional ...”*, ob. Cit., p. 13.

¹⁷³ GARRO, Alejandro Miguel; ZUPPI, Alberto Luis. *Compraventa Internacional de Mercaderías – Convención de Viena de 1980*, Buenos Aires, 1990, p. 78.

No obstante, se destaca que muchas Convenciones o Tratados, así como Protocolos, tratan la compraventa sin hacer distinción entre la civil y la comercial¹⁷⁴ y no contienen definición alguna acerca de lo que debe entenderse por contrato de compraventa¹⁷⁵.

El carácter mercantil de la compraventa está dispuesto de manera distinta en cada Estado Parte del MERCOSUR: Argentina sólo considera mercantil la compraventa de cosas muebles, bien sean en la misma forma que se compraron o en otra diferente, o para alquilar su uso –artículo 451 del Código Comercial argentino-; Brasil estima mercantil la compraventa de muebles o semovientes para revenderlos a la gruesa o en detalle, en la misma especie o manufacturados o para alquilar su uso, debiendo comprador y vendedor ser comerciantes en las referidas transacciones –artículo 191 del Código Comercial brasileño-; finalmente, Uruguay considera mercantil a aquellas compraventas donde el comprador compra para revender o alquilar su uso –art. 510 del Código Comercial de la República Oriental del Uruguay-. Respecto a Paraguay, el mismo ya fue comentado anteriormente.

Para algunos, el carácter comercial de la compraventa se da por la presencia de los elementos habituales que hacen a la comercialidad de los contratos en general, o sea, destino económico de las prestaciones que son el objeto de las obligaciones que el contrato pone a cargo de las partes, profesionalidad de éstas, y otras más¹⁷⁶. Por lo tanto, en el presente estudio la compraventa será considerada mercantil cuando involucre comerciantes y toda vez que la mercadería transferida de uno al otro sea una cosa mueble o semoviente¹⁷⁷ con la intención de una de las partes de revenderlas, obteniendo un lucro con dicha operación.

3. LA INTERNACIONALIDAD DE UNA COMPRAVENTA

Para caracterizar a los contratos como internacionales, la doctrina francesa utiliza dos criterios: uno económico y otro jurídico¹⁷⁸. En el primer caso, el contrato es

¹⁷⁴ Convención de Viena de 1980; Protocolo de Buenos Aires de 1994; Convención de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980, etc..

¹⁷⁵ Cuanto a la Convención de Viena de 1980, tal actitud se encuentra justificada en el sentido de que tal definición puede ser encontrada en varios sistemas legales y no difieren entre sí, conforme destaca BERNARDINI, Piero. “*La compraventa internacional*”, en MIRABELLI, Giuseppe et alii. (eds.). “*Rapporti Contrattuali nel Diritto Internazionale*”, Milano, 1991, p. 85; mientras otros dicen que esta falta de definición es debida al hecho de que los redactores, con eso, tuvieron la oportunidad de evitar la responsabilidad de traer, a la Convención, textos con cuestiones dogmáticas, en las cuales no habría consenso alguno debido a las distintas tradiciones jurídicas involucradas y que, además, en la práctica no iban a generar muchas controversias interpretativas, GONZALO, Marco Lopez de. “*La vendita Internazionale*”, en ALPA / BESSONE (eds.). “*2/III I contratti in generale*”, Turin, 1991, p. 906.

¹⁷⁶ HARGAIN, Daniel; MIHALI, Gabriel. “*Régimen Jurídico de la ...*”, ob. Cit., p. 8.

¹⁷⁷ Podríamos utilizar, en este sentido, la definición del término “mercaderías” consagrada por la doctrina que comenta la Convención de Viena de 1980, como FERRARI, Franco. “*Vendita internazionale di beni mobili*”, en GALGANO (coord.): “*Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca*”, Bolonia-Roma, 1994; y LÉPINETTE, Tomás Vázquez. “*Compraventa Internacional de Mercaderías...*”, ob. Cit. Estos definen las mercaderías como siendo bienes muebles corporales, concepto esté mucho más amplio que agrega la gran mayoría de los bienes que pueden ser comercializados.

¹⁷⁸ GARCEZ, José María Rossani. “*Contratos Internacionais Comerciais*”, São Paulo, 1994, p. 9.

considerado internacional cuando simplemente permite un doble tránsito de bienes o valores de un país a otro. El segundo, más amplio que el anterior, establece que la internacionalidad del contrato se verifica cuando contiene algún elemento de extranjería, pudiendo ser el domicilio de las partes o el lugar de ejecución de su objeto, entre otros. Brasil utiliza el segundo de los criterios arriba mencionados -el jurídico-.¹⁷⁹

ENGELBERG afirma que "*a diferença fundamental entre um contrato de direito interno e o contrato internacional está no fato de que no contrato internacional as cláusulas concernentes à conclusão, capacidade das partes e o objeto relacionam-se a mais de um sistema jurídico*".¹⁸⁰

IRINEU STRENGER¹⁸¹ sostiene que el contrato se caracteriza como internacional no solamente cuando utiliza los elementos de extranjería en la relación jurídica, sino cuando además refleja la consecuencia del intercambio entre Estados y personas de diferentes territorios.

La simple voluntad de las partes de tornar un contrato en internacional no es válida. En la actualidad es difícil determinar cuándo un contrato es internacional o no. La respuesta de Suiza es que "*el carácter internacional debe ser determinado caso a caso y es una atribución de la Lex fori que el juez o árbitro decidirá si la relación jurídica merece la calificación de internacional*".¹⁸² La propuesta más acertada es aquella que supone que un contrato debe ser tenido por internacional cuando guarde relación con diversos sistemas jurídicos, o cuando sus elementos de conexión no se sitúen en un mismo sistema jurídico.¹⁸³

Por su parte, ANTONIO BOGGIANO ya mencionaba que "*...esto significa que el contrato ha de suscitar un conflicto de leyes por sus contactos objetivos con diversos Estados. No basta la mera elección por las partes de una ley aplicable, aun unida a la elección de un juez o un árbitro, para dar al contrato carácter internacional y hacerlo regir por la Convención*".¹⁸⁴

NADIA DE ARAUJO comparte el mismo parecer; para ella "*o que caracteriza o contrato internacional é a presença de um elemento de estraneidade que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos nacionais*".¹⁸⁵

En definitiva, lo correcto es afirmar que el contrato será internacional cuando involucra a dos o más ordenamientos jurídicos.

¹⁷⁹ "Na caracterização dos contratos internacionais formaram-se na doutrina francesa duas correntes: a econômica e a jurídica. Para a corrente econômica seria internacional o contrato que simplesmente permitisse um duplo trânsito de bens ou valores, do país para o exterior e vice-versa. No Brasil prevaleceram os critérios caracterizadores da chamada corrente jurídica, mais abrangente que a primeira, em que a internacionalidade do contrato se verifica quando contenha ele algum 'elemento de estraneidade', que pode ser o domicílio das partes, o local da execução de seu objeto ou outro equivalente". Idem, ibidem, p. 9.

¹⁸⁰ ENGELBERG, Esther. "Contratos internacionais do comércio", São Paulo, 1992, p. 83.

¹⁸¹ STRENGER, Irineu. "Contratos Internacionais do Comércio", São Paulo, 1992, p. 20.

¹⁸² REPERTOIRE Suisse de Droit International Privé – Zurich, ed. Staempfli, 1982, vol. 1, p. 17.

¹⁸³ LOUSSOUARN y BREDIN. "Droit du ...", ob. Cit., p. 514, nº 511.

¹⁸⁴ BOGGIANO, Antonio. "Contratos Internacionales", 2ª ed., Buenos Aires, 1995, p. 74.

¹⁸⁵ ARAUJO, Nadia de. "Contratos Internacionais ...", ob. Cit., p. 23.

En la práctica la caracterización de una compraventa internacional puede basarse en distintos criterios:

a) el relativo al domicilio de los contratantes: si éstos, independientemente de su nacionalidad, tienen su domicilio comercial en países distintos, la compraventa pactada entre ellos será internacional, pues las obligaciones derivadas del contrato se ejecutarán en el marco de Estados Diferentes;

b) el relativo al objeto del contrato: se considera internacional la compraventa que comprenda la entrega de la cosa vendida, sea nacional o extranjera, en un país distinto al que se encuentra al momento de la conclusión del contrato, de manera que implique la salida efectiva de un país (exportación) y la entrada en otro (importación);

c) mixto: el carácter internacional de la compraventa está basado en el hecho de que los contratantes tengan su domicilio o establecimiento mercantil en el territorio de Estados diferentes y, además, se produzca el traslado de la cosa vendida de un país a otro.

Según ENRIQUE SACARRERA¹⁸⁶ solamente se debería hablar de compraventa internacional en este último caso, toda vez que para existir una exportación o importación es imprescindible el paso efectivo de mercaderías por las respectivas fronteras de salida y entrada de los países de origen y destino, y que tanto vendedor como comprador tengan, en sus respectivos países, establecimientos con suficiente autonomía jurídica para poder contratar y obligarse.

Por otro lado, HARGAIN y MIHALI¹⁸⁷ entienden que una compraventa será considerada internacional solamente cuando la cosa vendida cruce los límites territoriales de un Estado; de manera tal que para ellos *“no debemos confundir la compraventa internacional con un contrato internacional de compraventa, pues, cuando un argentino vende en Uruguay a un brasileño un bien que se encuentra en Argentina en el momento de celebrarse el contrato, y allí permanecerá a posteriori, estamos ante un contrato de compraventa, y además es un contrato internacional, pero no se trata de una compraventa internacional porque no supone que el bien enajenado se traslade fuera del Estado en donde se encuentra al celebrarlo, sin perjuicio de que igualmente habrán de aplicarse normas de Derecho Internacional Privado con relación a los elementos de extranjería presentes”*.

Este criterio no es el adoptado por la Convención de Viena de 1980, donde en su artículo 1.1. se optó por el criterio de la ubicación del establecimiento de los contratantes para determinar el carácter internacional de la compraventa.¹⁸⁸ Sobre

¹⁸⁶ SACARRERA, Enrique Guardiola. “La Compraventa Internacional ...”, ob. Cit., p. 16.

¹⁸⁷ HARGAIN, Daniel; MIHALI, Gabriel. “Régimen Jurídico de la ...”, ob. Cit., pp. 9-10.

¹⁸⁸ “De tal forma, resulta evidente que el criterio básico que delimita el ámbito de aplicación de esta convención, no puede tomarse en cuenta para afirmar que son contratos de compraventa internacional **solamente** aquellos en que las partes tienen sus establecimientos en estados diferentes, pues, como acabamos de ver, tal criterio omite tener en cuenta elementos fundamentales de ‘internacionalización’ como la celebración y ejecución en países diferentes”. En éste sentido, IDIARTE, Gonzalo A. Lorenzo. “¿Cuándo um Contrato es Internacional? Análisis desde una perspectiva regional”, en “Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina – Liber Amicorum Jürgen Samtleben”, KLEINHEISTERKAMP, Jan e IDIARTE, Gonzalo A. Lorenzo (coords.), Montevideo, 2002, p. 112.

éste artículo LÉPINETTE¹⁸⁹ comenta que “*lo primero destacable de estos criterios de internacionalidad es que el carácter internacional de la transacción no está determinado por el movimiento transnacional de las mercancías objeto de la misma –como podría parecer lógico–, ni por la nacionalidad de las partes, sino por el establecimiento en diferentes países de las partes que contratan, incluso si la formación y la ejecución del contrato tuvo lugar en un solo Estado (cfr. Los casos ‘Fauba France c. Fujitsu GmbH’¹⁹⁰ y ‘coche de ocasión’¹⁹¹)*”.

Similiar criterio es utilizado en el Protocolo de Buenos Aires de 1994, (artículo 1º, incisos ‘a’ y ‘b’)¹⁹² y en la Convención de La Haya de 1986. Por su parte, el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, remite para su aplicación (en los términos de su artículo 3º, número 3) a la existencia de un elemento de extranjería en la relación, cualquiera fuere su naturaleza, o sea, cuando los elementos del contrato no se encuentran localizados en un solo país.

Para IRINEU STRENGER¹⁹³, “*são contratos internacionais do comércio, todas as manifestações bi ou plurilaterais das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar de execução, ou qualquer circunstância que exprime um liame indicativo de Direito aplicável*”.

Debido a la multiplicidad de definiciones sobre compraventa internacional, a través de las Convenciones, Tratados o Protocolos se ha intentado uniformizar un criterio para su caracterización, de manera que ratificando un determinado Protocolo o Convención el criterio allí utilizado será el que determinará la internacionalidad de la compraventa, pues dichas normas tendrán que ser aplicadas por los países, conforme su ámbito geográfico, en transacciones que involucren a sus nacionales.¹⁹⁴

Las disparidades legislativas existentes han causado preocupación en todos los países y en organismos internacionales relacionados con el comercio internacional, llevando a estos últimos a la elaboración de estudios y proyectos con la finalidad de encontrar una regla uniforme y acertada en materia de

¹⁸⁹ LÉPINETTE, Tomás Vázquez. “*Compraventa Internacional de Mercaderías...*”, ob. Cit., p. 66.

¹⁹⁰ Cour de Casaation, Sentencia de 4 enero de 1995, publicada CLOUT, nº. 155.

¹⁹¹ Landgericht Colonia, Sentencia de 16 de noviembre de 1995, publicado em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951116g1.html>.

¹⁹² “*Lo expuesto demuestra que el Protocolo de Buenos Aires adolece de un vicio importante en la delimitación de su ámbito de aplicación, de tal forma que resulta imposible desentrañar los verdaderos elementos que hacen que un contrato sea internacional a la luz de lo que surge de sus propias normas, fuera del caso en que los domicilios de las partes se encuentran en estados diferentes*”. Así, IDIARTE, Gonzalo A. Lorenzo. *¿Cuándo un Contrato es Internacional?...*, ob. Cit., p. 122.

¹⁹³ STRENGER, Irineu. “*Contratos Internacionais do Comércio*”, ob. Cit., p. 81.

¹⁹⁴ Sobre la dificultad de saber cuál el criterio a ser adoptado, especialmente cuando, dentro de un unico ordenamiento jurídico, convivenm normas que utilizan distintos criterios para determinar la internacionalidad del contrato de compraventa, el autor uruguayo GONZALO A. LORENZO IDIARTE, manifiesta que: “Así ocurre em el ejemplo propuesto com los países Del Mercosur que a su vez ratificaron la Convención de Viena, Cuál es el critério predominante: ¿el que subyace a sus ordenamientos internos de derecho internacional privado – que es la celebración en un estado y la ejecución en otro – (Argentina: arts. 1180, 1181, 1205 a 1214 CC; Uruguay: art. 2399 CC), o el de la Convención de Viena? In *¿Cuándo un Contrato es Internacional?...*, ob. Cit., p. 112

contratación internacional que fuera respetada por todos los países o por la gran mayoría de ellos.

4. Distinción entre Ley Aplicable y Jurisdicción Competente

Al momento de tratar los contratos de compraventa internacional es necesario analizar otras cuestiones de suma importancia, como son las vinculadas a la jurisdicción competente y a la ley aplicable.

Internamente, el contrato de compraventa presenta una serie de inconvenientes por el incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las partes. Al internacional se le debe añadir la condición de extranjera de una de las partes, lo cual representa un serio problema al momento de obligar coercitivamente a que se cumpla con lo estipulado dada la variedad de legislaciones a que pueden estar sometidos los contratantes debido a su pertenencia a países distintos, lo que lleva a que un mismo supuesto pueda tener solución legal distinta ocasionando el ya comentado conflicto de leyes. A este problema se le agrega la dificultad de elegir el Tribunal competente en caso de ejercicio de acciones por incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes, ocasionando el conflicto de jurisdicciones.

Cuando surge un problema originado en un contrato de compraventa internacional o, inclusive, en un contrato internacional, sea cual fuere su naturaleza, las preguntas que suelen surgir son: cuál será el Tribunal o juez competente para conocer de la eminente demanda entre los contratantes y, al mismo tiempo, cuál será la ley aplicable al mismo -la del comprador o la del vendedor; o bien la ley del lugar de la entrega de las mercaderías; o, aún, la ley escogida por las partes en el momento de perfeccionar el contrato que surge de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad al que nos remitiremos oportunamente-.

Sin embargo, es necesario tener presente otras dificultades que suelen manifestarse, sobre aspectos ligados a este contrato, como son la determinación de cuándo deben entenderse cumplidas las respectivas obligaciones de las partes contratantes; quién debe cubrir determinados gastos que la venta haya podido originar; cómo puede realizarse el reconocimiento de mercaderías y quién y durante cuánto tiempo debe responder por vicios o defectos de las mismas; y las referentes a la transmisión de los riesgos de la operación.

Varios interrogantes se plantean ante el supuesto de incumplimiento por una de las partes en el contrato de compraventa internacional entre dos personas jurídicas de distintos países: ¿dónde será demandado por la otra parte?; ¿en su propio país?; ¿en el país del vendedor?; ¿en un Tribunal arbitral neutro?; ¿cuál será la ley aplicable al caso, la del país del comprador, la del país del vendedor o la de un tercer país?. Como bien afirma SACARRERA¹⁹⁵, “(...) de todo ello resulta que son dos, básicamente los conflictos que suelen plantearse a la hora de iniciar un litigio internacional; de leyes, en cuanto a la determinación de qué ley será aplicable a la controversia suscitada, y de jurisdicciones, relativo a la averiguación del Tribunal que sea competente para conocer de la misma.”

¹⁹⁵ SACARRERA, Enrique Guardiola. “La Compraventa Internacional ...”, ob. Cit., p. 198.

Como ya se expresara, jurisdicción es el poder de juzgar y practicar determinados actos necesarios para la ejecución del juzgado y está circunscripto al ámbito espacial del Estado que posee y ejerce su soberanía, o mejor, “*es la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan, y en los tratados internacionales*”.¹⁹⁶

Ley aplicable es la que deberá tutelar la relación jurídica emergente de un contrato de compraventa internacional, es la que regirá a este contrato. Es posible que dos o más legislaciones sean aplicables, pero solamente una de ellas será aplicada. Otras veces, ninguna de estas legislaciones se aplica -como suele ocurrir cuando los árbitros aplican los principios generales de derecho o, aún, la denominada *Lex Mercatoria*-.

Por lo expuesto no es posible confundir los dos institutos. La ley aplicable al contrato internacional es diferente a las cuestiones del foro, siendo correcto que el juicio competente debe aplicar la ley indicada por el Derecho Conflictual positivo, siendo el que rige el acuerdo, aunque diferente de la *lex fori* o de la ley determinada por las partes contratantes.¹⁹⁷

Algunos países tienden a caer en dicha confusión al aceptar que en los contratos internacionales las partes elijan la jurisdicción competente, o sea, el foro que dirimirá las controversias eventualmente derivadas de tal contrato; de esta manera, también se está eligiendo la ley que regirá el contrato, como si ésta fuera la intención de las partes.¹⁹⁸

Esta problemática se origina, principalmente, por la actitud de los jueces que tienen una tendencia a aplicar la ley de su país a los contratos internacionales, pues aplicar el derecho extranjero trae consigo una serie de inconvenientes y dificultades para ellos.¹⁹⁹ Esto, por ejemplo, pasa en Brasil, como bien menciona JOSÉ I. G. FRANCESCHINI²⁰⁰, donde “*no Direito Internacional Privado brasileiro vigente, embora haja certa confusão entre lei aplicável e foro, notadamente face uma quase irresistível tendência em favor da aplicação da lei do foro aos contratos internacionais, fenômeno aliás também freqüente entre juízes alemães e ingleses, como relembra Ole Lando seja em face da complexidade e dificuldades práticas que se antepõem à aplicação do Direito Privado estrangeiro, seja em decorrência da relativamente pouca tradição dos tribunais e Juízes brasileiros no trato de questões de Direito Internacional Privado em sede de contratos internacionais, os dois temas são absolutamente distintos um do outro*”.

¹⁹⁶ GUILLEN, Victor Fairen. “*Doctrina General del Derecho Procesal – Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*”, Barcelona, 1990, p. 101.

¹⁹⁷ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *A Lei e o Foro de eleição em tema de Contratos Internacionais*, en RODAS, João Grandino (coord.). “*Contratos Internacionais*”, ob. Cit., p. 138.

¹⁹⁸ DICEY, A. V.; MORRIS, J. H. C.. “*The Conflict of Laws*”, Londres, 1967, p. 705.

¹⁹⁹ “(...) a socially psychological fact: Courts generally do not like to apply foreign law”. LANDO, Ole. “*Lex Fori in Foro Proprio*”, Maastricht Journal, 1995, p. 371.

²⁰⁰ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. “*A Lei e o Foro ...*”, ob. Cit., p. 92.

HAROLDO VALLADÃO²⁰¹ ya mencionaba a estos dos institutos, la competencia jurisdiccional –cláusula del foro– y la competencia legislativa –ley aplicable–, como autónomos uno del otro en el campo del Derecho Internacional Privado.

Por su parte, ARNOLD WALD²⁰² ha expresado que “(...) nos contratos internacionais firmados no Brasil, surgem, numerosas vezes, dúvidas quanto à validade das cláusulas que consideram competente determinado foro para conhecer de todos os litígios decorrentes da convenção ou que regulamentam o contrato e seus efeitos, pela lei estrangeira do domicílio ou da nacionalidade de uma das partes contratantes. Os dois problemas, embora materialmente conexos, são distintos, importando a cláusula eletiva de foro na concessão de uma competência contratual à justiça de determinada cidade ou de certo país, enquanto a escolha da lei estrangeira para firmar as conseqüências jurídicas do contrato se fundamenta no principio da autonomia da vontade e estabelece o regime jurídico substantivo aplicável à relação jurídica. A primeira questão é puramente processual e se apresenta tanto no plano nacional como internacional, sendo a segunda tipicamente de Direito Internacional Privado”.

Como prueba de la gran confusión existente entre estos dos institutos, en el momento de la firma del Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, la delegación uruguaya presente en ese acto dejó expresa constancia que “la selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la selección del derecho aplicable”.²⁰³ Así, los responsables por solucionar una controversia originada de un contrato internacional no podrán, cuando haya una elección de la jurisdicción competente en el mismo, determinar que la ley de este país deberá ser utilizada en la solución del caso. Tendrán que encontrar tal determinación en los demás supuestos existentes en el acuerdo de voluntades de las partes, o bien en las reglas de Derecho Internacional Privado de los países involucrados en la controversia, en el caso en que no exista una norma de fuente internacional que traiga la solución.

5. Jurisdicción Competente

En esta instancia es necesario establecer conceptualmente qué se entiende por jurisdicción. En palabras de PONTES DE MIRANDA, es la competencia jurisdiccional distribuida a cada Estado, Provincia o Departamento. Es el poder de juzgar, indiferente a la división de este poder hecha por el Estado Nación. Cuando éste divide esa jurisdicción, tenemos el poder de juzgar repartido, o sea, la competencia. Esta competencia ocurre dentro de los límites territoriales del Estado. La jurisdicción, por su lado, supone exclusividad y permanencia.²⁰⁴

Es necesario tener presente que la jurisdicción, como ha dicho FAIREN GUILLEN²⁰⁵, “se manifiesta en sus elementos integrantes, con caracteres de

²⁰¹ “Estudos de Direito Internacional Privado”, Rio de Janeiro, 1947, p. 281.

²⁰² “Validade das convenções sobre foro do contrato”, Estudos e Pareceres de Direito Comercial, vol. I, São Paulo, 1972, pp. 261/271.

²⁰³ HARGAIN, Daniel. “Contratos Comerciales ...”, ob. Cit., p. 97.

²⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. “Comentários ao Código de Processo Civil”, t. II, 3ª ed. - revista e ampliada -, Rio de Janeiro, 1995, p. 208.

²⁰⁵ GUILLEN, Victor Fairen. “Doctrina General ...”, ob. Cit., p. 102.

'imperium', de 'mando': su potestad se diversifica en las de 'conocer' y 'sentenciar' ('notio' y 'judicium'); en la de 'ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado' – aquí es donde mejor puede manifestarse la nota de 'coerción' clásica del 'imperium'; y en la de adoptar medidas para asegurar el 'conocimiento', y 'la sentencia' y su 'ejecución' –medidas cautelares–. Por lo tanto, se debe tomar en consideración que la jurisdicción no guarda relación solamente con el acto de juzgar –jurisdicción directa-, sino también, principalmente en el ámbito internacional, con los actos de ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado, cuando una sentencia es dada por la jurisdicción de un país y se desea su ejecución en jurisdicción de otro país –jurisdicción indirecta-.

La jurisdicción internacional es la delimitación entre los Estados de la potestad para resolver un caso privado internacional cuyas conexiones significativas tengan sede en ellos.²⁰⁶

Tenemos por lo tanto, que el término *jurisdicción* es plurívoco y es la actividad del poder judicial por contraposición a los poderes legislativo y ejecutivo del Estado y comprende tanto la competencia judicial internacional como la interna. En un sentido restrictivo, estos términos *jurisdicción* y *competencia judicial internacional* son considerados como sinónimos.²⁰⁷ En cambio, en la doctrina alemana y suiza, la expresión *jurisdicción* internacional –*internationale Gerichtsbarkeit*– se suele oponer a la de *competencia judicial internacional* –*internationale Zuständigkeit*– y alude a aquellos supuestos en que los tribunales del Estado no pueden ejercer su función porque existe un límite de Derecho Internacional Público que lo impide.²⁰⁸

En cuanto a la naturaleza de las normas de jurisdicción internacional, tenemos que, para algunos autores, éstas constituyen un capítulo del Derecho Internacional Privado²⁰⁹, mientras que para otros forma parte del Derecho Internacional Procesal.²¹⁰ BOGGIANO entiende las normas de jurisdicción internacional poseen lazos estrechos con las de Derecho Internacional Privado, de modo que *“no cabe excluir su tratamiento de la parte general del Derecho Internacional Privado, aun cuando en sentido estricto quepa estudiar la jurisdicción internacional en el Derecho Procesal Internacional... Es preciso, pues, dar al estudio de esas relaciones mutuas el lugar que le corresponde en la parte general del Derecho Internacional Privado, sin que ello signifique confundir la naturaleza procesal de las normas de jurisdicción internacional con la naturaleza sustancial de las normas de Derecho Internacional Privado”*.²¹¹

Determinar la jurisdicción competente en un contrato de compraventa internacional es determinar cuál será el juez o el tribunal que tendrá la facultad de conocer una presunta demanda que involucra a las partes del contrato, siempre

²⁰⁶ PERUGINI, Alicia M.. “Aspectos jurídicos-económicos de la Jurisdicción Internacional en el ámbito del Consumidor”, en CALDANI, Miguel Angel Ciuro (coord.). “DEL MERCOSUR – Aduana, Jurisdicción, Informática y Relaciones Intercomunitarias –”, Buenos Aires, 1996, p. 321.

²⁰⁷ En el artículo 5 de ambos los Tratados sobre derecho procesal internacional de Montevideo de 1889 y 1940, utilizan la palabra “competencia” cuando se refieren a la jurisdicción internacional.

²⁰⁸ CARAVACA, Alfonso L. Calvo. “La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen”, Madrid, 1986, pp. 45/47.

²⁰⁹ MUELA, Adolfo Miaja de la. “Derecho Internacional Privado”, t. II, Parte Especial, 10ª ed. – revisada -, Madrid, 1987, pp. 691/692.

²¹⁰ GOLDSCHMIDT, Werner. “Derecho Internacional Privado”, 7ª ed., Buenos Aires, 1990, p. 458 y ss.

²¹¹ BOGGIANO, Antonio. “Derecho Internacional Privado”, 3ª ed., t. I, Buenos Aires, 1991, p. 233/234.

que, en dicho contrato, existan elementos de extranjería, o puntos de conexión, que lo ligan a distintos órdenes jurídicos, de distintos países. En la práctica, el problema jurisdiccional ha dado lugar a múltiples controversias.

Aquí cabe aclarar el hecho de que los conflictos²¹², en el ámbito internacional, pueden ser resueltos de dos maneras: por consenso entre las partes o con la intervención de un tercero ajeno a la relación contractual en litigio. En esta última, tenemos las soluciones extrajudiciales –mediación, conciliación y arbitraje– y las judiciales.

Sin embargo, para FAIREN GUILLEN²¹³ todo se centra en la pretensión –acto (u omisión) por el que una persona intenta subordinar un interés ajeno a otro propio-. Esta, a su vez, es la exteriorización del conflicto que ha surgido cuando sobre una misma cosa, hay dos versiones diferentes en cuanto a su relación con las personas; cada una de ellas pretende algo de la cosa. En consecuencia, sostiene el autor, *“si esa ‘pretensión’ se ejercita directamente, puede aparecer incluso la autodefensa; si se la ejercita extrajurisdiccionalmente, aparecerá, bien la heterocomposición en forma de mediación de un particular, de un arbitraje, de una transacción extrajudicial, etc.; si se pone de manifiesto –se ejercita– contra otra persona y ante un Juez o Tribunal actuando como tales, aparece el proceso. (...) Y con la conjunción de pretensión, más resistencia u oposición a la pretensión, se produce el proceso completo, que así, también se puede calificar como un litigio, un conflicto que ha hecho crisis por salir al exterior y producirse una oposición entre dos o más personas”*. Por lo tanto, para este autor existen dos medios de solución de conflictos: el arbitraje y el proceso, entendiéndolo al último en sentido jurídico, es decir, recurriendo a un órgano jurisdiccional con potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

El proceso en la ciencia del Derecho tiene un carácter científico, es el instrumento de realización de la función jurisdiccional.²¹⁴ En este sentido, OVIDIO BAPTISTA DA SILVA²¹⁵ expone: *“no Direito, o emprego da palavra processo está ligado à idéia de processo judicial, correspondente à atividade que se desenvolve perante os tribunais para a obtenção de tutela jurídica estatal, tendente ao reconhecimento e realização da ordem jurídica e dos direitos individuais que ela estabelece e protege”*.

En este estudio se le utilizará en su acepción científica, pero también en un sentido social y político, en su carácter más instrumental, es decir proceso como toda actividad que tiene por objetivo un determinado efecto que no se alcanza con un acto único. Sin embargo, debemos dejar claro que el proceso, o mejor, las leyes procesales, con raras excepciones, se rigen por las leyes de cada país, una

²¹² ‘Conflicto’ en el sentido de litigio, de conflicto de intereses – LIDE. La LIDE como característica de la jurisdicción fue creada por CARNELUTTI, cuando él mismo dijo que *“Llamo litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro”*, in *“Sistema de Derecho Procesal Civil”*, vol. I, nº 14, 1944, p. 44.

²¹³ GUILLEN, Victor Fairen. *“Doctrina General ...”*, ob. Cit., p. 23.

²¹⁴ Lopes da Costa apud TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *“Arbitragem como Meio de Solução de Conflitos no Âmbito do Mercosul e a Imprescindibilidade da Corte Comunitária”*, Publicada en la RJ, nº 236, JUN/97, p. 15.

²¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *“Curso de Processo Civil”*, vol. I, Porto Alegre, 1987, p. 9.

vez que ésta regla de que el proceso es regido por la *lex fori* es una pauta de derecho internacional privado que jamás fue puesta en duda en teoría.²¹⁶

Así, cuando se recurre a los órganos jurisdiccionales estatales para la solución de conflictos, los interesados buscan el auxilio en la vía judicial, en contraposición al procedimiento arbitral.²¹⁷

Son precisamente estas formas, como técnicas de solución de conflictos, que explican la existencia, de mecanismos distintos pero idénticos en su producto final que es la composición del conflicto.²¹⁸ De modo que las controversias pueden resolverse por distintas vías entre las que se destacan la mediación y la jurisdicción en sus vertientes principales, una de carácter arbitral y otra de carácter judicial.²¹⁹

5.1. La vía Judicial

Cuando, surgido un conflicto de intereses entre partes integrantes de un contrato de compraventa internacional, la parte que se siente perjudicada de alguna forma frente a otra se dirige ante un órgano jurisdiccional de un determinado país para buscar una resolución a su conflicto, de este modo está recurriendo a la vía judicial para solucionar la controversia.

En caso de recurrirse a la institución judicial, suele suceder que las partes de un contrato de compraventa internacional piensan inmediatamente en los jueces de su propio país, pero ello no es recomendable ya que se debe tener presente que el fallo condenatorio de sus Tribunales conlleva la obligación de obtener la homologación, o bien exequátur²²⁰, de dicha sentencia en el país de la otra parte condenada, la denominada jurisdicción indirecta.²²¹ De esta manera, se tiene que ambas jurisdicciones caminan en conjunto, pues ¿de qué serviría para una parte conseguir una sentencia en su país sin que ésta tenga la posibilidad de ser

²¹⁶ Así, STRENGER, Irineu. “*Extraterritorialidade do Direito Processual*”, en “*Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina – Liber Amicorum Jürgen Samtleben*”, ob. Cit., p. 474.

²¹⁷ “*O processo atual toma rumos sociais, institucionais, como um verdadeiro instrumento de realização de justiça. Nesta dimensão o processo é visto em seu conceito mais amplo, como um verdadeiro instrumento que o Estado coloca a disposição das partes, para que elas busquem a jurisdição. Avulta-se, assim, a perspectiva publicista do processo, não só a nível teórico-doutrinário como também a nível prático-legislativo*”. RIBEIRO, Darci Guimarães. “*O Processo Cautelar no Mercosul*”, Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. 175, Março/Abril – 2000, p. 39.

²¹⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “*Arbitragem como Meio ...*”, ob. Cit.

²¹⁹ CALDANI, Miguel Angel Ciuro. “*Hacia un régimen adecuado de solución de controversias en el MERCOSUR*”, en Derecho de la Integración, de la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Estudios Comunitarios, nº 7, año 1998, Rosario, p. 27.

²²⁰ La denominación ‘exequátur’, en varias legislaciones que adoptan el sistema de Código Civil, en Francia por ejemplo, significa homologación o confirmación de una sentencia extranjera, que se torna apta a ser ejecutada en territorio nacional. Así, en éstas legislaciones, el ‘exequátur’ es la sentencia nacional que ha hecho la homologación de la decisión extranjera. En Brasil, en cambio, el término se refiere exclusivamente a la determinación proveniente del Supremo Tribunal Federal para que se cumpla exhorto de citación o notificación extranjera. En este sentido, HUCK, Hermes Marcelo e SILVA FILHO, Antonio Carlos Monteiro da. “*A Citação por Carta Rogatória*”, en BAPTISTA, Luiz Olavo et alii (cords.). “*Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas – Estudo em Homenagem ao Prof. Irineu Strenger*”, São Paulo, 1994, p. 152, Nota de Rodapié nº 6.

²²¹ THIEFFRY, Jean; GRANIER, Chantal. “*La Venta Internacional*”, trad. J. M. Fernández López, 1ª ed., Bilbao, 1989, p. 157.

ejecutada en el país de la otra parte donde se busca el cumplimiento de alguna obligación?.

Por lo tanto, se debería considerar la competencia jurisdiccional del país de la parte contra quien se busca alguna cosa, como por ejemplo, el juez del país del comprador si es el vendedor quien propone la demanda o bien, el juez del país del vendedor si es el comprador el demandante. Siendo así, la parte obtendrá una sentencia que podrá ser ejecutada de forma inmediata. Así lo expresa ENRIQUE G. SACARRERA, para quien esta *“tendencia a imponer cada parte a sus jueces nacionales no sea aconsejable sin antes averiguar qué grado de aceptación y fuerza ejecutiva tendrá dicha sentencia en el país donde convenga ejecutarla por tener en él la parte condenada bienes susceptibles de embargo”*.²²²

El principio del derecho de defensa en juicio es considerado como uno de los fundamentos básicos en la atribución de jurisdicción internacional. Este principio está vinculado con el problema de la privación sustancial de defensa frente a la imposibilidad razonable de preverla u organizarla en extraña jurisdicción.²²³ En general, gran parte de los Estados poseen normativas de orden público interno que deben ser respetadas por tribunales o jueces extranjeros, pues de no ser así, la sentencia o el laudo dictado en el otro Estado no será validado ni reconocido en éste. Cabe mencionar aquí, como ejemplo, el caso brasileño, donde existe entendimiento de que si la parte brasileña fuera demandada en el extranjero, ésta tendrá que ser citada a través de exhorto para presentar defensa en aquel país. Si no fuera debidamente citada para presentar su defensa, no hay entonces apertura de un contradictorio entre las partes.²²⁴

En general, las normas procesales son consideradas por la gran mayoría de los Estados como normas de orden público, debiendo, así, ser respetadas y tomadas en consideración en el momento del litigio en un país extranjero. Los Estados estructuran sus sistemas procesales, principalmente de jurisdicción, ante sus foros nacionales de forma unilateral, o bien lo hacen en forma de acuerdos de unificación de criterios jurisdiccionales en Convenios internacionales. Esa diversidad de criterios puede provocar conflictos de jurisdicciones y, con eso, los particulares tienen la posibilidad de tener una denegación de justicia por parte de los jueces o tribunales, sin mencionar la existencia, muchas veces, de dos órdenes incompatibles.

Esta problemática podría ser resuelta a través de Tratados o Convenciones sobre la materia que brinden un criterio uniforme.

²²² SACARRERA, Enrique Guardiola. *“La Compraventa Internacional ...”*, ob. Cit., p. 202.

²²³ PALLARÉS, Beatriz ; ARAGÓN, Enrique. *“Problemas Procesales en el Ambito del MERCOSUR. El acceso a la Jurisdicción”*, en CALDANI, Miguel Angel Ciuro (coord.). *“DEL MERCOSUR...”*, ob. Cit., p. 270.

²²⁴ *“Sentença arbitral estrangeira – Homologação – Citação para o processo homologatório do laudo arbitral: Omissão – É firme a jurisprudência do STF, ante o princípio de ordem pública, no Brasil, que seja o réu, conhecida sua residência, diretamente citado no país, para responder à ação, perante a justiça estrangeira, mediante carta rogatória, após obtido exequatur. Se, no caso, tal formalidade essencial não foi atendida, não há como homologar-se a sentença arbitral, não sendo suficiente para suprir a omissão esclarecer a requerente que a requerida concordara em que houvesse o processo extrajudicial, tendo, inclusive, indicado o seu perito”* (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Sentença Estrangeira 4.077 – Reino Unido da Grã-Bretanha, 22.3.91, RTJ, 135:949).

Como suele pasar con la ley aplicable, los países también poseen normas de Derecho Internacional Privado que tratan la materia de manera distinta, llevando a que un mismo supuesto tenga distintas interpretaciones.

Dentro del MERCOSUR suele suceder que la interposición de una demanda ante una autoridad judicial extranjera –juez o tribunal– no obsta a que dicha demanda sea interpuesta ante una autoridad judicial nacional, aunque el otro proceso no haya concluido, en otros términos, la litispendencia no impide que el juez o tribunal conozca de la misma demanda en su país.²²⁵ Este es el caso de la jurisdicción concurrente, es decir, ambas jurisdicciones son competentes para juzgar el caso.²²⁶

Ello trae inseguridad en los operadores del comercio internacional; tal es así que en Argentina, el artículo 92 del Código de Derecho Internacional Privado y Ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial (texto revisado en 1989 del Proyecto Goldschmidt) prevé que *“cuando entre las mismas partes esté pendiente en el extranjero una acción que tenga igual objeto que otra iniciada con posterioridad en la República, el juez argentino suspenderá la tramitación de esta última si resulta previsible que, en un plazo razonable, se dictará por el tribunal extranjero una decisión que pueda ser aquí reconocida”*.²²⁷

Anteriormente, cada Estado Parte del MERCOSUR tenía una regla de conexión para determinar la jurisdicción competente en un determinado supuesto vinculado a un contrato de compraventa internacional, sea por el lugar de cumplimiento o bien por el domicilio de una de las partes, o por el lugar de ejecución del contrato, que debido al surgimiento del Protocolo de Buenos Aires no pueden ser tomadas en consideración.²²⁸ En el ámbito del MERCOSUR, este Protocolo vincula a los Estados Partes respecto a la jurisdicción internacional en materia de contratos internacionales y en su Preámbulo *“se destaca la necesidad de brindar al sector privado de los Estados Partes un marco de seguridad jurídica que garantice justas soluciones y la armonía internacional de las decisiones judiciales y arbitrales vinculadas a la contratación en el marco del Tratado de Asunción. También se señala la importancia de adoptar reglas comunes sobre jurisdicción internacional en materia contractual, con el objeto de promover el desarrollo de las relaciones económicas entre el sector privado de los Estados Partes”*.²²⁹

Las partes podrán, con la intención de evitar este conflicto de jurisdicciones, elegir el juez o Tribunal de un país donde queden sometidos en caso de controversia

²²⁵ *“La litispendencia internacional consiste en la elección de dos jurisdicciones de países diferentes para un mismo litigio sin que ninguna regla internacional determine la prelación de una sobre otra”*. THIEFFRY, Jean; GRANIER, Chantal. *“La Venta Internacional”*, ob. Cit., p. 158.

²²⁶ Brasil posee jurisdicción concurrente en los casos enumerados en el artículo 88 de su Código de Proceso Civil, mientras que en los casos del art. 89 son de competencia exclusiva brasileña, con exclusión del cualquiera otra.

²²⁷ IUD, Carolina Daniela. *“Contrato Internacional y Juez Competente”*, La Ley, año LXIV, nº 48, miércoles 8 de marzo de 2000, Buenos Aires, p. 8.

²²⁸ En el presente estudio no se hará necesario un análisis de las distintas normativas existentes en los países del MERCOSUR sobre la jurisdicción internacional y como cada uno de ellos trata del tema internamente. Para tener una noción sobre este supuesto, ver excelente trabajo realizado por HARGAIN y MIHALI. *“Régimen Jurídico ...”*, ob. Cit.

²²⁹ KIRMSEER. José Raúl Torres. *“Sistema de Solución de Controversias en el Ámbito del MERCOSUR”*, en *“Magistratura e Mercosul”*, Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS – Edição Especial, novembro de 1998, Porto Alegre, p. 70.

entre ellos, a través de la inclusión de la cláusula atributiva de competencia que va a determinar la jurisdicción competente. Este problema del conflicto de jurisdicciones puede ser resuelto, también, cuando una de las partes de un contrato internacional ingrese con una demanda ante un juez o Tribunal de un país y la otra parte acepte la jurisdicción de este juez o Tribunal a través de cumplimiento de determinados actos ante esta nueva jurisdicción. Aquí ocurre la prórroga de jurisdicción. Esta aceptación por una de las partes tiene que ser a través de una manifestación positiva, no puede ser admitida a través del silencio o de la presunción.²³⁰

La libertad de elección del foro competente en materia internacional no estaba reconocida en los países del MERCOSUR²³¹ y hasta la actualidad exige una manifestación expresa de voluntad de las partes, es decir que no puede ser fruto del abuso de la fuerza económica de una parte sobre la otra, y que el juez o Tribunal escogido posea un vínculo razonable con la posible controversia, o sea, la regla “*with the most significant relationship to the contract*” que en la Common Law actúa en la determinación de la ley aplicable a los contratos y, por analogía, a los foros elegidos.²³² No obstante ello, el Protocolo de Buenos Aires, en sus artículos 4º, 5º y 6º, intenta poner fin a la problemática relacionada con la elección del foro y la prórroga de jurisdicción.

Las partes también podrán pactar en caso de controversia, originada en el contrato de compraventa internacional, que ésta sea dirimida ante un Tribunal arbitral o ante un organismo internacional de arbitraje. Para ello deberán incluir la denominada ‘cláusula compromisoria’²³³ al momento de la firma del contrato o, luego de surgida la controversia, mediante el ‘compromiso’²³⁴, donde acuerdan someterla al procedimiento arbitral.²³⁵

5.2. La Vía Arbitral

El arbitraje tiene su origen en el proceso romano. El proceso romano se dividió básicamente en tres períodos: *legis actiones*, *per formulas* y *extraordinariae cognitiones*.²³⁶ Desde los orígenes históricos de Roma, sobre la Realeza (754 AC)

²³⁰ CORRÊA, Antonio. “Mercosul...”, ob. Cit., p. 133.

²³¹ En Brasil, por ejemplo, la cláusula de elección del foro no es reconocida de forma unánime por la jurisprudencia nacional, una vez que, “*enquanto à primeira vista a sua aceitação é pacífica – cláusula de eleição de foro -, inúmeras foram as vezes em que os tribunais brasileiros declararam inválida a cláusula, por força da possibilidade de estabelecer-se a competência da justiça brasileira, a teor do art. 88 do CPC. Quando é preciso decidir-se entre a cláusula e a competência, esta última é a preferida*”. ARAUJO, Nadia de. “*Contratos Internacionais ...*”, ob. Cit., pp. 286/287.

²³² SOARES, Guido Fernando Silva. “*Contratos Internacionais de Comércio: Alguns aspectos normativos da compra e venda internacional*”, en CAHALI, Yussef Said (coord.). “*Contratos Nominados – Doutrina e Jurisprudência*”, São Paulo, 1995, p. 198.

²³³ La cláusula compromisoria se constituye en una convención que tiene naturaleza de contrato con efectos procesuales, originado del ajuste según el cual las controversias eventuales sean decididas por arbitraje. Los elementos esenciales son, primer, la definición de la relación jurídica y, segundo, la declaración de someter eventuales litigios a un tribunal arbitral. En este sentido, STRENGER, Irineu. “*Arbitragem Comercial Internacional*”, São Paulo, 1996, p. 109.

²³⁴ Compromiso es la convención por la cual las partes acuerdan someter al procedimiento arbitral la solución de uno o varios litigios determinados ya existentes. Así STRENGER, Irineu. “*Arbitragem...*”, ob. Cit., p. 127.

²³⁵ Sobre el posicionamiento acerca de la cláusula arbitral en el derecho del comercio internacional, ver SOARES, Guido Fernando Silva. “*Contratos Internacionais de Comércio...*”, ob. Cit., pp. 193/194.

²³⁶ Para un estudio más profundizado sobre el tema, ver, entre otros, SCIALOJA, Vittorio. “*Procedimiento Civil Romano*”, Buenos Aires, 1954, principalmente §§ 14 y ss; TUCCI, José Cruz e; AZEVEDO, Luiz C.. “*Lições*

al surgimiento de la *cognitio extraordinaria* sobre Diocleciano (siglo III DC), el mismo esquema de procedimiento arribaba al proceso romano: la figura del pretor, preparando la acción, primero mediante el encuadramiento en la acción de la ley y, después, acrecentando la elaboración de la fórmula, como se verifica en la ejemplificación de GAIO²³⁷, y, en seguida, el juzgamiento por un *iudex* o *arbiter*, que no integraba un cuerpo funcional sino que era un simple particular idóneo encargado de juzgar, como ocurrió con Quintiliano, gramático de profesión e innumerables veces nombrado *arbiter*.²³⁸

La potestad del juez romano no derivaba del poder del Estado, sino de la sumisión voluntaria de las partes, por eso sus funciones eran las de un simple árbitro. Lo que ocurría en aquella época es similar a lo que ocurre en la actualidad, pues es en el consentimiento que está centrada toda la idea del arbitraje. Ante un litigio, las partes consentían recurrir al arbitraje de un tercero imparcial y la decisión que resultaba del mismo “*se fundaba en el consentimiento recíproco, y era por consiguiente obligatoria a ambas partes, dando origen a un derecho incontestable, y, por lo tanto, a la autorización de ejercer la justicia privada. (...) La fuerza decisiva de la sentencia del juez no descansa en que emana de un juez público, sino en que de antemano le ha sido atribuida por la voluntad de las partes. El convenio de éstas tiene el carácter de una promesa condicional, porque se prometen que el vencedor tendrá lo que el juez les adjudique*”.²³⁹

En la actualidad y ante la multiplicidad de relaciones que se establecen tanto en el ámbito internacional como en el interno, el arbitraje adquiere notable importancia como vía alternativa para la solución de conflictos. En cuanto a las transacciones internacionales, representa “*una institución jurídico-procesal basada en la voluntad de las partes que, renunciando a cualquiera otra vía o recurso, deciden acudir a un tercero (árbitro) y acatar y cumplir su decisión (laudo arbitral), cada vez que se plantee un conflicto o controversia derivados de la interpretación de contratos o de otro tipo de transacciones internacionales*”.²⁴⁰ Existen varias instituciones de carácter privado que poseen Cortes o Cámaras de Arbitraje que son utilizadas en la solución de conflictos (UNCITRAL, CCI, American Arbitration Association –AAA-, la London Court of Arbitration, el Instituto Holandés de Arbitraje y otras tantas).

Los árbitros, la mayoría de las veces, son expertos en derecho comparado y conocen los convenios y los usos internacionales, de esta manera “*pueden, pues, comprender mejor no sólo a los hombres, sino también los derechos que tienen por misión aplicar*”.²⁴¹ Sus decisiones son secretas y son neutrales ante una demanda.

de *História do Processo Civil Romano*”, São Paulo, 1996, Cap. 3º y ss; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “*Arbitragem ...*”, ob. Cit.; y, RIBEIRO, Darci Guimarães. “*Audiência Preliminar y Oralidad en el Derecho Brasileño*”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XL, nº 61, principalmente pps. 176/177.

²³⁷ GAIO. *Institutas* 4.30.

²³⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “*Arbitragem ...*”, ob. Cit.

²³⁹ IHERING, Rudolph Von. “*El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de Su Desarrollo*”, trad. Enrique Príncipe y Satorres, t. 1º, Granada, 1998, pp. 132-134.

²⁴⁰ VERGARA, Marta Díez. “*Manual Práctico de Comercio Internacional*”, Bilbao, 1996, p. 93.

²⁴¹ THIEFFRY, Jean; GRANIER, Chantal. “*La Venta Internacional*”, ob. Cit., p. 164.

Las partes gozan, además, de la libertad de expresar en su contrato cuál será el arbitraje a que se someterán en caso de litigio: el arbitraje ‘ad hoc’ -donde harán constar, además de su intención por el arbitraje, los mecanismos que deberán ser utilizados por las partes en la determinación de los árbitros, del Tribunal arbitral, de la sede del mismo, poderes y competencias, ley a ser aplicada cuando en el contrato no exista una previsión, etc.- o si el arbitraje se realizará ante un organismo internacional, sujetándose, en este caso, a su reglamento.

Las ventajas de este procedimiento son expuestas por PENDÓN MELENDEZ: *“en la actualidad los operadores económicos prefieren acudir a los mecanismos arbitrales para la solución de sus conflictos antes que a la vía judicial. Esta opción se debe, entre otras circunstancias, al retraso con el que los tribunales de justicia acogen y asumen la nueva problemática de las modernas relaciones comerciales, nacionales o internacionales, sometidos a un ya centenario Código de Comercio que, lógicamente, no pudo contemplar las situaciones económicas actuales, a las que tampoco se adecuan satisfactoriamente (dada la dificultad de continua adaptación a una realidad siempre cambiante) los nuevos textos legislativos. La jurisprudencia, deudora de normas antiguas y precedentes ya superados, no puede responder, en muchas ocasiones, a las necesidades que plantea el tráfico en cada momento. Mientras tanto, los árbitros, liberados de la carga de la tradición jurídica, no encuentran más límite en su actuación que las exigencias y los intereses de este tráfico comercial y de los agentes económicos que lo protagonizan. De ahí el destacado papel arbitral en la aplicación, concreción y la difusión del Derecho uniforme del comercio internacional”*.²⁴²

En el ámbito del MERCOSUR no todos los Estados Partes aceptaban este procedimiento alternativo de solución de conflictos, tal como Brasil, donde para reconocer los laudos arbitrales dictados en el extranjero los Tribunales nacionales exigían un previo reconocimiento por parte del Tribunal judicial del país en donde se dictó para, después, ser reconocido en Brasil. Esta problemática, inducía a las partes a utilizar los sistemas normales, o judiciales, cuando involucraba a empresas brasileñas, trayendo aparejada la inseguridad para las partes.²⁴³ Las empresas extranjeras tenían miedo de efectuar negocios con empresas brasileñas, porque el arbitraje no era aceptado por éste país, debiendo someterse a los jueces nacionales brasileños. Brasil cambió esta posición en el momento que promulgó la Ley N° 9.307, de 1996, posibilitando la utilización de dicho mecanismo en la solución de controversias entre particulares sin ningún problema.²⁴⁴

²⁴² MELÉNDEZ, Miguel Angel Pendón. “Preámbulo ...”, ob. Cit., p. 29.

²⁴³ SAMTLEBEN entendía que el gran obstáculo para la utilización del arbitraje en Brasil estaba en el hecho de que la cláusula arbitral no tenía la fuerza vinculante necesaria, una vez que ésta no obligaba la instauración del procedimiento arbitral, mucho menos alejaba el ingreso de una demanda judicial. SAMTLEBEN, Jürgen. “*Questões atuais de Arbitragem Comercial no Brasil*”, en CASELLA, Paulo Borba (coord.). “*Arbitragem, a Nova Lei Brasileira (9.307/96) e a Praxe Internacional*”, São Paulo, 1996, p. 71.

²⁴⁴ El tema de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros en el territorio brasileño está previsto en el Capítulo VI, entre los artículos 34 y 40, de la Ley 9.307/96. Hasta ahora, tal ley sobre arbitraje se encuentra en discusión ante el *Supremo Tribunal Federal*. El Ministro Sepúlveda Pertence, relator del Agravo Regimental interpuesto en la Sentença Estrangeira 5.206-7, consideró inconstitucionales los artículos 6º, § único; 7º y sus §§ y 41, de la Ley Arbitral, además de las redacciones atribuidas a los artículos 267, inciso VII; 301, inciso IX; y 42, todos del Diploma Procesal Civil. Así, también entendió el Ministro Sidney Sanches, Néri da Silveira y el Ministro Moreira Alves. Por otro lado, el Ministro Nelson Jobim consideró constitucionales todos los dispositivos de dicha legislación, como también el Ministro Ilmar Galvão, Mauricio Corrêa, Celso de Mello, Marco Aurélio Mello, Ministra Ellen Gracie Northfleet y el Ministro Carlos Velloso. Por tanto, ante tal

Como ya se mencionara, el mecanismo de solución de controversias existente en el MERCOSUR era el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, que constituye parte integrante del Tratado de Asunción -Anexo III-. Si bien en él se establece un procedimiento, no se crea un Tribunal supranacional²⁴⁵, de allí que los particulares, en su gran mayoría, optaran por los sistemas privados de solución de controversias²⁴⁶.

Ante esta problemática, en la IX Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR la delegación brasileña elaboró y trajo a discusión un nuevo mecanismo para solucionar las controversias, principalmente aquellas dadas entre los particulares de los diferentes Estados Partes, toda vez que *“ante la ausencia de un mecanismo autónomo destinado a resolver las controversias entre los particulares, resulta necesario recurrir a otros mecanismos alternativos que pueden contribuir a la preservación del equilibrio del sistema.”*²⁴⁷

Así, el 23 de Julio de 1998, los cuatro Estados Partes firmaron el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, en la ciudad de Buenos Aires.²⁴⁸ En esta ocasión, fue firmado otro instrumento igual a éste, que incluye, además de los cuatro países del MERCOSUR, a Chile y Bolivia.²⁴⁹ Hasta la suscripción del mismo, las normas que regulaban el arbitraje entre particulares y que fueron acogidas como antecedentes de este acuerdo, estaban muy dispersas.²⁵⁰ Tal acuerdo tiene como finalidad uniformizar la organización y el funcionamiento del arbitraje, contribuyendo, así, para la expansión del comercio regional e internacional.²⁵¹

Si bien el arbitraje ya estaba contemplado como mecanismo alternativo para la solución de las controversias por otros instrumentos existentes en el ámbito del MERCOSUR²⁵², en su elaboración se tomaron en consideración otros acuerdos

juzgamiento, tal lei de arbitraje fue considerada constitucional por los miembros del Plenario de la Corte Suprema brasileña.

²⁴⁵ Conforme el autor Luiz Olavo Baptista, citado por Maristela Basso, el MERCOSUR, en su estado actual – unión aduanera imperfecta -, no tendría condiciones de soportar la creación de un Tribunal de Justicia en los moldes de la Corte Europea. In *“Mecanismos de Solução das Controvérsias no Mercosul”*, Revista Consulex, año I, n° 9, setiembre de 1997, p. 55.

²⁴⁶ En verdad, inexistía, hasta hace poco tiempo, un sistema de solución de controversias rápido y confiable para dirimir conflictos entre particulares en el ámbito del MERCOSUR. *“Él régimen del Protocolo de Brasilia no tiene por objeto resolver las diferencias entre particulares en el ejercicio de su actividad privada, ante el perjuicio causado por un incumplimiento contractual”*. MARCHESINI, Gualtiero Martín. *“El arbitraje como método de solución de controversias en el MERCOSUR”*, Revista de Derecho del MERCOSUR, La Ley, año 4, n° 3, junio de 2000, Buenos Aires, p. 116.

²⁴⁷ CÁRDENAS, Sara Lidia Feldstein de. *“El Arbitraje en el MERCOSUR”*, ob. Cit., p. 21.

²⁴⁸ Decisión 3/98.

²⁴⁹ Decisión 4/98. Argentina promulgó el presente instrumento el 23/12/1999, a través de la Ley 25.223, publicado por el B. O. N., de 05 de enero de 2000. Brasil, por su vez, aprobo el referido texto del Acuerdo a través del Decreto Legislativo n° 483, de 2001, publicado en el DOU de 03.12.01, p. 5. Falta, apenas la formalización del Decreto Presidencial para dar publicidad interna al mismo.

²⁵⁰ MARCHESINI, Gualtiero Martín. *“El arbitraje como ...”*, ob. Cit., agosto de 2000, p. 190.

²⁵¹ CONSULO, Analía; FAZLO, Mónica; TORRES, Elizabet. *“Mercosur Institucional. Solución de Controvérsias”*, Cuaderno de Ponencias del Primer Encuentro de la Abogacía del Mercosur, San Isidro, Prov. Bs. As., Argentina, 4 al 7 de noviembre de 1998.

²⁵² Entre algunos instrumentos podemos citar el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, 5 de agosto de 1994; Acuerdo de Transporte Multimodal de Ouro Preto, 17 de dezembro de 1994; Protocolo de Santa María sobre Jurisdição Internacional em matéria de Relações de Consumo, 17 de dezembro de 1996; Protocolo de Brasilia para a solução de controvérsias, 17 de dezembro de 1991; e, até mesmo, o Protocolo de Ouro Preto de 17 de dezembro de 1994.

celebrados en el ámbito internacional.²⁵³ Su ámbito de aplicación está restringido a las controversias originadas en contratos comerciales internacionales, celebrados por personas físicas o jurídicas de derecho privado. Por este acuerdo, los particulares tienen la posibilidad de acceder al arbitraje sin necesidad que un Estado haga suya la posición, como solía ocurrir con el Protocolo de Brasilia, evitando que la acción interpuesta termine en un dictamen técnico sin valor obligatorio.²⁵⁴

Pese a ello, cuando las partes se acogen al procedimiento se deberá tener en cuenta la posición de la legislación del país donde se desea ejecutar la sentencia extranjera o el laudo arbitral extranjero, pues la materia de la ejecución del laudo arbitral o de la sentencia judicial guarda relación con el derecho procesal internacional de los países, porque cada país tiene, en su ordenamiento jurídico interno, normas y principios que deben ser cumplidos para el reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos extranjeros en su territorio. Cada ordenamiento jurídico nacional establece los requisitos que deben ser satisfechos para que sea posible el reconocimiento de la sentencia o laudo y su ejecución *a posteriori*. Por ejemplo, la cláusula atributiva de competencia –elección del foro–. En resumen, *“en la elección del procedimiento arbitral o judicial, no debe atenderse exclusivamente a criterios de mayor o menor agilidad, duración o coste, sino, preferentemente, a la materia que se trata y a la posición de la legislación del país de la otra parte respecto a ejecución de sentencias extranjeras (...)”*²⁵⁵

En el MERCOSUR, por el Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa aprobada en el seno de la Decisión del CMC n° 5/92 que vincula a los cuatro Estados Partes, existe un instrumento legal que tiende a facilitar el reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos arbitrales entre los Estados (Capítulo V, artículos 18 a 24).

Sin embargo, para tenga su eficacia plena y pueda ser reconocida y ejecutada en el Estado donde se soliciten tales medidas se deben cumplir ciertos requisitos previstos en el artículo 20. Merece particular atención el inciso ‘c)’ que dispone que las sentencias o laudos arbitrales deben emanar de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional, para que tengan eficacia extraterritorial en los Estados Partes. Este precepto fue objeto de críticas por ser contrario al proceso de integración, toda vez que *“la competencia debe investigarse de acuerdo a los criterios atributivos de jurisdicción internacional vigentes en el Estado en el cual la acción fue incoada –lex causa–”*²⁵⁶, ya que resulta imposible prever ab-initio el ordenamiento y los criterios atributivos de jurisdicción imperantes en el país en el que puede llegar a solicitarse el reconocimiento. A ello se agrega que lo dispuesto en este inciso queda desplazado por el artículo 14 del Protocolo de Buenos Aires, que prevé su

²⁵³ Fue observado, así, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 30 de enero de 1975, concluida en la ciudad de Panamá; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeras de 8 de mayo de 1979, concluida en Montevideo; y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, de 21 de junio de 1985.

²⁵⁴ ZEBALLOS, Carlos. *“El Protocolo de Brasilia”*, Integración Latinoamericana – INTAL, Buenos Aires, diciembre de 1992, n° 185.

²⁵⁵ SACARRERA, Enrique Guardiola. *“La Compraventa Internacional ...”*, ob. Cit., p. 203.

²⁵⁶ KLOR, Adriana Dreyzin de. *“El Protocolo sobre ...”*, ob. Cit., p. 99.

propio sistema de atribución de jurisdicción. En consecuencia, la competencia deberá ser discernida de acuerdo a los criterios establecidos en dicho Protocolo de Buenos Aires²⁵⁷.

6. Ley Aplicable

Aquí se abordará la problemática derivada del conflicto de leyes, o sea, cuál será la ley aplicable en caso de litigio entre partes de un contrato de compraventa internacional vinculadas a distintos países con ordenamientos jurídicos distintos, puesto que *“la solución dada a un conflicto de leyes puede determinar el éxito de un contencioso.”*²⁵⁸

Como se mencionara, Ley Aplicable es aquella normativa que regirá el contrato de compraventa internacional, ya sea por ser la escogida por las partes, o por ser la determinada por alguna Convención, Tratado o Protocolo a los que adhieren los países, o bien, aquella determinada por el ordenamiento interno del país a través de su Derecho Internacional Privado.

En los contratos de compraventa internacional, por involucrar a partes de diferentes países, siempre vamos a tener el hecho de que, en un primer examen, ambas legislaciones tienen la posibilidad de ser aplicadas en caso de litigio derivado del mismo, dando origen al Conflicto de Leyes ya comentado.

El problema puede ser resuelto sin dificultades si los contratantes, recurriendo al principio de la autonomía de la voluntad, decidieron en el momento de redactar el contrato, cual iba a ser la ley por la que dicho contrato será regido. Sin embargo, este principio queda limitado a su aceptación por parte del país del contratante -tal es el caso de Brasil, por ejemplo-. En el caso de no ser aceptado o habiéndose omitido en el contrato, el camino a seguir sería el siguiente: el juez se deberá remitir a las fuentes internacionales que le permitan solucionar el problema y, en caso de su existencia, puede ocurrir que este instrumento internacional no haya sido ratificado por uno de los países o por ambos, o, en caso de haber sido ratificado, que no haya sido incorporado al ordenamiento interno de los países de los contratantes no pudiendo ser utilizado en la solución del conflicto²⁵⁹.

Al no haberse incorporado al derecho interno del o de los países, se deberá aplicar las normas internas de los países de los contratantes.²⁶⁰ En la práctica,

²⁵⁷ Así que las sentencias y los laudos arbitrales dictados en el ámbito de la integración regional van a tener una circulación entre los Estados Partes más facilitada, con reconocimientos y ejecuciones más rápidas y eficaces, con aspiraciones de alcanzar la quinta libertad. En este sentido KLOR, Adriana Dreyzin de. *“La cooperación jurídica internacional en el MERCOSUR”*, en *“Temas de Derecho de la Integración – Derecho Internacional Privado”*, Córdoba, 1998.

²⁵⁸ THIEFFRY y GRANIER. *“La Venta Internacional”*, ob. Cit. , p. 166.

²⁵⁹ Así es lo que ocurre con todos los miembros del MERCOSUR, o sea, *“dos quatro membros do Mercosul, até a presente data, nenhum confere caráter self executing aos protocolos e tratados”*. PORTINHO, Luiz Claudio. *A Aplicação das normas do Mercosul pelo juiz nacional*, Revista de Derecho del Mercosur, La Ley, año 4, nº 3, junio de 2000, p. 61.

²⁶⁰ A este respecto merece aprobación lo expuesto por ROY GOODE cuando dice: *“(…) Nevertheless, the difference in approach between courts and arbitrators has perceptibly widened over the past two decades. There is a strong body of opinion which denies the existence of any arbitral lex fori, on the ground that the arbitrator is appointed by the parties, not by the State, and that the connection of an arbitrator with seat of the arbitration is usually temporary and tenuous, so that there is no reason why arbitrator should necessarily feel*

cuando una controversia es llevada al conocimiento de un juez nacional, éste analizará el supuesto de la ley aplicable al caso ante sus propias normas internas de Derecho Internacional Privado y, éstas, por su lado, pueden remitir el juzgador a la ley del país de la otra parte que tendrá que ser aplicada, o sea, a una ley extranjera.²⁶¹ En este supuesto de aplicación de una ley extranjera, el juez no tiene obligación de conocerla, como suele pasar cuando este juez aplica su propia normativa interna, aplicandose, en éste caso, el adagio '*Jura novit curia*', o sea, '*el Tribunal conoce el derecho*'.²⁶²

Ahora bien, si su sistema de conflictos de leyes conduce a la aplicación de un derecho extranjero, como no es posible conocer todos los derechos del mundo, el juez puede esperar que las partes le demuestren el contenido del derecho aplicable, así que, "*la carga de la alegación y de la prueba, que incumbe al demandante, no debe extenderse a las reglas de derecho aplicables: conocerlas y elegir las forma parte de la labor del juez, y si las necesidades prácticas llevan a que las partes colaboren a su información, parece inadmisibles que el juez alegue su ignorancia del derecho, aunque se trate del derecho extranjero, para desestimar la demanda, siendo igualmente injusto agravar hasta este punto la posición procesal del demandante*".²⁶³ (traducción propia)

Esto suele ocurrir, también, cuando en la compraventa internacional las partes se expresan por usos y costumbres y como el juez no tiene obligación de conocerlos "*puede requerir la prueba de ello a la parte que la invoca. Además, ésta, sin esperar la invitación del juez, puede proponerle la costumbre que crea aplicable y ofrecer probar tanto su existencia como su contenido*".²⁶⁴

Brasil prevé estos supuestos en el Código de Proceso Civil, artículo 337, en concordancia con el artículo 14 de la Ley de Introducción al Código Civil –LICC– pues, siempre que una de las partes alegue derecho extranjero o consuetudinario, cabe a éste probar tales reglas, desde que el juez así lo determine, es decir "(...) *quem alega uma norma estrangeira ou consuetudinária estará sujeito ao regime*

obliged to apply the conflict rules of State in which arbitration has its seat. So a number of arbitrators would feel free to decide which legal system's conflict of laws rules should be applied. Others go further still; they would not regard themselves as bound to apply the conflicts of rules of any system of law but (in the absence of an express choice of law by the parties) simply apply general principles of the conflict of laws or alternatively the conflict rule (i.e. the connecting factor) that seems to them appropriate, e.g. that in a contract of sales the rights of the parties are governed by the law of the seller's place of business. Such a power is enshrined in the 1988 ICC Rules on Conciliation and Arbitration, though it would seem not be exercisable where the Rome Conventions applies", en "Usage and its Reception in Transnational Commercial Law", International and Comparative Law Quarterly, vol. 46, issue 1, 1997, pp. 27 y 28.

²⁶¹ "*Los jueces no están jurídicamente obligados a observar las leyes extranjeras, pues esto es contrario a la independencia de los Estados. Si conviene, no obstante, aplicar en cierta medida las leyes extranjeras, es sólo por cortesía internacional. Esta cortesía tiene por único fundamento el interés bien entendido de cada Estado. Se aplicarán las leyes extranjeras para obtener también la aplicación de las propias en el extranjero. Con el fin de obtener una reciprocidad deseable, se procederá cortésmente en la medida en que se considere que necesitamos de los demás", NIBOYET, J. P.. "Principios de Derecho Internacional Privado", trad. Andrés Rodríguez Ramón, 1ª ed., Madrid, 1930, p. 22.*

²⁶² Conocido, también como '*ex officio approach*'. "*This is a Continental European approach generally to the process of litigation and particularly to methods of proof of foreign law. (...) This systemic approach is reflected in the treatment of foreign law as a legal issue equivalent more or less to the status of domestic law*", RODGER, Barry J.; DOORN, Juliette Van. "*Proof of Foreign Law: the impact of the London Convention*", International and Comparative Law Quarterly, vol. 46, part 1, January 1997, p. 154.

²⁶³ RIGAUX, François. "*Droit International Privé*", Précis de la Faculte de Droit de l'Université Catholique de Louvain, 1968, p. 205.

²⁶⁴ GÉNY, F.. "*Métodos de Interpretación y Fuentes en Derecho Positivo*", Granada, 2000, p. 274.

probatório dos fatos da causa, desde que não conhecidas pelo juiz, isto é, se assim o juiz determinar".²⁶⁵

En realidad, este principio *iura novit curia* trae consigo una serie de consecuencias que deben ser ampliamente estudiadas por los operadores del derecho, tanto interno cuanto internacional, como bien lo menciona DARCI GUIMARÃES RIBEIRO²⁶⁶, sobre todo porque existen países que tratan distintamente el tema de la prueba del derecho extranjero.²⁶⁷

Puede ocurrir que el juez o Tribunal prefiera optar por la aplicación de su ordenamiento jurídico interno, aunque esta no sea la solución más correcta para el caso. A fin de evitar este supuesto es que surgieron los Tratados o Convenciones que eliminan el conflicto de leyes, proporcionando la regulación inmediata del problema, sin necesidad de tener que recurrir a los ordenamientos nacionales²⁶⁸.

7. Principio de Autonomía de la Voluntad

En palabras de FERNANDO CARDOSO²⁶⁹, "*a autonomia da vontade é a faculdade concedida aos indivíduos de exercerem sua vontade, tendo, em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, exercendo-se no interior das fronteiras determinadas de um lado pela noção de ordem pública e de outro pelas leis imperativas*".

Es posible afirmar que dicha autonomía posibilita a las partes la elección de la ley que regula el contrato en el que participan. Es un principio con profundas raíces históricas²⁷⁰, consagrado, con mayores o menores límites, en la mayor parte de los sistemas estatales de DIPr y en numerosos Convenios Internacionales que regulan sectores concretos de la contratación internacional.²⁷¹ Fue, principalmente, producto del autor francés del siglo XVI Charles Dumoulin, quien pretendía la existencia de un principio, donde las partes, en las relaciones contractuales conectadas a más de un sistema jurídico, podrían determinar la ley

²⁶⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. "Provas Atípicas", Porto Alegre, 1998, p. 78.

²⁶⁶ Para un estudio más profundizado sobre esta temática, ver RIBEIRO, Darci Guimarães. "Provas Atípicas", ob. Cit., p. 78/81.

²⁶⁷ "At common law, foreign law was proven by the testimony of qualified expert witnesses, who were summoned to court, and subject to examinations as to both their qualifications as experts and their knowledge and interpretation of the foreign law in question. In civil law jurisdictions, on the other hand, foreign laws needed usually to be proven only by the production of a certificate, prepared by a diplomat of the relevant State or an expert in the foreign law concerned, who, however, was not called to testify as a witness at trial". TETLEY, William. "Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded)", Part II, Uniform Law Review, vol. IV, 1999-4, p. 883.

²⁶⁸ "(...) en la medida que no existe más de una ley nacional con posibilidades de ser aplicada, se elimina el conflicto". HARGAIN, Daniel. "Contratos Comerciales ...", ob. Cit., p. 93.

²⁶⁹ Fernando Cardoso apud STRENGER, Irineu. "Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado", São Paulo, 1968, p. 71.

²⁷⁰ LANDO, O.. "Principles of European Contract law. An Alternative or a Precursor of European Legislation", apud CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. "El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de Junio de 1980", en CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GÁNDARA, Luis Fernández de la (dirs.). "Contratos Internacionales", Madrid, 1997, p. 70.

²⁷¹ LANDO, O.. "New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts", apud DUTOIT, Bernard. "The Rome Convention on the Choice of Law Contracts", en HOFFMANN, Bernd von (ed.). "European Private International Law", Nijmegen, 1998, p. 44.

aplicable a su relación jurídica, independientemente de lo que determinaban las reglas de conexión del foro donde la cuestión podría ser juzgada.²⁷²

Su formulación se debió a la ausencia de reglas escritas en materia de Derecho Internacional en Francia y la proscripción de la audacia en el dominio del Derecho Civil, ante la fascinación ejercida por la codificación y la exégesis que esterilizó el pensamiento jurídico reduciéndolo a un comentario de la ley, considerándola, de esa manera, como “*una paradoja, ya que la idea de la autonomía ha dominado el derecho interno merced al triunfo en la doctrina de Derecho Internacional*”.²⁷³

Permite a las partes conocer de antemano la ley que gobierna el contrato internacional, evitando, así, problemas posteriores en cuanto a la determinación de la ley aplicable, desarrollando una función profiláctica, o sea, de evitación de conflictos –*conflict avoidance*–²⁷⁴ y permite la aplicación de la ley que les sea más conveniente y que se adapte mejor a las especificidades de su relación jurídica, completamente libre de las disposiciones muchas veces abstractas de éste o aquél derecho.²⁷⁵

Este principio pasa a ser una regla de conexión al momento de su aplicación en las legislaciones internas o en Convenciones Internacionales, en auxilio de las existentes para determinar ante un Conflicto de Leyes, cuál será la ley aplicable al contrato.

Ahora bien, ¿las partes de un contrato de compraventa internacional tienen el poder de elegir una ley que no guarda relación alguna con la relación jurídica existente entre ellas, o bien deben elegir una ley que, de cierta forma, esté vinculada a ellas por algún elemento? Esta problemática está presente en la comunidad internacional. Desde nuestra perspectiva, la ley elegida debe tener alguna relación con los otros elementos del contrato, como asevera la Teoría del *centre of gravity* inglés, donde se exige la existencia de una ‘*real connection*’ entre la ley elegida y el contrato.²⁷⁶ Además, es posible elegir una ley que no sea nacional, o sea, la *Lex Mercatoria*, como es el caso de los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales.

La voluntad de las partes en un contrato internacional posee, en el sistema de la Common Law, una importancia muy grande. En este sistema existe la Teoría de la *Proper Law*, según la cual, examinándose el caso concreto, se puede llegar a la ley que será aplicada al contrato. Las Cortes Inglesas aplican la *Proper Law*, cuando está determinada por la intención de las partes. Si esta intención no está expresada en el contrato, la propia Corte imputará una intención a las partes o determinará la *Proper Law* que las partes deberían o tendrían que elegir al momento de la conclusión del contrato. El juez determina la ley del contrato como si fuera el propio contratante.²⁷⁷ El juzgador tendrá entonces que hacer un

²⁷² ARAUJO, Nadia de. “*Contratos Internacionais ...*”, ob. Cit., p. 48.

²⁷³ RANOUIL, Véronique. “*L’autonomie de la volonté. Naissance et évolution d’un concept*”, apud CÁRDENAS, Sara L. Feldstein de. “*Derecho Internacional Privado ...*”, ob. Cit., p. 344.

²⁷⁴ DELAUME, G. R.. “*L’autonomie de la volonté en Droit International Privé*”, Rev. Crit., 1950, pp. 321-340.

²⁷⁵ En este sentido DAVID, René. “*Le Droit du Commerce International*”, París, 1987, p. 130.

²⁷⁶ Esa teoría fue elaborada por BATIFFOL, conforme citado por LOUSSUOARN y BREDIN. “*Droit du Commerce International*”, ob. Cit., p. 915 y ss.

²⁷⁷ ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. “*Estudio comparativo sobre ...*”, ob. Cit., pp. 57/58.

recorrido por todos los elementos insertos en un contrato internacional, tales como el lugar del domicilio de las partes, el lugar de constitución del contrato, lugar de cumplimiento del mismo, etc., para, de esta manera, encontrar lo más relevante entre todos y, entonces, determinar la ley que las partes tenían la intención de elegir.²⁷⁸ Sin embargo, las Cortes, a través de la jurisprudencia, fueron creando caminos a ser observados por los juzgadores para que determinen la intención de las partes cuando no expresan su voluntad.²⁷⁹

La cierto es que resulta difícil para los juzgadores determinar la voluntad tácita de las partes. En caso de no existir una determinación expresa a una ley a ser aplicada, se deberá buscar en su sistema de Derecho Internacional Privado la solución para el caso, siempre y cuando no exista una norma de fuente internacional que traiga aparejada la solución.

Cuando se habla de autonomía de la voluntad de las partes se está en el ámbito de la ley aplicable, mientras que cuando las partes tienen la libertad de someter su controversia ante un determinado juez o tribunal, se hace referencia a la cláusula de elección de foro o cláusula compromisoria, o compromiso, en caso de arbitraje.

Se debe tener presente que *“la autonomía de la voluntad es un mecanismo altamente adecuado en el contexto del sistema de la economía de mercado hoy imperante. En efecto, al permitir la elección de la ley más conveniente a los contratantes, se potencia la contratación internacional, y en última instancia, el intercambio económico y la circulación internacional de la riqueza. Dicha promoción de la contratación internacional llevada a cabo por el DIPr se basa en una idea de libre competencia entre las leyes estatales: los contratantes elegirán, libremente, la ley estatal más adaptada a sus intereses, o sea, la que les permite maximizar sus expectativas”*.²⁸⁰ OLE LANDO²⁸¹, por su lado, considera el principio de la autonomía de las partes como un principio general de derecho, el cual es reconocido por las naciones civilizadas.

8. Orden Público

En casi todas las legislaciones internas de los países del mundo existen previsiones acerca de los límites impuestos tanto a la autonomía de la voluntad como a la libertad de elección del foro. El juez o Tribunal estatal, ante una controversia conectada a otro sistema jurídico, decidirá, cuando las partes no hayan elegido alguna, la ley a ser aplicada al caso. Si se elige una ley extranjera,

²⁷⁸ *“The legal principles which are to guide an English Court on the question of the proper law are now well settled. It is the law which the parties intended to apply. Their intention will be ascertained by the intention expressed in the contract if any, which will be conclusive. If no intention be expressed, the intention will be presumed by the court from the terms of the contract and the relevant surrounding circumstances”*. LORD ATKIN apud RABEL, Ernst. *“The Conflicts of Laws”*, vol. II, Chicago, 1947, pp. 363/364.

²⁷⁹ Para una mejor noción de la regla existente, ver ROVIRA, Suzan L. Z. de. *“Estudio comparativo sobre ...”*, ob. Cit., p. 58.

²⁸⁰ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. *“El Convenio de Roma ...”*, ob. Cit., p. 74.

²⁸¹ *“The parties’ right to choose the law which governs an international contract is so widely accepted by the countries of the world that it belongs to the common core of the legal system”*. LANDO, Ole. *“Contracts, International Encyclopedia of Comparative Law”*, vol. III, Private International Law, nº 3, p. 3.

sea por la voluntad de las partes o por las reglas de solución de conflictos del propio foro, ésta no será aplicada cuando fuere contraria al orden público o cuando existan las denominadas leyes imperativas.

Si bien se utilizan dos acepciones –‘orden público internacional’ y ‘orden público’²⁸²–, en el presente trabajo se adoptan ambas expresiones a fin de dar significado al desplazamiento que sufriera la ley preseleccionada por parte del derecho local del juez o Tribunal que conozca la controversia.²⁸³

Algunos autores definen al orden público de un país como “*el conjunto de normas y principios de derecho privado que cada nación considera insustituibles y esenciales en un momento dado, por corresponder a las ideas filosóficas, religiosas o políticas en que asiente su idiosincrasia particular*”²⁸⁴, mientras que otros sostienen que no puede ser definido por reflejar la filosofía socio-política-jurídica de toda la legislación, medida, solamente, por la mentalidad y sensibilidad mediana de una determinada sociedad en una determinada época, teniendo las características de relativa, inestable y contemporánea, correspondiendo al juez decidir lo que sea contrario o no a ese conjunto de principios.²⁸⁵

Este principio es un límite a la utilización de una ley extranjera en un determinado sistema jurídico, “*el orden público en el DIPr impide la aplicación de leyes extranjeras, el reconocimiento de actos realizados en el extranjero y la ejecución de sentencias proferidas por tribunales de otros países, constituyéndose en el más importante de los principios de la materia*”²⁸⁶, o sea, “*el orden público actúa como correctivo funcional que obra como una acción de defensa de todos los elementos e intereses que están involucrados en el tráfico jurídico internacional y, con especial intensidad, como una defensa de la comunidad nacional, de su orden social y jurídico*”.²⁸⁷ En síntesis, “*a função da ordem pública é a de um remédio no sentido de não aplicar uma lei estrangeira, quando essa aplicação teria por efeito prejudicar o país onde houvesse de se realizar*”.²⁸⁸

Cada Estado posee principios que forman parte de sus ordenamientos jurídicos internos, dándoles mayor solidez y una autonomía propia. Actúan de forma

²⁸² “*com a emergência do sistema jurídico da lex mercatoria, na atualidade, pode-se dizer da existência de três tipos de ordem pública: a) a ordem pública interna, que limita a autonomia da vontade nos contratos tipicamente nacionais (expressão contida no dito de Papiniano, ‘publicum jus pactis privatorum conventio júri publico non derogatur’, Digesto, 50, 17, 15, 1); b) a ordem pública internacional dos direitos internos (definida no artigo 17 da LICC, no art. 211 do RISTF e no art. 781 do CPP, ou seja, disposições nacionais de direito internacional privado que limitam a aplicação de leis estrangeiras mandadas se aplicadas por ele); c) a ordem pública verdadeiramente internacional, que são aqueles dispositivos da lex mercatoria que limitam a autonomia da vontade (p. ex.: a proibição de contratos que versem sobre assuntos repulsivos à comunidade dos agentes de boa-fé no comércio internacional, tais o tráfico de escravos, o comércio de entorpecentes, o lenocínio internacional etc.)*”. SOARES, Guido Fernando Silva. “*Contratos Internacionais de Comércio ...*”, ob. Cit., p. 169.

²⁸³ Para el juez MORENO QUINTANA solamente el orden público ‘nacional’ puede hacer frente a una relación de derecho internacional privado y, consecuentemente, oponerse a una ley extranjera (C.I.J. *Recueil* 1958, p. 106. Asunto relativo a la aplicación de la Convención de 1902, asunto Boll) apud RAIGÓN, Rafael Casado. “*Notas sobre el IUS COGENS internacional*”, 1ª ed. (reimp.), Córdoba, 1999, p. 61.

²⁸⁴ HARGAIN, Daniel. “*Contratos Comerciales ...*”, ob. Cit., p. 95.

²⁸⁵ DOLINGER, Jacob. “*Direito Internacional Privado*”, ob. Cit., p. 330.

²⁸⁶ Idem, *Ibidem*, p. 329.

²⁸⁷ NAVARRO, Mariano Aguilar. “*Derecho Internacional Privado*”, vol. I, T. II, Parte Segunda, Madrid, 1982, p. 196.

²⁸⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. “*Comentários à Lei de introdução ao Código Civil*”, vol. II, Rio de Janeiro, 1959, pp. 199/200.

supletoria, en caso de ausencia de normas, e integran el derecho; informan e inspiran al legislador, orientan al juez y al intérprete y fundamentan el orden jurídico. Son, en verdad, la esencia de los respectivos derechos. Este principio de limitación a la autonomía de la voluntad es receptado por las nuevas Convenciones.²⁸⁹

El principio adquiere relevancia en los procesos de integración, dando lugar al surgimiento de un nuevo orden público comunitario, toda vez que en los procesos de integración el orden público internacional de cada Estado se amplía y trasciende las fronteras locales al proyectarse en el orden público subregional, teniendo siempre en cuenta las disposiciones imperativas propias y extranjeras.²⁹⁰

El orden público del MERCOSUR está compuesto, en su esencia, por los principios que inspiran y orientan este proceso y por las disposiciones que conforman el derecho del MERCOSUR. En este sentido, *“en el Tratado de Asunción, el Anexo al Tratado de Asunción –Protocolo de Ouro Preto– y en el conjunto de Decisiones, Resoluciones y Directivas, los principios que inspiran a estos instrumentos y a la asociación económica integran, a nuestro entender, el orden público subregional”*²⁹¹, de manera que desplazan la norma extranjera contraria a los principios.²⁹²

Identificar las normas que pueden ser consideradas de orden público resulta difícil tanto para el juez como para el árbitro. De manera tal que se plantea el interrogante expresado por F. GÉNY: *“¿Cómo conducir a bien estas investigaciones necesarias si no es interrogando nuestra naturaleza moral, escrutando los principios de la organización política que nos rige, penetrando las exigencias del orden económico que nos envuelve para reconocer las reglas superiores, que forman, por decir así, las condiciones vitales de la sociedad al presente, y que, como ellos, deben dominar las voluntades particulares?”*²⁹³

9. Normas Imperativas

Estas normas son conocidas, también, por leyes de policía o normas de aplicación inmediata y tienen por objeto *“defender la organización y política económica del Estado: los intereses nacionales en un momento dado –vg. Curso forzoso de la moneda, limitaciones a las exportaciones o importaciones, a las salidas de divisas, etc.–”*²⁹⁴ Sólo se utilizan cuando es necesario el mantenimiento del sistema del que forman parte.

²⁸⁹ Un ejemplo está en la Convención sobre Normas Generales aprobada en la CIDIP II – Montevideo, 1979 -, donde en su art. 5º establece que *“La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público”*. KLOR, Adriana S. Dreyzin. *“Los Principios Subyacentes a la Legislación Jusprivatista del MERCOSUR”*, en PROENÇA, Alencar Mello.; BIOCCA, Stella Maris (org.). *“La Integración Hacia el Siglo XXI”*, ob. Cit., p. 512.

²⁹⁰ CALDANI, Miguel A. Ciuro. *“Comprensión básica de las tendencias del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo y de la jurisdicción internacional”*, Revista Investigación y Docencia, nº 24, Rosario, 1994, p. 18.

²⁹¹ KLOR, Adriana S. Dreyzin. *“Los Principios Subyacente ...”*, ob. Cit., p. 510.

²⁹² Para un estudio más profundizado sobre la temática del orden público del MERCOSUR, ver KLOR, Adriana S. Dreyzin. *“Los Principios Subyacentes ...”*, ob. Cit., p. 503/527.

²⁹³ GÉNY, F. *“Método de Interpretación ...”*, ob. Cit., p. 496.

²⁹⁴ HARGAIN, Daniel. *“Contratos Comerciales ...”*, ob. Cit., p. 95.

Estas normas imperativas se diferencian de las de orden público, porque estas últimas son una excepción que se aplica cuando, después de la determinación de la ley aplicable por la regla de conexión, ésta deja de ser considerada por el juez porque contraría la concepción del foro, tornándola inaplicable. Por otro lado, las reglas de aplicación inmediata (*lois de police*) son aquellas que deben ser seguidas para salvaguardar la organización política, social o económica del país.²⁹⁵

La regla del orden público es utilizada como una excepción posterior a la regla de conflicto, mientras que las normas imperativas son utilizadas preliminarmente, antes de las reglas de conflictos. El propio juez tendrá que constatar que los intereses que van a estar en juego son importantes a tal punto que la *lex fori* debe ser aplicada y el conflicto de leyes ni siquiera es considerado²⁹⁶, o sea, “*el intérprete no tendrá que recorrer el camino de la norma indirecta, sino que ellas resultan de manera inmediata, necesaria, directa y apriorísticamente aplicables*”.²⁹⁷

Ambas normas sirven para desplazar la normativa elegida por las partes, al punto que “*en doctrina se ha sostenido con asiduidad que la autonomía de la voluntad no solamente está impedida de contradecir las normas de policía del país en que va a ser cumplido el contrato, sino también las de todos los Estados cuyas economías resulten afectadas por la relación contractual, ni las del foro que entiende del asunto*”.²⁹⁸

En síntesis, en las transacciones comerciales internacionales, las partes, si bien pueden estipular la ley aplicable, elegir el foro donde serán resuelta la controversia y elegir la vía del arbitraje²⁹⁹, tienen un límite dado por el orden público -nacional, internacional o regional- y por las normas imperativas existentes, conforme lo señala AMÍLCAR DE CASTRO: “*Como ficou visto, os contratos em geral são essencialmente dominados pela liberdade das convenções, mas isso não quer dizer que as partes possam fugir do direito que lhes deva ser imposto, escolhendo outro mais de seu agrado, e sim apenas que, dentro de certos limites, mais ou menos amplos, traçados por disposições imperativas, as disposições facultativas deixam à vontade dos particulares a regulamentação contratual de seus interesses privados, o que é coisa muito diferente de escolha do direito por autonomia da vontade. (...) As partes não fazem direito como e quando queiram, nem podem escolher direito a capricho: na esfera do direito primário, ou na esfera do direito internacional privado, estão sempre à mercê do direito independentemente de sua vontade efetiva, sem ou contra esta. O certo é dizer que, em matéria de obrigações, a vontade das partes tem a liberdade de pássaro na gaiola: pode mover-se em certos limites, mas em qualquer direção encontra barreira intransponível*”.³⁰⁰

²⁹⁵ KASSIS, Antoine. “*Le nouveau Droit Européen des Contrats Internationaux*”, Paris, 1993, apud ARAUJO, Nadia de. “*Contratos Internacionais ...*”, ob. Cit., p. 33.

²⁹⁶ Idem, Ibidem, p. 33.

²⁹⁷ CÁRDENAS, Sara L. Feldstein de. “*Derecho Internacional Privado ...*”, ob. Cit., p. 352.

²⁹⁸ HARGAIN, Daniel. “*Contratos Comerciales ...*”, ob. Cit., p. 95.

²⁹⁹ LOWENFELD, Andreas. “*International Litigation and the quest for Reasonableness*”, Oxford, 1996, p. 199.

³⁰⁰ CASTRO, Amílcar de. “*Direito Internacional Privado*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 441/443.

10. Lex Mercatoria

Su origen se remonta a la Edad Media como una respuesta a los derechos feudales, plenos de privilegios que, en gran medida, trababan las relaciones comerciales de la época y surgió como un ordenamiento para regir las relaciones entre los comerciantes, de un modo uniforme, a través de la aplicación obligatoria de los usos y costumbres comerciales; estaba dirigida a las personas que habían hecho del comercio su actividad habitual.³⁰¹

Ante la codificación del derecho fue incorporada a las legislaciones estatales, *“à medida que se formam as unidades políticas modernas em detrimento do universalismo medieval, e que o direito ganha uma vigência eminentemente territorial, a Lex Mercatoria vai sendo incorporada nas legislações estatais, perdendo sua universalidade e ganhando colorações nacionalistas: o direito comercial se torna legislação local, submetido aos rigorismos do controle da autoridade territorial. O Mercantilismo viria acabar com as veleidades de poder uma comunidade, a dos comerciantes, regular suas atividades por usos e costumes próprios: o dirigismo estatal determinava os negócios a serem realizados e as regras a serem aplicadas”*.³⁰²

En la actualidad es un cuerpo de normas jurídicas escritas o no, que regula las relaciones internacionales de comercio como un poder normativo independiente del derecho positivo de los Estados.³⁰³ Esto es así porque la utilización del método conflictual en el comercio internacional, como medio de solución de controversias, *“apresenta características de incerteza e imprevisibilidade inaceitáveis para a sua dinâmica. Desta forma, sua vocação universalista, leva em conta as necessidades do comércio internacional, suas relações, e não as legislações estatais internas”*.³⁰⁴

Este cuerpo de normas ha sido creado materialmente por los usos y prácticas internacionales y por la acción de entidades internacionales que posibilitan la uniformidad de procedimientos referidos en los contratos privados³⁰⁵, constituyendo una suerte de derecho del comercio común internacional³⁰⁶, *“desgajadas de los sistemas jurídicos nacionales y peculiar del mundo de los negocios internacionales”*.³⁰⁷

Esta nueva *Lex Mercatoria* debe ser entendida como un conjunto de usos del comercio internacional elevados a la categoría de ‘sistemas’, o un orden jurídico

³⁰¹ *“In medieval Europe, beginning as early as the ninth century and continuing up until the sixteenth century, there existed a remarkably uniform body of customary mercantile law which was applied by merchants courts in commercial disputes. This transnational custom was known as the lex mercatoria, or in English, the ‘Law Merchant’.* TETLEY, William. *“Mixed jurisdictions...”*, ob. Cit., p. 885.

³⁰² SOARES, Guido Fernando Silva. *“Contratos do Comercio Internacional ...”*, ob. Cit., p. 164.

³⁰³ *“But in addition there is what has been called the ‘new’ Law Merchant, the modern lex mercatoria, which many scholars believe is gradually beginning to take shape in international commerce”*, TETLEY, William. *“Mixed jurisdictions ...”*, ob. Cit., p. 887.

³⁰⁴ <http://www.djp.com.br/lex.htm>.

³⁰⁵ GARCEZ, José Maria Rossani. *“Contratos Internacionais Comerciais”*, ob. Cit., p. 20.

³⁰⁶ JADAUD, Bernard; PLAISANT, Robert. *“Droit du Commerce International”*, 4eme. De., Paris, 1910, p. 88.

³⁰⁷ SACARRERA, Enrique Guardiola. *“La Compraventa Internacional ...”*, ob. Cit., p. 21.

distinta y diferente del derecho nacional, bautizada, por ciertos autores, de sistema transnacional³⁰⁸.

Con eso, “*la nova Lex Mercatoria parte de la existencia de un orden jurídico singular, que orienta la actividad de los comerciantes, que se impone autónomamente, según los usos y costumbres del mercado o de los negocios internacionales y a los cuales pueden acudir los jueces y árbitros para fundamentar sus decisiones*”³⁰⁹.

En verdad, tal *Lex Mercatoria* viene a ser un conjunto de reglas y principios de naturaleza cuasi legal disponibles y que pueden ser utilizadas por los operadores del comercio internacional³¹⁰, generando, con eso, un derecho basado en los usos y prácticas propias de los comerciantes, constituyéndose en un lenguaje común de la contratación internacional.

Su construcción fue obra de las organizaciones de la sociedad extraestatal de vendedores y compradores internacionales, agrupados en asociaciones profesionales.³¹¹

Este resurgimiento de la *Lex Mercatoria* se debe a la insuficiencia de convenciones internacionales y al hecho de que las existentes no abarcan, en su ámbito, todos los aspectos del contrato de compraventa internacional³¹².

Conforme a B. Goldman³¹³, esta nueva *Lex Mercatoria* se ha ido construyendo sobre cuatro pilares bases: los usos y costumbres mercantiles –aquí

³⁰⁸ En este sentido, KASSIS, Antoinette. “*Théorie Générale des Usages du Commerce; Droit Compare, Contrats et Arbitrages Internationaux, Lex Mercatoria*”, L.G.D.L., 1984, pp. 269 e ss.

³⁰⁹ RIOS, Aníbal Sierralta. “*Comentarios Liminares del Derecho Internacional del Comercio: un enfoque latinoamericano*”, en KLEINHEISTERKAMP, Jan e IDIARTE, Gonzalo A. Lorenzo (cords.), ob. Cit., pp. 258-259.

³¹⁰ SCHMITTHOFF, Clive. “*International Business Law: a New Law Merchant*”, en “*Current Law and Social Problems*”, London: Stevens & Sons Ltd., 1961, p. 161.

³¹¹ KASSIS, Antoine. “*Théorie générale des usages du commerce...*”, ob. Cit., p. 274.

³¹² La *lex mercatoria* posee características distintas, conforme sea el autor al tratar del tema, conforme alerta GOODE. Para él, la *lex mercatoria* es de esencia no codificada, no estatutaria y no convencional, o sea, reglas incorporadas en Convenciones Internacionales no hacen parte de la *lex mercatoria*, pues para él “*lex mercatoria is used to indicate that part of transnational commercial law which is uncodified and consists of customary commercial law, customary rules of evidence and procedure and general principles of commercial law, including international public policy*”. “*Usage and its Reception ...*”, ob. Cit., p. 3.

³¹³ GOLDMAN, B.. “*Frontières du droit et lex Mercatoria*, en Archivos de la Philosophie du Droit, t. IX, 1964.

comprendidos los INCOTERMS³¹⁴-, las condiciones generales y regulaciones profesionales, los contratos-tipo y la jurisprudencia arbitral.³¹⁵

Es en la jurisprudencia arbitral donde encuentra su mejor aplicación, toda vez que *“los usos constituyen el ‘núcleo esencial’ de la lex Mercatoria y que el arbitraje es el instrumento privilegiado para su elaboración y aplicación”*³¹⁶ (traducción propia). El arbitraje es *“juntamente com a produção contratual, a grande fonte de dados e elementos, aos quais se acrescem outros decorrentes da prática, que permitem a formação e o aperfeiçoamento da Lex Mercatoria como sistema autônomo. (...) criou-se, assim, um verdadeiro ‘direito especial’ que consolidou as práticas do comércio internacional e que partindo dos seus próprios sistemas e sob a pressão da imperiosa necessidade dos fatos, atingira o seu objetivo final, transformando-se numa ordem jurídica perfeita e acabada”*.³¹⁷

Por otra parte, los árbitros se muestran claramente favorables al reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como ley aplicable a un contrato, ya que no están constreñidos a buscar el derecho aplicable según el recurso conocido del conflicto de leyes.³¹⁸ Los jueces nacionales, por su parte, tienden a privilegiar el positivismo jurídico.³¹⁹

La sentencia o laudo arbitral basado en estos usos del comercio internacional no puede ser tratado de forma distinta que aquellas basadas en un derecho

³¹⁴ Los Incoterms (términos comerciales internacionales), denominados también “cláusulas de precio” establecen el límite de determinadas obligaciones del comprador y del vendedor considerándose reglas internacionales cuyo objetivo es determinar el alcance de los principales términos empleados en los contratos de compraventa internacional. En su uniformidad y extensión, los Incoterms reducen la incertidumbre derivada de las múltiples interpretaciones que países con legislación, usos y costumbres diferentes, suelen dar a las transacciones comerciales disminuyendo las desinteligencias que pueden terminar en pleitos. Conf. FRATALOCCHI, Aldo: *“Incoterms. Contratos y Comercio Exterior”*, Buenos Aires, 1994. Para un mejor estudio sobre los INCOTERMS, ver ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. *“Estudo comparativo sobre ...”*, ob. Cit., p. 51/88; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *“INCOTERMS”*, en RODAS, João Grandino. *“Contratos Internacionais”*, ob. Cit., pp. 147/221; SACARRERA, Enrique Guardiola. *“La Compraventa Internacional ...”*, ob. Cit.; CANTOS, Manuel. *“Introducción ...”*, ob. Cit.; EISEMANN, F.. *“INCOTERMS. Los usos de la venta comercial internacional”*, 2ª ed., Madrid, 1985; SCHMITTHOFF, C. M.. *“Exp. Trade. The Law and Practice of International Trade”*, 9ª ed., Londres, 1990.; STRENGER, Irineu. *“Contratos Internacionais do Comercio”*, ob. Cit.; ESCARRA, Jean. *“De la valeur juridique de l’usage en droit commercial”*, 1910; entre otros.

³¹⁵ El ilustre autor OLE LANDO. *“The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”*, 34 I.C.L.Q., 1985, pp. 747 y ss., ha identificado ocho elementos de la Lex Mercatoria. Son ellos: *“public international law, uniform laws, the general principles of law, the rules of international organizations, uncodified customs and usages, codifications of customs and usages by international organizations, standard-form contracts and reported arbitral awards”*. En el elemento de las reglas de las organizaciones internacionales, este autor incluye las formulaciones de los principios generales preparados por estudiosos del tema y compilados por organizaciones internacionales, como, por ejemplo, los Principios para los Contratos del Comercio Internacional publicado por la UNIDROIT y los Principios para el Derecho de los Contratos Europeos preparado por la Comisión Europea del Derecho de los Contratos.

³¹⁶ FOUCHARD, Philippe. *Les usages, l’arbitre et le juge*, en *Le Droit des Relations Économiques Internationales*, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, 1982, p. 67.

³¹⁷ STRENGER, Irineu. *La Notion de Lex Mercatoria en Droit du Commerce International*, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, t. 227, 1991, II, pp. 218 y 350.

³¹⁸ Como ejemplo, el artículo 13.5 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, autoriza a los árbitros a que apliquen las normas que estimen convenientes, incluida la Lex Mercatoria (*“En cualquier caso, el árbitro tendrá en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos del comercio”*- Publicación nº 447/88). VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. *“El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: Los Principios de UNIDROIT – ámbito de aplicación y disposiciones generales”*, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/biblio-spa.html>.

³¹⁹ CASELLA, Paulo Borba. *“Utilização no Brasil dos Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais”*, in CASSELLA, Paulo Borba et alii (org.). *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*, São Paulo, 1996, p. 104. Ver igualmente Nota de Rodapé 252 supra.

nacional³²⁰, ya que ambas tienen la misma 'fuerza jurídica', "(...) *los usos de comercio internacional no se confunden con la equidad, y una sentencia que basa en ellos su motivación no tiene un carácter menos jurídico que las que aplican un derecho nacional. La única diferencia estriba en que se trata de un derecho consuetudinario internacional por un lado, y un derecho estatal por otro*".³²¹ (traducción propia).

En Argentina los usos y costumbres no deben ser elevados a la categoría de fuente del derecho y son obligatorios únicamente cuando el acuerdo de voluntades se remite a ellos, aunque lo haga en forma abreviada³²², como es el caso de los INCOTERMS. Se agrega a ello que este país ha suscripto la Convención de Viena de 1980 que consagra, en su artículo 9º, num. 2, la utilización de los usos conocidos en el comercio internacional. Asimismo, en el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial Argentina de 1986 existen previsiones acerca de la utilización de las cláusulas que pueden ser utilizadas en la los contratos de compraventa, tanto de nivel internacional como interno.

Uruguay, por su lado, acepta la utilización de los usos y costumbres más comunes en las compraventas internacionales, siendo considerados verdaderos reglamentos del comercio internacional.

En Paraguay, la doctrina entiende que el uso, la costumbre o la práctica no pueden crear derechos –artículo 7 del Código Civil– y que, en materia comercial, deben ser considerados como fuente de derecho y no como mero auxiliar de interpretación, tal como lo menciona JORGE ESCOBAR³²³ quien sostiene que "*en realidad, los usos tienen función normativa subsidiaria, y son fuente secundaria del Derecho Mercantil*".

En Brasil, aparte de la dicotomía existente entre el Código Civil y el Comercial, en contratos comerciales internacionales los usos y costumbres son ampliamente aceptados, principalmente los INCOTERMS desde el momento que se integren al contrato de manera expresa por las partes. La Ley 9.307/96 que regula el arbitraje, tanto interno como internacional "*...inova ao incorporar a lex mercatoria, no sentido compreendido pelo Direito do Comércio Internacional, ao sistema jurídico interno, permitindo expressamente a sua aplicação em arbitragens aqui realizadas, sejam elas internas ou internacionais*".³²⁴

³²⁰ "An approach supported by the Resolution on Arbitration in Private International Law prepared by the XIVth Commission of the International Law Association and approved at its meeting in Amsterdam in 1957. However, a resolution adopted at the 1992 meeting of the Association in Cairo declared that the fact that an award was founded on transnational rules (general principles of law, principles common to several laws, international law, trade usage, etc.) should not by itself affect its validity if the parties (1) had agreed that the arbitrators might apply transnational rules or (2) had remained silent concerning the applicable law". GOODE, Roy. "Usage and its ...", ob. Cit., Nota de Rodapié nº 68, p. 27.

³²¹ DERAIS, Y.. "Le estatut des usages du contrat international devant les juridictions arbitrales", R ev. Arb., 1973, p. 127.

³²² Así entiende en su obra MARZORATI, Osvaldo J.. "Derecho de los negocios internacionales", Buenos Aires, 1993.

³²³ ESCOBAR, Jorge H.. *Derecho Comercial*, Asunción, 1991.

³²⁴ ARAUJO, Nadia de. "Contratos Internacionais ...", ob. Cit., p. 112.

Con ello, la *Lex Mercatoria* “*tornou-se um instrumento jurídico importante para os povos que pretendem participar ativamente da evolução econômica mundial, sendo preciso conhece-lo e acompanhar a sua evolução, não havendo razão para ter medo do novo Direito do Comércio Internacional, que relembra o Direito Pretoriano e o próprio ius gentium de uma fase da evolução do Direito Romano. Trata-se, aliás, menos de um corpo de lei, decisões e doutrina do que da introdução de um novo espírito na construção e interpretação do direito*”.³²⁵

11. La Unificación Normativa

A lo largo del siglo XX han habido varios intentos unificadores tendientes a sustituir las reglas nacionales por un conjunto de disposiciones más adecuadas para satisfacer los intereses de la comunidad internacional de comerciantes.³²⁶ Ello es así porque “*la búsqueda de seguridad y estabilidad en las relaciones comerciales internacionales es el motor sobre el que gira el movimiento de unificación internacional cuyo eje principal es el contrato de compraventa. El auge que experimentaron a principios de siglo los intercambios comerciales, debido a la mejora y rapidez de los medios de transporte, motivó la necesidad imperiosa de unificar internacionalmente el derecho sustantivo y el aplicable a los intercambios comerciales internacionales*”.³²⁷

Esa labor unificadora se ve reflejada, entre otros, en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o, en sus siglas inglesas, UNCITRAL), la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y, en el ámbito americano, la Organización de los Estados Americanos (OEA), dando lugar al “*resurgimiento de una nueva Lex Mercatoria marcada por la nacionalidad e internacionalidad como los dos polos entre los que transcurre una corriente que se ha convertido en uno de los signos de nuestro tiempo: la universalidad global del mundo de hoy*”.³²⁸

§ Las Convenciones de La Haya de 1964

La iniciativa holandesa del siglo pasado puede ser considerada el primer esfuerzo para lograr la unificación normativa del comercio internacional de mercaderías³²⁹, pero los intentos más importantes fueron iniciados en 1930 por el Instituto de Roma –UNIDROIT–, culminando con la aprobación, en 1964, de: la ‘*Ley Uniforme sobre venta internacional de Objetos Mobiliarios Corporales*’ –LUVI– y de la ‘*Ley*

³²⁵ WALD, Arnold. “*A Introdução da Lex Mercatoria no Brasil e a Criação de uma Nova Dogmática*”, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XXXIV, nº 100, outubro-dezembro de 1995, p. 23.

³²⁶ Importante es la recopilación hecha por HONNOLD, John. “*Documentary History of the Uniform Law for International Sales*”, Deventer, 1989.

³²⁷ VISCASILLAS, María del Pilar Perales. “*Una Aproximación al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional - Aplicaciones concretas en la parte II de la Convención*”, Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 16, abril de 1995, 55-58, Madrid, publicado, igualmente, en la dirección en Internet: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/biblio-spa.html>.

³²⁸ OLIVENCIA, M.. “*Nacionalidad e internacionalidad del Derecho Mercantil*”, apud VISCASILLAS, María del Pilar Perales. “*Una Aproximación al artículo 7...*”, ob. Cit.

³²⁹ Para mayores detalles sobre la historia de las iniciativas de armonización o unificación de las normas del comercio internacional, ver GARRO, Alejandro Miguel, y ZUPPI, Alberto Luis. “*Compraventa Internacional de Mercaderías – Convención de Viena de 1980*”, Buenos Aires, 1990, pp. 29/47.

Uniforme sobre la Formación de los Contratos de Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales –LUF-, que fueron aprobadas con la participación de veintiocho países y organizaciones internacionales.

Los trabajos para la elaboración de estas convenciones fueron encomendados por el UNIDROIT en la década de los años '30 a juristas de Inglaterra, Francia, Alemania y Suecia, con la finalidad que elaborasen un Proyecto de Ley Uniforme de la compraventa internacional. Así, un importante trabajo de Ernest Rabel circuló en 1935 por todos los Estados y sobre la base del mismo se elaboró un segundo Proyecto de Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Objetos Mobiliarios Corporales. Transcurrida la Segunda Guerra Mundial y algunas conferencias diplomáticas, ambos proyectos fueron aprobados, dando origen a las mencionadas Leyes Uniformes.

Las mismas tuvieron poca adhesión y entraron en vigencia el 18 de agosto de 1972, luego que cinco países –Reino Unido, San Marino, Bélgica, Israel y Holanda– depositaron sus instrumentos de ratificación. Hasta el presente, nueve son los países que las han ratificado –Reino Unido, San Marino, Bélgica, Holanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Gambia, República Federal de Alemania e Israel (que no ratificó la LUF)-. Esta falta de adhesión se debió al rechazo por parte de Estados Unidos y al débil apoyo prestado por Inglaterra y demás países de la Common Law, a lo que se agrega *“el no haber tenido en cuenta los intereses de países con economía planificada y de los países en desarrollo, así como el lenguaje complicado y abstracto de algunas de las disposiciones de la LUVI y de la LUF, impidieron que el fruto de 40 años de labor por parte de los más lúcidos exponentes de la cultura jurídica europea alcanzara el objetivo deseado”*.³³⁰

El valor de estas Convenciones es prácticamente nulo, porque, de conformidad con el artículo 99.3 de la Convención de Viena de 1980, todo Estado que ratifique, acepte, apruebe o se adhiera a esta Convención, deberá denunciar, en el caso que sea parte, las Convenciones de la Haya.

§ Convención de Viena de 1980

El escaso éxito de las Convenciones sobre leyes uniformes de la La Haya, llevó a pensar sobre la imposibilidad de unificación de las normas internacionales sobre compraventa, ya que, en realidad, se necesitaba una auténtica participación mundial y un patrocinador.

Es así que surgió la UNCITRAL, responsable de la armonización y unificación del derecho del comercio internacional, teniendo en consideración que la remoción de las barreras jurídicas al comercio era de gran importancia no sólo para los países subdesarrollados, cuyas economías dependían de su comercio exterior, sino también para los países desarrollados que se beneficiarían con la expansión del comercio.

³³⁰ GARRO, Alejandro Miguel; ZUPPI, Alberto Luis. *“Compraventa Internacional de Mercaderías ...”*, ob. Cit., pp. 40/41.

Siendo así, la UNCITRAL debía decidir entre propiciar la adopción de las Convenciones de La Haya o trabajar en una nueva Convención internacional. Ante la falta de adhesión de los países a la primera alternativa³³¹ se formó un grupo de trabajo³³² con la finalidad de redactar nuevos proyectos basados en las Leyes Uniformes de La Haya, incorporando, cuando fuese posible, a los textos, los cambios necesarios a fin de que los intereses de un gran número de países con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos fueran respetados y tomados en consideración. Finalmente, se fusionaron ambos proyectos dando lugar al denominado Proyecto de 1978 y en 1980 se convocó a una Conferencia diplomática³³³ que, sobre la base de tal Proyecto, aprobó, el 11 de abril, el texto vigente de la Convención de Viena³³⁴, la que ha recibido una amplia adhesión, conforme lo señala LÉPINETTE³³⁵ quien refiere *“la Convención ha sido un éxito rotundo. A 25 de abril de 1999, 55 Estados, que representan las dos terceras partes del comercio internacional, habían ratificado la Convención. Prácticamente toda Europa (excepción de Gran Bretaña y Portugal), los Estados Unidos, Rusia y China. De las grandes potencias comerciales, sólo Japón se ha abstenido de ratificar la Convención”*. De los países del MERCOSUR, sólo Argentina y Uruguay³³⁶ la ratificaron.

³³¹ UNCITRAL resolvió hacer una encuesta junto a los distintos países para averiguar cuál eran las posturas de éstos con relación a la ratificación de la LUVI y LUF. Utilizó, para tanto, ayuda del Secretario de la ONU, para que éste transmitiese a todos los países. Las respuestas, en su gran mayoría, indicaban que ambas las Convenciones de La Haya de 1964 no obtendrían las ratificaciones de un número significativo de Estados. Los análisis de las respuestas fueron publicadas en UNCITRAL Yearbook, vol. I, 1968-1970, ps. 159-176, específicamente en A/CN. 917 y A/CN 9/31 – “Análisis of Replies and Comments by Governments on the Hague Conventions of 1964”

³³² Los miembros originales eran Brasil, Estados Unidos, Hungría, Ghana, Francia, India, Irán, Noruega, Túnez, Kenia, México, Japón, Unión Soviética y Reino Unido. Más adelante fueron incorporadas las delegaciones de Filipinas, Sierra Leone, Austria y Checoslovaquia.

³³³ Con presencia de 62 Estados y 8 Organizaciones Internacionales, entre ellas, World Bank for International Settlements, Central Office for International Railway Transport, Consejo de Europa, Comunidad Económica Europea, Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, UNIDROIT y Cámara de Comercio Internacional – CCI.

³³⁴ LÉPINETTE, Tomás Vázquez. *“Compraventa Internacional de Mercaderías...”*, ob. Cit., p. 34.

³³⁵ Idem, ibidem.

³³⁶ La Convención de Viena de 1980 entró en vigor en Uruguay el 1º de Febrero de 2000, mientras que Argentina presentó los instrumentos de adhesión a la Convención el 19 de julio de 1983 y su texto fue aprobado por ley 22.765 del 24 de marzo de 1983.

§ Convención de La Haya de 1986

En 1985 la Conferencia de La Haya, en conformidad con UNCITRAL, convocó una sesión extraordinaria que elaboró un Nuevo Convenio sobre Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías, debido a que la Convención de Viena de 1980 no regulaba algunas materias, el que fue aprobado el 22 de diciembre de 1986.

Su éxito está condicionado a la adhesión de ciertos países que, hasta el momento, tienen propósito de no firmarlo –como Estados Unidos- o rechazarlo –como Alemania, Reino Unido y Francia, entre otros países de la Unión Europea-, ya que entre estos últimos rige el Convenio de Roma sobre Ley Aplicable de 1980.

§ Tratados de Montevideo

En América Latina, por otro lado, los trabajos en los intentos de armonizar, o unificar, las reglas del Derecho Internacional Privado se remontan a los años de 1877 y 1878, cuando ocurrió la conocida Conferencia de Lima, que hizo surgir el Tratado de Lima que estableció reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado.³³⁷

En 1889 surgieron los Tratados de Montevideo que vinculan a Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia, Perú y Colombia. En 1940 se reformaron y sólo fueron ratificados en esta nueva versión por Argentina, Uruguay y Paraguay. Como se trata de Tratados sucesivos *“los Tratados de Montevideo de 1889, si bien han quedado sin efecto vinculante entre Argentina, Paraguay y Uruguay, ya que estos países celebraron nuevos Tratados sobre las mismas materias, mantienen vigencia en lo que respecta a las relaciones de los mencionados países con Bolivia, Perú y Colombia”*.³³⁸

Las disposiciones que regulan los contratos internacionales se encuentran en los artículos 32 al 37 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y artículos 36 a 42 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 que establecen la ley competente en el lugar de ejecución de la obligación típica del contrato, o la prestación característica. Los propios Tratados establecen los criterios localizadores que deben ser considerados en el momento de determinar el lugar de cumplimiento. Están ellos en los artículos 38, literales a, b y c, y en la norma supletoria del artículo 40, todos del Tratado de 1940.

En cuanto a la autonomía de la voluntad, este principio no fue consagrado en los referidos Tratados ya que, en la jurisdicción competente, el artículo 56 del Tratado de 1940 dispone que *“las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio. Podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado. Se permite la prórroga territorial de la jurisdicción si, después de promovida la acción el*

³³⁷ ARAUJO, Nadia de. “O Direito do Comércio Internacional e o Mercosul”, en RODAS, João Grandino (coord.). “Contratos Internacionais”, ob. Cit., p. 287.

³³⁸ HARGAIN, Daniel; MIHALI, Gabriel. “Régimen Jurídico de la ...”, ob. Cit., p. 31.

demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales. La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta". De manera que "en materia de contratación internacional entonces, el intérprete debe determinar prioritariamente, el derecho de cuál de los países involucrados es el encargado de regular la relación contractual controvertido, resultando competente por derivación el Tribunal del mismo orden jurídico que regula el acto".³³⁹

§ Código de Bustamante

Con posterioridad a los Tratados de Montevideo 1889, tuvieron lugar las Conferencias Interamericanas. Producto de ello fue que, en la sexta conferencia llevada a cabo en la ciudad de La Habana en 1928, surgió el Código de Bustamante, verdadero Código de Derecho Internacional Privado, siendo un completo cuerpo de normas conteniendo más de 400 artículos. En el intento de conciliar ambas corrientes –nacionalidad y domicilio– con fórmulas de compromiso, gran parte de sus normas no apuntan con precisión la regla apropiada.³⁴⁰

Todos estos Tratados han sido criticados por la doctrina. Al respecto, Haroldo Valladão³⁴¹ afirma: "*os Tratados, por terem se afastado da orientação do Tratado de Lima, procurando abarcar muito e uniformizar de forma completa e total o Direito Internacional Privado, tiveram resultados muito fracos. Um Dibr único em todos os seus ramos, para todos os países, é uma utopia igual à de um direito civil único para todas as nações*".

§ El Proyecto de Buenos Aires de 1953

Este Proyecto fue aprobado en la Segunda Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos de la OEA, reunidos en Buenos Aires en mayo de 1953. El mismo trataba de una Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Bienes Muebles. Su redacción estuvo a cargo de representantes de Brasil, Argentina, Paraguay y Estados Unidos y su importancia radica en la activa participación de los países latinoamericanos en este esfuerzo de unificación de la compraventa y en el hecho que el mismo traducía las necesidades del comercio de la región³⁴². Este Proyecto, al igual que las Leyes Uniformes, no tuvo el respaldo de países con diferentes estructuras jurídicas y económicas.

§ Las CIDIP's

En el año de 1971 la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos –OEA– decidió iniciar una serie de Conferencias especializadas en Derecho Internacional Privado, las denominadas CIDIP's -Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado-. Las mismas tenían por objetivo principal uniformizar las soluciones jurídicas de Derecho Internacional Privado de la región.

³³⁹ HARGAIN, Daniel; MIHALI, Gabriel. "Régimen Jurídico de la ...", ob. Cit., pp. 36/37.

³⁴⁰ ARAUJO, Nadia de. "O Direito do ...", ob. Cit., pp. 289/291.

³⁴¹ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, vol. I, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1980, p. 203.

³⁴² Conforme GARRO y ZUPPI. "Compraventa Internacional de Mercaderías ...", ob. Cit., p. 42.

Hasta el presente se han realizado cinco Conferencias, en las que se han aprobado varias convenciones³⁴³. De todas ellas, la que guarda relación con este estudio es la CIDIP V -México, 1994-, en la que se aprobó la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, actualmente en estudio para su ratificación por parte de Brasil. Tal Convención ha permitido, pese a no ser obligatoria, aproximar los dos sistemas jurídicos vigentes en el continente americano, pues hay países que se regulan por el sistema de la Common Law y otros por el sistema romano-germánico.³⁴⁴

Por lo antes expuesto, en el ámbito del MERCOSUR y en lo referente a la contratación mercantil internacional, las normativas vigentes son: las legislaciones internas de cada país; el Tratado de Montevideo de 1889 y de 1940; la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías -Convención de Viena de 1980³⁴⁵-; la de la Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1986³⁴⁶; y la Convención de México, -CIDIP V- sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Esto demuestra que no existe una legislación común o un Tratado que vincule a todos los países del MERCOSUR en esta temática.

³⁴³ Para tener una noción de las Convenciones aprobadas en el seno de la OEA, ver ARAUJO, Nadia de. "O Direito do ...", ob. Cit., p. 293; DOLINGER, Jacob. "Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, 1986; ARAUJO, Nadia de; CASELLA, Paulo Borba. "Integração Jurídica Interamericana – as convenções interamericanas de Direito Internacional Privado e o Direito Brasileiro", São Paulo, 1998.

³⁴⁴ ARAUJO, Nadia de. "Contratos Internacionais ...", ob. Cit., p. 8.

³⁴⁵ Vigente en Argentina y en Uruguay.

³⁴⁶ Ratificada por Argentina.

CAPITULO III

NORMATIVA VIGENTE EN EL MERCOSUR

Se considera necesario para el presente estudio realizar un análisis del ordenamiento jurídico interno de cada Estado Parte, los aportes doctrinarios y la jurisprudencia existente, a fin de conocer la tendencia vigente en cada uno de los países del Mercosur respecto de la ley aplicable a los contratos internacionales, ya que no existe, hasta el presente, una norma común que armonice los distintos tratamientos brindados al tema, como tampoco existe una norma internacional que vincule a los cuatro Estados Partes entre sí.

En cuanto al tema de la jurisdicción internacional, éste será abordado cuando se efectúe el análisis del Protocolo de Buenos Aires, que tiene por fin armonizar los distintos tratamientos existentes en la región antes de su aprobación.

1. Los Estados Partes

1.1. Argentina

En primer lugar, se analizará la normativa de fuente interna, ya que Argentina ha suscripto, además de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, la Convención de Viena de 1980 y la Convención de La Haya de 1986 sobre Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980, por su importancia en el comercio internacional y regional, será analizada en capítulo aparte.

Las disposiciones a ser aplicadas cuando Argentina mantiene relaciones internacionales con otros Estados Nacionales con los cuales no está vinculada por Tratados, son las del Derecho Internacional Privado de fuente interna, las cuales se encuentran previstas en el Título Preliminar del Código Civil; asimismo, el tema de los contratos internacionales está regulado en el Capítulo IV del mismo Código (artículos 1205 a 1216), constituyendo “*un laberinto de misteriosas disposiciones*”.³⁴⁷

Respecto a la ley aplicable, Argentina adopta una combinación de puntos de conexión –*lex executionis*, *lex loci celebrationis* y domicilio del deudor-. La ley del lugar de cumplimiento, o sea, la *lex executionis* (artículo 1.209)³⁴⁸, es utilizada cuando un contrato internacional es celebrado en el exterior y ha de ejecutarse en Argentina, utilizándose la ley de éste país para regir el instrumento particular.

³⁴⁷ Ernest Rabel apud BOGGIANO, Antonio. “*Contratos Internacionales*”, ob. Cit., p. 23.

³⁴⁸ Este artículo determina que: “*Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deben ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros*”.

Cuando los contratos son hechos fuera del territorio de la República Argentina, éstos serán juzgados -en cuanto a su validez o nulidad, naturaleza y obligaciones- por la ley del lugar de celebración, o sea, *lex loci celebrationis*, (artículo 1.205).³⁴⁹ Cuando no sea posible designar el lugar de cumplimiento del contrato, la norma supletoria determina –de forma presuntiva- que la ejecución se llevará a cabo en el domicilio que tenía el deudor en el momento de contratar (artículo 1.212).³⁵⁰ Por otro lado, en el caso que el deudor haya contratado fuera de su domicilio, el lugar de cumplimiento será el de su domicilio actual (artículo 1.213).³⁵¹

Vale mencionar, también, los preceptos contenidos en los artículos 1.206³⁵², 1.207³⁵³ y 1.208³⁵⁴, los cuales recogen expresamente las excepciones del orden público internacional y de las leyes imperativas o leyes de policía, tanto argentinas como internacionales.

Sobre dichas normas contenidas en el Código Civil argentino cabe mencionar que *“(..) en consonancia con el estilo propio de la época, el codificador introdujo conexiones rígidas, criterios reguladores duros, en materia de contratos internacionales. La segunda reflexión denota una aparente contradicción en las soluciones adoptadas, cuya razón radica en las posiciones divergentes sobre las fuentes empleadas por el doctor Vélez Sarsfield. En efecto, tanto Savigny como Story sujetan los contratos a puntos de conexión distintos; el primero, a la ley del lugar de ejecución, y el segundo, a la ley del lugar de conclusión de los contratos internacionales”*.³⁵⁵

La normativa argentina nada contiene acerca de la libertad de las partes en la elección de la ley a ser aplicada a su contratación internacional. *“El Código Civil argentino no contiene una disposición que expresamente consagre la libertad de contratación en el orden internacional, entendida ésta como la facultad de las partes de preseleccionar la ley aplicable a los contratos internacionales. Nada dice el Derecho Internacional Privado de fuente interna respecto de la autonomía de la voluntad en el ámbito internacional”*.³⁵⁶

Esta ausencia, por su parte, estimuló a la doctrina y a la jurisprudencia a trabajar en el sentido de consagrar la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales. Sin embargo, hay casos en que la jurisprudencia de los Tribunales argentinos no consagra

³⁴⁹ Este artículo establece que: *“Los contratos hechos fuera del territorio de la Republica, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados”*.

³⁵⁰ *“El lugar del cumplimiento de los contratos que en ellos no estuviere designado, o no lo indicare la naturaleza de la obligación, es aquel en que el contrato fue hecho, si fuere el domicilio del deudor, aunque después mudare de domicilio o falleciere”*.

³⁵¹ *“Si el contrato fue hecho fuera Del domicilio Del deudor, em um lugar que por las circunstancias no debia ser el de su cumplimiento, el domicilio actual del deudor, aunque no sea el mismo que tenia en la época en que el contrato fue hecho, será el lugar en que debe cumplirse”*.

³⁵² *“Exceptúan-se Del artículo anterior aquellos contratos que fuesen inmorales, y cuyo reconocimiento en la Republica resultase injurioso a los derechos, intereses o conveniencias del Estado o de sus habitantes”*.

³⁵³ *“ Los contratos hechos em país extranjero para violar las leyes de la Republica, son de ningún valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado”*.

³⁵⁴ *“Los contratos hechos em la Republica para violar los derechos y las leyes de uma nación extranjera, no tendrán efecto alguno”*.

³⁵⁵ CÁRDENAS, Sara L. Feldstein de. *“Derecho Internacional Privado ...”*, ob. Cit., pp. 359/360.

³⁵⁶ Idem, ibidem, p. 358.

dicho principio, principalmente en aquellos que involucran contratos de transporte marítimo. De manera tal que, como menciona CECILIA FRESNEDO³⁵⁷, en Argentina existe una convivencia de dos posiciones antagónicas: para un tipo de contrato el principio de la autonomía de la voluntad es expresamente prohibido, mientras que para otros es permitido.

Ante esto, los juristas buscaron en los Tratados de Montevideo la posibilidad de que las partes pactaran la ley a ser aplicada a su contrato internacional: los favorables a la posibilidad de aplicación de dicho principio en Argentina, defendían que el Tratado de 1889, al no haberlo rechazado expresamente, se constituía en un fundamento a favor de su reconocimiento; mientras aquellos que lo rechazaban defendían la idea de que, al no pronunciarse expresamente sobre el tema –principalmente en el Tratado de 1940-, no se otorgaba la posibilidad del ejercicio de dicho principio por las partes en la contratación internacional.

Sin embargo, los defensores de la tesis afirmatoria de admisión de la autonomía de la voluntad en el Tratado de 1940, la defendían en base al artículo 5º del Protocolo Adicional, el cual mencionaba que *“la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”*, aceptando dicho principio por la vía de excepción, condicionando su aceptación por el derecho aplicable según dichos Tratados, *“entendiéndose además que en el derecho argentino dicha condición se verifica, porque consuetudinariamente se ha aceptado la autonomía de la voluntad”*.³⁵⁸

La jurisprudencia, presidida en casi todos los fallos por Antonio Boggiano, fue favorable a la admisión de dicho principio en materia contractual internacional. El primer caso que trató el tema es el caratulado *‘Gobierno de la República del Perú c/ SIFAR por incumplimiento contractual’*, en el cual la Corte Suprema de la Nación consideró innecesario discernir si era aplicable a una compraventa entre Perú y Argentina el derecho peruano o el derecho argentino, conforme criterios adoptados en el Tratado de Montevideo de 1889 que vincula a los dos países, porque el Tribunal entendió que *“(…) el convenio libremente pactado constituye el derecho aplicable (...)”*.³⁵⁹ Siendo así, las partes tienen la posibilidad de establecer las normas del contrato en el ámbito del derecho competente, pero esta autonomía posee restricciones, tales como las normas de policía y las de orden público internacional del juez competente.

Esta doctrina jurisprudencial fue mantenida en fallos posteriores, inclusive de la Corte Suprema de Justicia de Argentina³⁶⁰. Se continuó reconociendo esta autonomía material de las partes, juzgando, además, con base en que por costumbre tal principio es aceptado y, como costumbre es norma (artículo 17 del Código Civil), tal autonomía de la voluntad de las partes debe, también, ser

³⁵⁷ AGUIRRE, Cecilia Fresnero de. *“La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”*, Montevideo, 1991.

³⁵⁸ HARGAIN y MIHALI. *“Régimen Jurídico de la ...”*, ob. Cit., p. 63.

³⁵⁹ El ‘convenio’, en este caso, fue la cláusula de venta INCOTERMS - FOB (Free on Board)- que las partes pactaran en el contrato de compraventa.

³⁶⁰ BOGGIANO, Antonio. *“Derecho Internacional Privado”*, t. II, ob. Cit., pp. 260 y 313.

aceptado en Argentina como punto de conexión en la contratación internacional, siendo, aún, ampliamente reconocida en los convenios celebrados por el país.³⁶¹

1.2. Uruguay

Al igual que Argentina, Uruguay ha suscripto, además de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, la Convención de Viena de 1980 y la Convención de La Haya de 1986 sobre Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de mercaderías, aunque esta última no fue ratificada, por lo cual no resulta aplicable ni puede ser utilizada como fundamento de las leyes análogas para el análisis de problemas originados en contratos mercantiles internacionales³⁶².

La normativa interna no trata específicamente de los contratos mercantiles internacionales, debiéndose recurrir a la normativa de Derecho Civil Internacional contenida en el Apéndice del Código Civil uruguayo -más específicamente en los artículos 2.393 a 2.405- con disposiciones similares a las existentes en los Tratados de Montevideo, formando un cuerpo uniforme sobre la temática.

Con relación a la ley aplicable, el artículo 2.399, establece que las obligaciones se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de cumplimiento, de conformidad a los Tratados de Montevideo.

En Uruguay, conforme los autores DANIEL HARGAIN y GABRIEL MIHALI³⁶³, existe una gran controversia acerca de la normativa a ser aplicada en los análisis de un contrato de compraventa internacional. Mientras unos adoptan la tesis de que deben ser aplicados los Tratados de Montevideo, así como las normas contenidas en el Apéndice del Código Civil uruguayo, no dando lugar a lagunas al ordenamiento jurídico; otros entienden que, por no existir una normativa específica que trate del tema de la contratación mercantil internacional, no deben ser utilizadas ni la del Código Civil ni los Tratados de Montevideo, toda vez que el Derecho del Comercio Internacional es autónomo e independiente del ordenamiento jurídico interno. Así, la normativa a ser aplicada es la interna de Uruguay, utilizándose, para llenar los vacíos legales, los mecanismos previstos en ella, más precisamente el artículo 16 que autoriza a recurrir al fundamento de las leyes análogas, y, en ausencia de ellas, a utilizar los principios generales de derecho y, en caso de duda, a la doctrina más receptada sobre la materia³⁶⁴. *“Existen varias decisiones judiciales que adhieren en la práctica a la tesis minoritaria, y frente a la compraventa internacional de mercaderías, no aplican el Apéndice del C.C., sino que recurren a la ley interna en forma analógica en procura de una solución más adecuada al negocio”*.³⁶⁵

³⁶¹ Sentencia de 9 de abril de 1970 de la Cámara Nacional Civil, Sala III, apud HARGAIN y MIHALI. *“Régimen Jurídico de la ...”*, ob. Cit., p. 63.

³⁶² Idem, ibidem, p. 42.

³⁶³ Idem, ibidem, pp. 44/45/46.

³⁶⁴ Como leyes análogas, teníamos las soluciones consagradas por el Tratado de Transporte Internacional Terrestre de Montevideo y otras normas comerciales internacionales; los principios generales de derecho comercial internacional son los usos y costumbres internacionales – lex Mercatoria -.

³⁶⁵ HARGAIN y MIHALI. *“Régimen Jurídico de la ...”*, ob. Cit., p. 46. Estos citan, además, la Revista La Justicia Uruguaya, año 1950, t. XXI, casos 3142 y 3192, año 1956, t. XXXIII, c. 4256 y año 1972, t. LXV, c. 7750.

En cuanto al principio de autonomía de la voluntad, éste no tiene acogida en el sistema jurídico uruguayo, ni tampoco en la mayoría de la doctrina. Expresión de ello son las palabras del delegado uruguayo en las negociaciones del Tratado de Montevideo de 1940, GUILLERMO VARGAS GUILLEMETTE, el cual rechazó expresamente la propuesta argentina de admisión de este principio, sosteniendo que *“la competencia soberana de un Estado, en su faz legislativa o judicial, sobre las relaciones internacionales que se localizan en su medio social, civil o económico, no puede quedar al arbitrio de la voluntad de las personas que quieren variar la competencia correspondiente, indicando otras leyes u otros jueces que los del país de la afectación preponderante o aún exclusiva”*.³⁶⁶

La normativa uruguaya no reconoce este principio, conforme interpretación realizada en el artículo 2.403 del Código Civil, el cual prohíbe a las partes la elección de una ley a ser aplicada a su contratación internacional.³⁶⁷

Sin embargo, la tendencia más moderna surgida en Uruguay se está posicionando a favor de la autonomía de la voluntad de las partes. Prueba de ello, es la posición de los autores DANIEL HARGAIN y GABRIEL MIHALI³⁶⁸, quienes son favorables a la recepción de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional, destacando, además, que esta posición nacionalista adoptada por Uruguay no trajo demasiados perjuicios porque la realidad se encargó de imponer tal principio en gran parte de los contratos que fueron celebrados, conforme lo prueba el reducido número de casos analizados por la jurisprudencia uruguaya que trata sobre la materia, lo que no significa la ausencia de contratación, sino la utilización de cláusulas arbitrales para la solución de conflictos además de la elección de otros foros y otras normas más adecuadas para un presunta demanda.

1.3. Paraguay

Paraguay, como los dos países anteriores, ha suscripto los Tratados de Montevideo. Antes del año 1986, se utilizaba un Código Civil basado en el Código Civil argentino. A partir de ese año fue promulgado un nuevo Código que, entre otras cosas, unificó la normativa civil y comercial.

Este nuevo Código posee diversas soluciones de Derecho Internacional Privado que están agrupadas en su Título Preliminar, las cuales deberán ser aplicadas en relaciones entre Paraguay y países no vinculados por Tratados, como es el caso de Brasil, mientras que en relaciones con Argentina y Uruguay serán aplicadas las normas de los Tratados de Montevideo de 1940.

³⁶⁶ GUILLEMETTE, Guillermo V.. *“Criterios de Solución de los llamados conflictos de leyes en su relación con los Tratados de Montevideo de 1889”*, Montevideo, 1938, apud BELANDRO, Rubem. *“Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo”*, in Revista de la Facultad de Derecho, n° 8, 1995, p.77/78.

³⁶⁷ Para un estudio de la jurisprudencia uruguaya al respecto de la materia, ver FRESNEDO, Cecilia. *“La autonomía de la voluntad ...”*, ob. Cit., pp. 70-72.

³⁶⁸ *“entendemos por ello que la recepción de la autonomía de la voluntad es la solución más adecuada a la negociación contemporánea, y a una más efectiva integración regional. En Uruguay no existe norma de Tratado o de ley que expresamente la prohíba, por lo que se mantiene vigente para las partes la posibilidad de formar la ‘ley de su contrato’ – art. 1291 del C. C. -, ya que el art. 10 de la Constitución les permite hacer todo lo que no está prohibido”*. In *“Régimen Jurídico de la ...”*, Ob. Cit., pp. 51/52.

En lo referente a la ley aplicable en materia de contratación internacional, aunque no expresamente, está reglada por el artículo 14 que determina que el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que éste pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las normas del referido Código, cualquiera que sea el domicilio de sus otorgantes, mientras que para los actos jurídicos, éstos se rigen por la ley de su celebración (artículo 23). Por remisión del artículo 669 al artículo 297, se determina la competencia de la ley del lugar de cumplimiento de los actos, cuando éstos deban ser ejecutados en Paraguay o se ejercieren en él acciones por falta de cumplimiento.

El principio de autonomía de la voluntad no está consagrado, aunque algunos autores opinan distinto al analizar los artículos 297, 669 y 670 del Código Civil. De manera tal que no es admitido, ya que anteriormente se aplicaban las disposiciones del Código Civil que se basaban en el Código argentino, asumiendo los mismos principios y, como ya se mencionara, la normativa argentina no era favorable a tal principio y tampoco lo es la normativa consagrada por el Tratado de Montevideo de 1940, el cual está vigente en Paraguay para la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales³⁶⁹.

1.4. Brasil

Brasil no ha suscripto ningún convenio internacional que trate el tema de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales, sin embargo está en estudio, para su aprobación, la CIDIP V.

Este país posee una normativa interna que, de forma indirecta, regula, aparte de los demás casos transnacionales, los contratos internacionales y que se encuentra en la denominada *Lei de Introdução ao Código Civil* (LICC), incorporada al Código Civil brasileño de 1942, produciéndose un cambio en los elementos de conexión utilizados hasta entonces.

En el Reglamento nº 737, del 25.11.1850, se consagró la ley del lugar de ejecución –*lex loci executionis*– como elemento de conexión para los contratos comerciales celebrados en el exterior con cumplimiento en Brasil que, todavía, era Imperio. La Ley de Introducción del Código Civil de 1916 adoptó, en el acápite del artículo 13, la *lex loci contractus* -ley del lugar del contrato-, mientras en su párrafo único decidió mantener la tradicional ley del lugar de ejecución. Esta concepción de utilizar como elemento de conexión la ley del lugar del contrato –la ley de celebración del contrato- fue seguida por la normativa de 1942, con modificaciones en cuanto a contratos celebrados entre ausentes; en este caso, la ley a ser aplicada será la ley del lugar en que resida el proponente.³⁷⁰

³⁶⁹ “Por todo o exposto, não nos parece que as atuais regras paraguaias permitam às partes exercerem o direito de escolha da lei aplicável, nos moldes de outras leis, que expressamente o permitem. Todavía, em face da ausência de manifestação jurisprudencial a esse respeito não se pode dizer que o assunto está inteiramente pacificado”. ARAUJO, Nadia de. “Contratos Internacionais ...”, ob. Cit., p. 80.

³⁷⁰ RODAS, João Grandino. “Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às Obrigações Contratuais”, en RODAS, João Grandino (coord.). “Contratos Internacionais”, ob. Cit., p. 36.

El artículo 9º de la LICC determina que la regla de conexión a ser aplicada a las obligaciones es la *lex celebrationis*, o sea, la ley del país en el cual fue celebrado el acuerdo. Ahora bien, cuando el contrato fuera celebrado en un país extranjero, para ser ejecutado en Brasil, la ley a ser aplicada será la ley de ese país extranjero, pero debiendo tomarse en consideración las normas imperativas de la legislación brasileña en cuanto a su ejecución y las reglas de la ley extranjera en cuanto a los requisitos extrínsecos del acto.

Este acápite del artículo 9º de la LICC debe ser utilizado cuando el acuerdo haya sido celebrado entre presentes, considerándose por tal a aquel acuerdo celebrado entre partes personalmente, frente a frente, o, aún, por vía de contacto simultáneo a través de las telecomunicaciones, pues en este supuesto no existe un intervalo de tiempo considerable largo entre la oferta y la aceptación³⁷¹. En cambio, cuando las partes celebran el acuerdo distante uno del otro y entre la oferta y la aceptación transcurre un intervalo de tiempo considerable, estamos ante un contrato celebrado entre ausentes, debiendo, en este caso, aplicarse la norma contenida en el párrafo 2º del art. 9º de la LICC, la cual determina que el acuerdo, cuando celebrado entre ausentes, reputase constituido en el lugar en que resida el proponente, siendo, entonces, la ley de este país la que deberá ser aplicada.

Respecto a la jurisprudencia, NADIA DE ARAUJO afirma que “*a pesar da ocorrência de modificações na lei de introdução, com relação às regras de 1916, os tribunais continuaram tratando da matéria exatamente como antes de 1942. Apesar da regra geral brasileira ser a lex loci contractus, ou seja, a do local da constituição do contrato, a regra relativa à execução tem tido preponderância em nossa jurisprudência, a partir da interpretação de que a lei do local da Constituição somam-se as exigências da lei do local de sua execução. E como efetivamente é mais comum ocorrerem litígios em razão do contrato no local de sua execução, por ser este quase sempre o lugar onde o devedor tem seu domicílio, bens e estabelecimento comercial, podendo mais facilmente honrar seus compromissos, a lei brasileira é sempre invariavelmente a lei aplicável*”.³⁷²

Tras grandes controversias en la normativa brasileña respecto a la posibilidad o no de que las partes pactaren la ley que regirá su contrato internacional, actualmente existe casi un consenso de gran parte de la doctrina de este país acerca de que tal *pacto de lege utenda* no está permitido por la nueva normativa. Si bien en la LICC de 1916 existía la expresión ‘*salvo estipulación en contrario*’, contenida en el artículo 13 de la misma y que permitía a las partes utilizar el principio de autonomía de la voluntad en contratos internacionales, en la LICC de 1942 se suprimió dicha expresión, dejando sin efecto tal principio.

Existen autores que, conforme al análisis del artículo 9º de la LICC, afirman que no existe la posibilidad de que las partes utilicen el principio de autonomía de la voluntad para la indicación de la norma aplicable en Derecho Internacional Privado brasileño³⁷³. Por su parte, HAROLDO VALLADÃO³⁷⁴ se mostraba

³⁷¹ BASSO, Maristela. “*Contratos Internacionais do Comércio – negociação, conclusão e prática*”, Porto Alegre, 1994, pp. 75/76/77.

³⁷² ARAUJO, Nadia de. “*Contratos Internacionais ...*”, ob. Cit., p. 118.

³⁷³ RODAS, João Grandino. “*Elementos de Conexão ...*”, ob. Cit., p. 44; CASTRO, Amílcar de. “*Direito Internacional Privado*”, ob. Cit., pp. 443/444; BATALHA, Wilson de Souza Campos. “*Tratado de Direito Internacional Privado*”, 2ª ed., v. II, São Paulo, 1977, pp. 228/279; FRANCESCHINI, José Inácio. “*A Lei e o*

favorable a la aceptación de tal principio en el ordenamiento jurídico brasileño, mientras que OSCAR TENORIO³⁷⁵ e IRINEU STRENGER³⁷⁶, éste siguiendo parcialmente la línea de pensamiento del anterior, entendían que, en caso de que dicho principio fuera admitido por la ley del país donde se constituye la obligación, no hay dudas acerca de su admisibilidad, toda vez que el artículo 9º de la actual LICC no lo prohíbe expresamente, de modo que, si la ley del lugar de celebración del contrato internacional permite que las partes elijan la ley aplicable, este principio tiene vigencia.

La doctrina actual considera que como este principio es ampliamente aceptado en la comunidad mundial, habría de serlo también en Brasil, pero con los límites impuestos por el orden público y por las normas imperativas.³⁷⁷ De manera tal que en Brasil existen tres corrientes doctrinarias: *“a primeira, daqueles enfaticamente contrários à autonomia da vontade; a segunda, daqueles a favor, desde que limitada às regras supletivas, excluindo-se, portanto, a possibilidade de sua aplicação ao contrato como um todo; e finalmente a terceira, daqueles favoráveis à teoria de forma mais ampla. Essas posições sempre existiram ao longo da história do DIPr e até o momento atual”*.³⁷⁸

En el año 1996 fue promulgada una nueva ley de arbitraje, dando lugar al surgimiento de una normativa que instituye el principio tanto en los contratos internacionales como en los internos (artículo 2, Ley nº 9.307/96).

La jurisprudencia poco ha contribuido a la recepción de este principio, toda vez que los Tribunales han aplicado la regla del acápite del art. 9º de la LICC, sin hacer ninguna mención acerca de la posibilidad o no de que las partes apliquen a su contratación internacional el principio de la autonomía de la voluntad.

Todo esto lleva a que exista una gran incertidumbre en el contrato de compraventa internacional de mercaderías celebrado entre una parte brasileña y una contraparte proveniente de alguno de los otros países del MERCOSUR, toda vez que no es posible determinar cuál será la ley aplicable al contrato, implicando un alto costo para las mismas. Además, este hecho de no conocer la ley que será utilizada para regir el contrato de compraventa internacional de mercaderías que haya firmado, generará una gran inseguridad jurídica para las partes, ya que tendrán que cambiar de ley cada vez que se crucen las fronteras de sus países.³⁷⁹

Foro de eleição ...”, ob. Cit., p. 139; BASSO, Maristela. “*Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais de Comércio*”, en BAPTISTA, Luis Olavo et alii (cord.). “*Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas...r*”, ob. Cit., p. 48; DINIZ, Maria Helena. “*Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*”, São Paulo, 1994, pp. 246 e ss.

³⁷⁴ VALLADÃO, Haroldo. “*Direito Internacional Privado*”, ob. cit.

³⁷⁵ TENÓRIO, Oscar. “*Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*”, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1955, pp. 328/329.

³⁷⁶ STRENGER, Irineu. “*Autonomia da vontade...*”, ob. Cit., pp. 205/206.

³⁷⁷ BAPTISTA, Luis Olavo. “*Dos Contratos Internacionais*”, São Paulo, 1994.

³⁷⁸ ARAUJO, Nadia de. “*Contratos Internacionais ...*”, ob. Cit., p. 108.

³⁷⁹ Tener normas jurídicas comunes, como vamos a tener oportunidad de verificar al final, sirve, además, para consolidar el proceso de integración del Mercosur. El autor Paulo Borba Cassella ya decía que *“parece-me que o direito tem papel vital a desempenhar em processo de integração. A existência de normas jurídicas comum e instância jurisdicional supranacional são elementos-chave para a consolidação e a continuidade de um processo de integração econômica. À falta destes, flutuações ‘políticas’ podem abalar a qualquer momento a estabilidade e continuidade do processo de integração”*. In “*Internacionalização do direito e impacto da harmonização legislativa no Mercosul – o desafio para os profissionais da área jurídica*”, in “*Direito Internacional – vertente jurídica da globalização*”, ob. Cit., p. 168.

Brasil es el Estado más problemático en este aspecto, convirtiéndose este hecho en una de las principales barreras al incremento comercial.

Por último y para finalizar con este punto, a continuación se presenta un cuadro síntesis por país de lo expuesto hasta aquí:

ESTADOS PARTES	LEY APLICABLE	AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
Brasil	Lugar de celebración	NO
Argentina	§ Lugar de celebración § Lugar de cumplimiento § Domicilio del deudor	SI
Uruguay	Lugar de cumplimiento	NO
Paraguay	Lugar de cumplimiento	NO

2. Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual

El Tratado de Asunción, en su artículo 1º, establece “*el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración*”, frente a este objetivo, el CMC resolvió crear la Reunión de Ministros de Justicia del Grupo Mercado Común³⁸⁰ a fin de formular propuestas tendientes al desarrollo de un marco común para la cooperación jurídica entre los Estados. Con este propósito, dicha Reunión de Ministros elaboró un Acuerdo que fue elevado al Consejo para su aprobación, surgiendo la Decisión 1/94 del 5 de agosto de 1994 que aprueba el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual Civil y Comercial.³⁸¹

Este Protocolo, en consonancia con el artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto, es considerado fuente normativa del MERCOSUR –derecho derivado-, debiendo, además, conforme al artículo 42 del mismo Protocolo de Ouro Preto, ser incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, las normas emanadas de los órganos institucionales del MERCOSUR, si bien gozan de un carácter obligatorio, no reúnen las mismas características que las normas emanadas de los órganos comunitarios de la Unión Europea ya que es necesaria la incorporación de dicho Protocolo en el ordenamiento jurídico de cada Estado Parte para que produzca sus efectos. Debido a ello, solamente se encuentra

³⁸⁰ Decisiones 4/91, 5/91 y 8/91.

³⁸¹ CÁRDENAS, Sara L. Feldstein de. “*Jurisdicción Internacional ...*”, ob. Cit., p. 35.

vigente en tres de los países integrantes del MERCOSUR: Argentina, Brasil y Paraguay.³⁸²

En su Preámbulo se verifica que los Estados Partes tuvieron la preocupación de dotar el sector de la contratación privada de normas comunes, con la intención de brindar seguridad jurídica a los negocios internacionales con pares de otros Estados Partes, garantizando, además, soluciones justas y decisiones judiciales y arbitrales armónicas con el propósito del MERCOSUR.

El Protocolo de Buenos Aires, además de llenar una laguna jurídica en el ámbito del MERCOSUR, viene a complementar el Protocolo de Las Leñas, en lo concerniente al reconocimiento y ejecución de las decisiones o laudos arbitrales en el espacio integrado, previendo tanto normas sobre competencia jurisdiccional directa e indirecta, como también normas sobre la prórroga de jurisdicción. Por lo tanto este Protocolo, en conjunto con el de Las Leñas y con el Protocolo sobre Medidas Cautelares en el MERCOSUR, dan surgimiento a un sistema regional de derecho procesal internacional.³⁸³ En caso de un conflicto derivado de un contrato de compraventa internacional entre argentinos y brasileños, la jurisdicción competente deberá ser analizada a la luz de dicho Protocolo, a fin de determinar el país que tendrá la jurisdicción competente y/o cuál Tribunal –jurisdiccional o arbitral- será competente.

Asimismo, las partes tendrán la libertad de redactar la denominada cláusula atributiva de competencia. Esto implica un avance importante para el proceso de integración, ya que como se ha manifestado, no todos los Estados Partes recepcionaban el principio de autonomía de la voluntad en el campo de la jurisdicción internacional.

El autor ANTONIO CORRÊA³⁸⁴ alerta sobre una cuestión muy importante, de naturaleza explicativa, que versa sobre el lenguaje genérico utilizado por el Protocolo cuando menciona '*Tribunales del Estado Parte*' y que significa aquel Tribunal que dicho Estado Parte establece como competente según sus normas internas, a la vez que hay artículos que designan directamente el Tribunal competente, sin hacer referencia a las reglas procesales vigentes en el Estado en que podría estar situado el mismo.

En los comentarios de las normas del Protocolo de Buenos Aires, en la medida de las posibilidades, se utilizará lo desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia del proceso de integración europea –UE-, particularmente el Convenio de Bruselas de 1968.

Si se compara este Protocolo con la Convención de Bruselas, si bien existen diferencias, SILVIA FAZIO³⁸⁵ resalta el objetivo común y que es "...*garantir a unificação das regras de determinação de competência jurisdiccional no âmbito do*

³⁸² Argentina: Ley N° 24.669, del 29/7/96 y publicada el 2/8/96, depósito del instrumento el 31/10/96; Brasil: Decreto N° 2.095 del 17/12/96, publicado el 18/12/96, depósito del instrumento el 07/5/96; Paraguay: Ley 597/95 del 15/6/95, publicada en junio de 1995, depósito del instrumento el 12/9/95 Uruguay: En trámite legislativo. Ingreso a Cámara de Senadores en abril de 1997.

³⁸³ FAZIO, Silvia. "*Os Contratos Internacionais na União Européia e no Mercosul*", São Paulo, 1998, p. 53.

³⁸⁴ CORRÊA, Antonio. "*Mercosul. Soluções ...*", ob. Cit., p. 127.

³⁸⁵ "*Os Contratos Internacionais ...*", ob. Cit., p. 68.

Mercosul e da União Européia, indicando-nos o caminho a ser traçado pela maioria dos ordenamentos jurídicos do Planeta, em uma sociedade globalizada, que cada vez mais concentra-se em grandes blocos regionais". A ello se agrega, además, el incremento del comercio internacional entre ambos y la existencia del Acuerdo Marco Interregional de Cooperación de 1995, que posibilita la concreción de otros convenios y propicia, a la vez, el incremento de las negociaciones internacionales entre los países, trayendo aparejado problemas de Derecho Internacional Privado que deberán ser resueltos en el futuro, por lo que se hace necesario el estudio comparado de ambos instrumentos.³⁸⁶

2.1. Ámbito de Aplicación

Respecto al ámbito de aplicación, el Protocolo de Buenos Aires sólo rige respecto a la jurisdicción contenciosa, excluyendo, de esta manera, la jurisdicción voluntaria. Establece que los contratos internacionales que estén bajo sus normas deben poseer tanto naturaleza civil como comercial y ser celebrados entre personas físicas o jurídicas, sin mencionar como serán determinadas las materias de naturaleza civil o mercantil, es decir, si será determinada por la ley del país que está conociendo de la demanda -la *lex fori* del Tribunal- o por la ley del país del demandado o del demandante o bien por otra regla.

En cambio, en la Unión Europea, el TJCE, respecto a esta problemática y a su regulación por el Convenio de Bruselas, entendió que "*para la determinación del concepto de 'materia civil y mercantil' a fin de aplicar el Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en particular su Título III, procede referirse, por una parte, a los objetivos y al sistema del Convenio y, por otra parte, a los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales y no remitirse al Derecho de uno cualquiera de los Estados interesados*"³⁸⁷. Esta doctrina bien podría ser utilizada en el ámbito del MERCOSUR, contribuyendo a esclarecer el problema.

El artículo 1º, alínea 'a', del Protocolo de Buenos Aires, establece, además, su aplicación cuando las partes del contrato internacional se encuentren domiciliadas, o tengan su sede social, en los Estados Partes del MERCOSUR. Sin embargo, en transacciones entre una parte domiciliada o que tenga su sede social en uno de los Estados Partes, de un lado, y otra que no tenga domicilio o sede social en uno de los Estados partes del MERCOSUR, por otro lado, podrían ser de aplicación las normas de jurisdicción internacional previstas en éste Protocolo, siempre que entre ellas se haya pactado un acuerdo de elección de foro a favor de un Estado Parte y que exista una conexión razonable entre la situación jurídica y la jurisdicción elegida – artículo 1º, alínea 'b' -, ampliando el ámbito espacial de aplicación del Protocolo, operando contactos jurisdiccionales de mayor flexibilidad. Así, "*el Protocolo emplea aquí un lenguaje de fórmula abierta, que*

³⁸⁶ Para un estudio sobre esta cuestión, ver TAQUELA, María Blanca Noodt. "*MERCOSUR – Unión Europea: cuestiones de Derecho Internacional Privado*", Revista de Derecho del Mercosur, La Ley, año 2, nº 3, junio de 1998, pp. 17-27.

³⁸⁷ Sentencia del TJCE de 14 de octubre de 1976, Asunto 29/76, (LTU c. Eurocontrol), Recueil 1976, pp. 1541 y ss.

*constituye una cláusula escapatoria para flexibilizar el criterio de atribución jurisdiccional rígido, pero que recurre a la explicitación de contactos tendientes a resguardar una razonable proximidad jurisdiccional*³⁸⁸.

En cuanto a la expresión ‘conexión razonable’ la misma ha sido criticada por numerosos autores, por su complejidad y por presentar dificultades de interpretación. JAVIER TONIOLLO³⁸⁹ considera tal expresión justificada “*si se impondría como requisito de validez de la cláusula de elección de foro*” y no como “*norma de aplicabilidad del Protocolo*”, pues para este autor bastan “*los contactos de los incisos ‘a’ y ‘b’ (domicilio o sede social y elección de un juez de un Estado Parte), para que funcione adecuadamente el ámbito de aplicación*”. En el mismo sentido, BEATRIZ PALLARES y ENRIQUE ARAGON³⁹⁰ destacan que “*la determinación del ámbito de aplicación no debiera quedar supeditada a la aceptación de la razonabilidad de la elección, porque la ausencia de razonabilidad conduce a la inaplicabilidad del Protocolo, provocando una nueva causal de incertidumbre respecto de las normas que deben aplicarse para determinar la jurisdicción donde el particular puede concurrir a defender sus derechos*”.

Otra cuestión relacionada con esta expresión es que esta razonabilidad “*de un foro de competencia judicial internacional descansa, en una enorme medida, en el cumplimiento del principio de proximidad. En otras palabras: la determinación legal – y, en su caso, jurisprudencial – de la competencia del juez de un Estado para entender y decidir una categoría o especie de situaciones privadas internacionales depende, en principio, de su vinculación con dicho Estado. Es importante poner de manifiesto que el carácter ‘subjetivo’ predicado de la noción de razonabilidad tiende un manto de duda sobre el discurso. El recurso al principio de proximidad busca, justamente, objetivarlo de algún modo, aunque también es verdad que cada legislador puede concretarlo de diferente manera, sobre las bases de los parámetros particulares de su ordenamiento. Podría decirse que la fiabilidad y la certeza de la concreción de la razonabilidad se mueven idealmente desde un mínimo, donde el juez tiene libertad para decidir si la vinculación hace a un foro razonable, hasta un máximo, en el cual los criterios se homologan mediante la elaboración de un convenio internacional*”.³⁹¹

Por su parte PALLARES y ARAGON³⁹² entienden que existe la posibilidad de admitirse como razonables foros no expresados como subsidiarios. En cambio, para CAROLINA IUD el inciso ‘b’ del art. 1º del referido Protocolo es bastante categórico “*para excluir este tipo de interpretaciones, por una parte, y por otra, porque entendemos que fluye de dicha norma el propósito del instrumento de determinar en forma concreta la ‘razonabilidad’ y evitar dejar librada esta cuestión al criterio del intérprete (...)*”³⁹³. Se comparte esta posición en cuanto a que el inciso ‘b’ del art. 1º no deja margen para admitir como razonables conexiones no previstas por el Protocolo.

³⁸⁸ UZAL, María Elsa. “*El Mercosur en el ...*”, ob. Cit., p. 182.

³⁸⁹ TONIOLLO, Javier A.. “*Reflexiones acerca de la función jurisdiccional en el MERCOSUR*”, en CALDANI, Miguel Angel Ciuro (coord.). “*DEL MERCOSUR ...*”, ob. Cit., p. 245.

³⁹⁰ PALLARÉS, Beatriz; ARAGÓN, Enrique. “*Problemas Procesales ...*”, ob. Cit., pp. 276/277.

³⁹¹ ARROYO, Diego P. Fernández, apud IUD, Carolina Daniela. “*Contrato Internacional ...*”, ob. Cit., Nota nº 17, p. 3.

³⁹² PALLARÉS, Beatriz. ARAGÓN, Enrique. “*Problemas Procesales ...*”, ob. Cit., p. 276.

³⁹³ IUD, Carolina Daniela. “*Contrato Internacional ...*”, ob. Cit., Nota nº 17, p. 3.

Si bien este Protocolo se aplica a contratos internacionales, sean civiles como comerciales, de personas físicas o jurídicas, siendo por lo menos una de ellas domiciliada o con sede social en uno de los Estados Partes, por el artículo 2º se excluyen ciertas materias de su ámbito de aplicación, toda vez que serían, posteriormente, reglamentadas en otras normas o porque algunas de esas materias presentaban carácter muy genérico con relación al carácter específico del Protocolo.³⁹⁴ Las materias que fueron expresamente excluidas del ámbito de aplicación del Protocolo son las relaciones jurídicas entre los fallidos y sus acreedores, en general, y los negocios jurídicos de carácter concursal; los contratos de seguridad social; los contratos administrativos; los acuerdos de naturaleza sucesoria o fundados en el derecho de familia; los contratos de seguro; los contratos de transporte; las ventas al consumidor; los derechos reales; y los contratos laborales.

2.2. Jurisdicción Internacional

En su artículo 3º, el Protocolo establece el momento procesal en que se da la configuración de la jurisdicción internacional, siendo éste, cuando el órgano jurisdiccional de uno de los Estados Partes asume la dirección del proceso, pronunciándose como competente para conocer, procesar y decidir sobre la controversia derivada de un contrato internacional, tanto civil como comercial, entre partes domiciliadas en los países miembros del MERCOSUR o que, por lo menos, una de ellas esté domiciliada en uno de ellos y se haga presente los requisitos del artículo 1º, 'b' del Protocolo. Ello significa que el órgano jurisdiccional de uno de los Estados, deberá decidir cuándo es competente o no para tratar de la demanda presentada ante él y, después de superada esa primera etapa, determinar la formación de la relación jurídica, o sea, comunicar a la parte contraria que presente defensa, iniciando así el *due process of law*.

2.3. Elección de la Jurisdicción Competente y Arbitraje

De la normativa contenida en la alínea 'b', del artículo 1º, bien como en los artículos 4º y 5º surge expresamente el énfasis puesto a la voluntad de las partes. En el artículo 4º se establece que serán competentes los Tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse, introduciéndose la figura del acuerdo atributivo de jurisdicción o de las denominadas cláusulas de jurisdicción en virtud de la cual "*una declaración de voluntad extraprocesal por la que las partes de una determinada relación jurídica fijan de mutuo acuerdo cuál ha de ser el juez competente para conocer de los litigios que puedan originarse como consecuencia de la interpretación o cumplimiento de las obligaciones que han asumido*".³⁹⁵

De esta manera, las partes tienen la posibilidad de elegir el Tribunal que estimen más adecuado -por su neutralidad o bien por su especialización- permitiéndoles, a

³⁹⁴ FAZIO, Silvia. "Os Contratos Internacionais ...", ob. Cit., p. 54.

³⁹⁵ FERNÁNDEZ, M. A.. "La competencia territorial", en OLIVA, A. de la; FERNÁNDEZ, M. A.. "Derecho Procesal Civil", 3ª ed., I, Madrid, 1992, p. 377.

las empresas que operan en el comercio internacional, que concentren sus litigios en unas pocas jurisdicciones, litigando en un medio en el que están familiarizadas y ahorrando, de esta manera, costos, además de tener la posibilidad de individualizar una de entre varias jurisdicciones concurrentes, propiciando, así, la seguridad jurídica y celeridad que el tráfico mercantil internacional requiere.³⁹⁶

El principio del artículo 4º, a mi entender, prevalece sobre los demás criterios atributivos de competencia judicial internacional contemplados por el Protocolo y, también, sobre las legislaciones internas de los Estados Parte del MERCOSUR, toda vez que el artículo 7º que trata de la jurisdicción subsidiaria comienza con la expresión '*en ausencia de acuerdo*', lo cual significa que, ante la ausencia del acuerdo atributivo de competencia judicial internacional o de una cláusula de elección de foro, son válidos los demás criterios allí expuestos para determinar la jurisdicción internacional.

Ahora bien, para que dicho pacto de elección tenga validez, se hace necesario el cumplimiento de ciertas condiciones de forma, tales como: ser celebrado por escrito y no ser abusivo, ser celebrado de común acuerdo entre las partes, de forma libre y sin imposición de una de ellas sobre la otra. De este modo, prevalece el foro elegido y debe ser considerado sin validez aquél obtenido mediante fraude, considerada éste el subterfugio que indique que el foro elegido favorezca a uno de los contratantes o al contratante más fuerte económicamente, en detrimento del más débil.³⁹⁷

Estas condiciones de forma tienen por finalidad asegurar la existencia del consentimiento y la conciencia por las partes que, efectivamente, concluyen el acuerdo de elección de foro, atribuyendo la competencia a un determinado Tribunal, evitando que pase desapercibida para la parte contra la que se invoca.³⁹⁸ La cláusula de elección del foro puede designar tanto a los tribunales de un Estado en su totalidad –por ejemplo, los tribunales argentinos-, sin hacer precisión de cuál de ellos sería el competente, o, aún, podría designar el tribunal concreto ante el que deberá presentarse una eventual demanda –por ejemplo, el tribunal de Buenos Aires-.³⁹⁹

El instituto del arbitraje está, igualmente, previsto en la presente norma, pues admite, también, que las partes podrán elegir tribunales arbitrales para decidir sus controversias. Siendo así, esta autonomía de la voluntad de las partes permite, además de la elección de la jurisdicción competente, la realización de un acuerdo arbitral –cláusula compromisoria-, la cual determina que las eventuales controversias originadas del contrato firmado entre ellas sean decididas por árbitros, lejos de la jurisdicción estatal. Como ya se manifestara, además de estar prevista la vía arbitral para la solución de conflictos existe, además, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, elaborado con la finalidad primera de uniformizar la organización y el funcionamiento de dicho

³⁹⁶ Em general, KAUFMANN-KOHLER, G.. "*La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*", Basilea/Frankfurt-am-Main, 1980.

³⁹⁷ CORRÉA, Antonio. "*Mercosul. Soluções de ...*", ob. Cit., p. 128.

³⁹⁸ ANCEL, B.. "*La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles*", Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1991, pp. 273-281.

³⁹⁹ En el primer caso, la atribución de la competencia *ratione loci* entre los tribunales de ese Estado deberá ser determinada según el ordenamiento jurídico-procesal vigente en determinado Estado.

procedimiento y, también, pero no menos importante, el Protocolo de Las Leñas, el cual, en su apartado V, reglamenta el procedimiento de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales entre los Estados Partes del MERCOSUR.

La cláusula de elección del foro tiene dos principales efectos: el primero, la atribución de competencia judicial internacional a un tribunal que, de otro modo, generalmente no lo tendría (*prorogatio fori*) y, el segundo, la exclusión de un tribunal que, de no haber mediado el acuerdo de las partes, hubiera sido competente para conocer el asunto (*derogatio fori*).⁴⁰⁰

2.4. Momentos de la Elección

En cuanto al tiempo de elección de jurisdicción (artículo 5º), ella puede tener lugar en el momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio, de manera que, tal libertad de las partes en materia de jurisdicción internacional puede realizarse *ante litem natan* –antes de surgida la controversia- como también *post litem natam* –durante o después de surgida la controversia-.⁴⁰¹

La segunda parte del artículo 5º resuelve el problema que guarda relación con el derecho aplicable a la validez y a los efectos del acuerdo de elección de jurisdicción. Ante la falta de acuerdo, será la ley del Estado que tendría jurisdicción, conforme a las reglas del propio Protocolo, que determinará sobre la validez y a los efectos del acuerdo de elección de jurisdicción. Esto significa que esta elección será regida por las reglas de los Tribunales que hubiesen sido competentes en ausencia del acuerdo. Para MARIA ELSA UZAL⁴⁰², este criterio “*no aparece como el más adecuado para ser adoptado como pauta general*” y estima que “*la fórmula más acertada hubiese sido, derechamente, regir la validez de estos pactos de conformidad con el derecho del foro prorrogado, el más previsible para las partes y, razonablemente, el más efectivo como principio general, dado que los intereses, con facilidad, podrían preconstituir en él garantías para el cumplimiento del contrato que tienen entre manos, sin perjuicio de que se deba prever, según las particularidades de su contrato, los efectos que las fórmulas legales de otros Estados –con conexiones económicas preponderantes con el contrato– que puedan llegar a adquirir en la ejecución efectiva de lo convenido*”.

⁴⁰⁰ “El efecto prorrogador y el efecto derogador de la jurisdicción son dos manifestaciones – el anverso y el reverso – de un mismo fenómeno: la relevancia de la autonomía de la voluntad como criterio atributivo de competencia judicial. Siempre van unidos, salvo en el caso muy raro y, desde luego, nada frecuente, de que un tribunal sea competente porque lo hayan elegido las partes y resulte imposible obtener justicia ante los tribunales de ningún otro Estado”. CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. Art. 17, en CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo (ed.). “Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil”, Madrid, 1995, p. 365.

⁴⁰¹ ANTONIO CORRÊA en su obra alerta para el peligro que puede traer este dispositivo, pues las partes podrán utilizarse del sistema de ‘forum shopping’, ampliamente condenado por los norteamericanos, una vez que puede ser utilizado para fraude a la ley, concluyendo que la elección de la jurisdicción deba ser realizada antes de instaurada la instancia judicial, pues de lo contrario, podría estar llevando al órgano jurisdiccional la decisión de un conflicto en que el convencimiento del juzgador, ante los hechos y de la ley aplicable, sea contrario al que afirman las partes. In “Mercosul. Soluções de ...”, ob. Cit., p. 131.

⁴⁰² UZAL, María Elsa. “El Mercosur en el ...”, ob. Cit., p. 184.

Además, este artículo determina que será aplicado el derecho más favorable a la validez del acuerdo -principio éste de Derecho Internacional Privado que, día a día, gana más adeptos-. SARA FELDSTEIN explica que *“dado que las normas de jurisdicción subsidiaria ofrecidas por el texto son tres y, ello podría provocar incertidumbres, con un criterio acertado se estableció que si con arreglo a una de esas leyes, el acuerdo es válido, se decidirá por la validez del acuerdo”*.⁴⁰³

2.5. Prórroga de Jurisdicción

En el artículo 6º se prevé la prórroga de jurisdicción: *“elegida o no la jurisdicción, ésta se entenderá prorrogada a favor del Estado Parte donde se promoviere la acción cuando el demandado después de interpuesta ésta la admita voluntariamente, en forma positiva o ficta”*. Ello es de aplicación cuando haya una jurisdicción competente determinada -sea a través de una cláusula atributiva de competencia o bien por la aplicación de las normas del propio Protocolo- y el demandante interpone la acción ante otra jurisdicción. En tal caso, la parte contraria tendrá que admitir expresamente tal prórroga de jurisdicción para que la decisión tenga validez y pueda producir sus efectos. Por lo tanto, si el demandado contesta la acción sin oponer la excepción de incompetencia o pedir declinatoria, se ha de entender que la conformidad ha sido prestada de manera positiva.⁴⁰⁴ No se debe admitir, entonces, la presunción que ante el silencio de la parte demandada ésta aceptó tal prórroga.

De todos modos, cuando exista una cláusula de elección de foro, conforme a las condiciones de forma del artículo 4º del Protocolo, y una de las partes interpone la demanda ante un Tribunal inicialmente incompetente y la parte demandada comparece ante el órgano judicial y contesta al fondo del asunto, cabe preguntarse: ¿tendrá este tribunal prorrogado que declararse incompetente ante tal cláusula de elección de foro o no, debe él ser competente conforme la norma del artículo 6º del Protocolo de Buenos Aires? Se entiende que no existe una razón para que este Tribunal prorrogado decline su competencia a favor del otro elegido por las partes, principalmente porque uno de los objetivos del Protocolo de Buenos Aires pone énfasis en la autonomía de la voluntad de las partes. En consecuencia, éstas tienen la libertad de modificar tácitamente los acuerdos de elección de foro realizados con anterioridad entre ellas.

2.6. Jurisdicción Subsidiaria

Los artículos 7º al 12º prevén la jurisdicción subsidiaria, es decir que el propio Protocolo suministra los criterios para determinar la jurisdicción en defecto de cláusula atributiva de competencia o bien de prórroga. Las partes tienen la posibilidad de pactar en la jurisdicción competente, sea en la celebración del contrato, durante la vigencia del mismo o luego de surgida la controversia. Cuando, por alguna razón, no la han determinado, el mismo Protocolo provee al actor de la demanda de tres alternativas para su elección: primero el juez del lugar de cumplimiento del contrato; segundo, el juez del domicilio del demandado;

⁴⁰³ CÁRDENAS, Sara L. Feldstein de. *“Jurisdicción Internacional en ...”*, ob. Cit., p. 36.

⁴⁰⁴ UZAL, María Elsa. *“El Mercosur en el ...”*, ob. Cit., p. 184.

tercero, el juez de su propio domicilio o sede social, cuando demostrara que cumplió con su prestación. En este caso se determina directamente el órgano territorialmente competente, sin necesidad de recurrir a las reglas procesales internas del Estado Parte en que está situado dicho juez.

En cuanto al lugar de cumplimiento del contrato (artículo 8º), se lo establece como aquel en el que haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirva de base para la demanda. Asimismo, este artículo agrega una serie de precisiones a los fines de determinar la jurisdicción competente: lugar de situación de las cosas en el momento de la celebración del contrato para cosas ciertas e individualizadas; domicilio del deudor en el momento de la celebración del contrato para cosas determinadas por su género; y, por ende, lugar donde hayan de producirse los efectos del contrato para los contratos sobre prestación de servicios.

Algunos autores entienden que las precisiones establecidas en el artículo 8º deben funcionar como *“pautas interpretativas que, a nuestro juicio, solamente podrían ser aplicadas en el supuesto de que las partes no hubiesen fijado el lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda. Por cuanto el Derecho latinoamericano en general acepta la autonomía de la voluntad de las partes para convenir el lugar de cumplimiento de una obligación contractual por una cláusula válida según el Derecho nacional aplicable (...) En consecuencia corresponde al Derecho aplicable al contrato decidir sobre la validez de la cláusula que fija el lugar de ejecución de la obligación contractual”*⁴⁰⁵. Sin embargo, las calificaciones empleadas por el Protocolo, más precisamente en los numerales del artículo 8º, impiden *“designar localizaciones evidentes que resguarden los intereses de las partes del contrato”*⁴⁰⁶.

Para otros, tal normativa trae cierta incertidumbre acerca de la determinación de la jurisdicción competente con fundamento en estos artículos 7º y 8º, toda vez que puede *“terminar neutralizando la norma de competencia especial y privando de todo efecto localizador a los fines jurisdiccionales al real lugar de cumplimiento de la obligación reclamada”*⁴⁰⁷, aunque se haga interpretación a través de la jurisprudencia y de la doctrina como lo había sugerido AMALIA URIONDO: *“así, la formula empleada al admitirse la competencia de los jueces del lugar de cumplimiento de la obligación reclamada en la demanda, aparece como engañosa porque, en definitiva, por vía de las categorizaciones que se efectúan luego y comparando con el derecho aplicable en materia contractual de acuerdo a las normas de fuente internacional que vinculan a los Estados Parte, se termina por atribuir competencia a los jueces del Estado cuyo derecho rige el contrato de que se trate, ello claro está, sin perjuicio de las restantes conexiones jurisdiccionales”*.⁴⁰⁸ Además, afirma que *“si de alguna manera se pretendía evitar dejar librado a los jueces nacionales y aún a las partes la determinación del lugar de cumplimiento y sin que esto importe compartir la idea de que eso fuese lo más apropiado, tal vez hubiese sido mejor efectuar una categorización de las obligaciones – obligación de entrega de una cosa cierta, tal lugar será*

⁴⁰⁵ MARTINO, Amalia Uriondo de. *“Competencia Judicial Internacional en el MERCOSUR”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 14, Ed. Rubinzal – Culzoni, mayo de 1997, pp. 427/428.

⁴⁰⁶ Idem, Ibidem, p. 431.

⁴⁰⁷ IUD, Carolina Daniela. *“Contrato Internacional ...”*, ob. Cit., p. 5.

⁴⁰⁸ Idem, ibidem.

*considerado lugar de cumplimiento, si fuera la obligación de pago, tal lugar, etc. - y no de los contratos”.*⁴⁰⁹

Opinión esta compartida por el Grupo de Trabajo creado para llevar a cabo una ‘Revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano’⁴¹⁰, que en su proyecto de alteración dejan claro que, en contratos de compraventa internacional de mercaderías, la jurisdicción es concedida a favor del lugar donde las mercaderías hubieren sido o debieren ser entregadas, excepto en casos de entregas en varios lugares.⁴¹¹

Teniendo en cuenta que en la contratación mercantil internacional las partes suelen utilizar los INCOTERMS -cláusulas que expresan los pactos interpartes y precisan sus obligaciones-⁴¹², determinando detalladamente el lugar de ejecución de las obligaciones contractuales, los Estados Partes del MERCOSUR reconocen la aplicación de dichos usos y costumbres internacionales, por lo que no será problema su aplicación en la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación que sirva de base a la demanda.

En la Convención de Bruselas, ante la ausencia de determinación por las partes del lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda, el TJCE decidió que éste lugar sería determinado por la ley que regula el contrato. Esta ley aplicable era determinada por las normas de conflicto del órgano jurisdiccional interviniente⁴¹³, es decir por las normas de DIPr, toda vez que se trata de contratos internacionales. Como esta solución traía una cierta inseguridad jurídica, pues las normas de DIPr, elaboradas por cada Estado Miembro de la UE, consagraban soluciones diferentes para el tema de la contratación internacional, en la actualidad se determina según las normas del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, además de otros instrumentos internacionales que tratan de materias relativas a las obligaciones contractuales, dando fin a las incertidumbres que existían hasta entonces.⁴¹⁴

⁴⁰⁹ Idem, ibidem.

⁴¹⁰ Los detalles sobre todo los trabajos del Grupo de Revisión del Convenio de Bruselas y Lugano, ver BORRAS, Alegría. *“La Revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano: una reflexión preliminar española”*, en BORRAS, Alegría (ed.). *“La Revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre Competencia Judicial y Ejecución de Resoluciones Judiciales: una reflexión preliminar española – Seminario realizado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997”*, Barcelona, 1998, pp. 11 y ss., esp. 16-19.

⁴¹¹ SALERNO, Francesco. *“The Brussels Jurisdiction and Enforcement Convention – the Judicial Outlook”*, en *European Private International Law*, Bernd von Hoffmann (editor), 1998, pp. 127/128; y LUGO, Mariano Aguilar Benítez de ; BENOT, Andrés Rodríguez. *“La Revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre Competencia Judicial y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil: una Primera Lectura”*, R.E.D.I., vol. L, 1998, nº 2, p. 43.

⁴¹² EISEMANN, F.. *“Los usos de la venta comercial internacional. Incoterms”*, traducción española, 2ª ed., Madrid, 1995, *passim*.

⁴¹³ Asunto 12/76 (Tessili c. Dunlop), sentencia de 6 de octubre de 1976, Recueil 1976, p. 1473.

⁴¹⁴ *“Anteriormente al 1 de abril de 1991, la determinación de la ley del contrato era una cuestión a resolver conforme al sistema de DIPr del Tribunal que conocía del asunto. Dado que las normas de conflicto de los distintos Estados comunitarios relativas a los contratos internacionales consagraban soluciones distintas, existía el riesgo de que la ley aplicable al contrato fuese distinta según el tribunal que conociese del asunto. Esta situación ha cambiado con la entrada en vigor el 1 de abril de 1991 para los Estados entonces firmantes, del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Este convenio, prolongación natural del Convenio de Bruselas, contiene normas de conflicto uniformes para determinar la ley aplicable al contrato. Se impide así la incertidumbre a la que se hacía referencia antes, de modo que cualquiera que sea el juez que examine la ley aplicable al contrato para determinar su competencia judicial internacional, aplicará las mismas normas de conflicto, las establecidas en el Convenio de Roma, conjurando la relatividad de soluciones a la hora de precisar la lex contractus”*. GONZÁLEZ, Javier

En el MERCOSUR, los responsables de elaborar el Protocolo de Buenos Aires entendieron oportuno incluir las referidas *pautas interpretativas* del artículo 8º, no dejando librado a las legislaciones internas de cada país la determinación del lugar de ejecución del contrato, como en el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas⁴¹⁵, consagrado por la jurisprudencia del TJCE.⁴¹⁶ Todo a fin de que no se creara la inseguridad jurídica que se dió en la UE, ya que no se tiene, en el ámbito del MERCOSUR, un instrumento común que trate de la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

De todos modos, si se diera el caso de buscar la ley a ser aplicada al contrato para después determinar la competencia judicial internacional, ésta podría ser determinada utilizándose reglas uniformes presentadas por Convenciones que integran el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte, como lo hicieron en la UE⁴¹⁷, siempre que tenga vinculación con la materia propuesta. Este es el caso, por ejemplo, de Argentina y Uruguay: un juez argentino podrá utilizar la Convención de Viena de 1980 para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación, bien como el uruguayo⁴¹⁸, trayendo, de esa manera, una mejor seguridad en las relaciones intra bloque, hasta que sea posible contar con un instrumento que vincule a los cuatro Estados en materia de ley aplicable.⁴¹⁹

No existe unanimidad acerca del criterio adoptado en la UE respecto al lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, así *“los años de aplicación del Convenio han demostrado que se trata del criterio más reclamado, más controvertido y que más dificultades de interpretación, plantea consecuencias*

Carrascosa. “Art. 5º”, en CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo (ed.). “Comentario al Convenio de Bruselas ...”, ob. Cit., p. 94.

⁴¹⁵ La redacción actual de dicho artículo responde a la modificación operada por el art. 4 del Convenio de San Sebastián de 26 de mayo de 1986, Convenio este de adhesión de España y Portugal al Convenio de Bruselas, y, también, tomando en consideración algunas precisiones derivadas de la jurisprudencia del TJCE. “Art. 5 – Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 1 – en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda (...)”.

⁴¹⁶ Asunto 14/76 (De Bloos c. Bouyer), sentencia de 6 de octubre de 1976, en SORIANO, Miguel Virgos; PINEAU, Elena Rodríguez. “Competencia Judicial Internacional y Reconocimiento de Resoluciones Judiciales Extranjeras: Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia”, Madrid, 1999, especialmente pp. 7-10.

⁴¹⁷ “At time, the Court has also authorized a direct reference to the rules of uniform material law: this has occurred, for example, for the international sale of movable assets. Here, the uniform law contained in the special Hague Convention of 1st July 1964 applies directly. Art. 59 of this Convention indicates which is the place of implementation of the obligation, i.e., the one in which the payment must take place on the part of the purchaser, which is then presumably the domicile of the seller. Community case-law (especially in the Custom Made judgment) made the ‘contracts court’ dependent upon this provision, in compliance with art. 5 (1), of the Brussels Convention”. SALERNO, Francesco. “The Brussels Jurisdiction ...”, ob. Cit., p. 127.

⁴¹⁸ Los artículos 31 y 34 señalan el lugar de entrega de las mercaderías y de los documentos y los artículos 54 a 59, especialmente el art. 57, concretan el lugar de pago del precio de la compraventa.

⁴¹⁹ “(...) numerosas sentencias de tribunales nacionales venían determinando ya el lugar de ejecución de las obligaciones contractuales con base en Convenios sobre Derecho Uniforme; de todos ellos el arquetipo lo representa el Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980, de mayor alcance material y geográfico que la LUCI de 1964. Incluso cabría admitir en teoría la posibilidad de que la norma de conflicto – de fuente nacional o internacional – del Juez del foro admitiera la aplicación de usos y prácticas del comercio internacional para determinar el lugar de ejecución de las obligaciones derivadas de un contrato internacional”. BENOT, Andrés Rodríguez. “Acuerdos para la Determinación del Lugar de Ejecución de las Obligaciones Contractuales y Acuerdos Atributivos de Competencia en los Convenios de Bruselas y de Lugano, en BORRAS, Alegría (ed.). “La Revisión de los Convenios de Bruselas ...”, ob. Cit., pp. 173-174.

todas ellas posiblemente no previstas por los negociadores de Bruselas".⁴²⁰ Al respecto MIGUEL VIRGOS SORIANO y FRANCISCO GARCIA MARTÍN ALFÉREZ⁴²¹ sostienen que "(...) los problemas que plantea el art. 5.1.I no requieren ninguna modificación legislativa; son problemas típicamente interpretativos y, por tanto, deben resolverse acudiendo a los recursos hermenéuticos al uso (...) El art. 5.1 no es más que el reflejo procesal de una regla de Derecho material (...) El art. 5.1.I satisface una necesidad irrecusable del tráfico: el tráfico comercial requiere un foro predecible en el momento de contratar para las situaciones en las que las partes no han acordado nada al respecto. Esta exigencia no le puede satisfacer el foro general, ya que atiende a circunstancias (= domicilio del demandado) posteriores a celebración del contrato (en el art. 2 Convención de Bruselas, el domicilio en el momento de la presentación de la demanda). Si se suprime el foro especial, se desatienden las exigencias del mundo real (...) Por un lado la redacción actual del art. 5.1.I favorece el principio de igualdad de armas procesales. No así las propuestas de redacción alternativa. En sede de Competencia Judicial Internacional (donde rige el principio de proximidad razonable, no de mayor proximidad) no hay razones para favorecer al acreedor de la prestación característica (o de la entrega de la cosa o ejecución del servicio): económicamente, ambas prestaciones principales son igual de relevantes (por eso hay intercambio) (...) Si el acreedor tiene que acudir al Estado del deudor a reclamar la obligación, se incrementa el coste de implementación del derecho subjetivo (...) A nuestro entender, el foro previsto en el art. 5.1 del CB no debe modificarse. Es un foro en sí mismo razonable, y los posibles problemas que pueda plantear su aplicación pueden ser resueltos utilizando los cánones hermenéuticos habituales".

Estos comentarios podrían ser utilizados tanto por aquellos que defienden la idea de caracterizar las obligaciones para, así, localizar mejor el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, como por aquellos defensores de la norma tal como se encuentra en el artículo 8º, numeral 2 y líneas, del Protocolo de Buenos Aires.

El artículo 9º tiene el objeto de definir que debemos entender por domicilio del demandado utilizado en el numeral 'b' del art. 7º del Protocolo. Para las personas físicas se entenderá por domicilio su residencia habitual, en su defecto, el centro principal de sus negocios y, en su ausencia, el lugar de la simple residencia.⁴²² En cuanto a las personas jurídicas, se considera domicilio la sede principal de la administración y, en el caso de existir sucursal, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación, se considerará domiciliada en el lugar donde funcionan y estará sujeta a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo que concierne a las operaciones allí practicadas, sin perjuicio de que el actor pueda proponer la demanda ante los Tribunales de la sede principal de la

⁴²⁰ BUHIGUES, José L. Iglesias; REAL, Manuel Desantes. "Competencia judicial y ejecución de Sentencias en Europa", en IGLESIAS, Rodríguez y otro (coord.). "El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial", Madrid, 1993, p. 1088.

⁴²¹ "El Convenio de Bruselas y las Propuestas para su Reforma: Una Crítica Radical. Arts. 5.1.I, 21, 24 y 27.2, en BORRAS, Alegría (ed.). "La Revisión de los Convenios ...", ob. Cit., pp. 97-102.

⁴²² "Se trata de la consagración de la regla actor sequitur forum rei, de larga aceptación en el Derecho comparado, como criterio de competencia directa, así como en numerosos Convenios bilaterales en materia de reconocimientos y ejecución de sentencias, en los que el domicilio suele aparecer junto con la residencia habitual como criterio de competencia indirecta". CAMBÓ, Ignasi Guardans i. "Art. 2º", en CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo (ed.). "Comentario al Convenio de Bruselas ...", ob. Cit., pp. 64/65.

administración. Tales precisiones fueron elaboradas con la finalidad de conciliar las diversas legislaciones que tratan de la temática.⁴²³

En cuanto al 'domicilio o sede social del actor cuando demostrare que cumplió con su prestación', es éste un criterio novedoso y que no posee regla semejante en el Convenio de Bruselas de 1968.

Los redactores del Protocolo decidieron, bajo mi punto de vista, cuando de la inclusión de ésta norma, evitar las discusiones que han sido trabadas en Argentina cuanto a la interpretación del artículo 1.215, del Código Civil, pues la expresión 'lugar de cumplimiento' ha motivado algunas controversias a su respeto.

La corriente liderada por el autor WERNER GOLDSCHMIDT⁴²⁴ entendía que la jurisdicción del lugar donde el actor debía cumplir y cumplió con la obligación que estaba a su cargo no podría ser tomada en consideración en el momento de la determinación del 'lugar de cumplimiento' existente en el art. 1.215 del CC. El ilustre ANTONIO BOGGIANO, por otro lado, conforme a las ideas de GOLDSCHMIDT, entiende que la expresión '*lugar de cumplimiento*' tiene el sentido "*de hacer evidente, a las partes y a los jueces, los lugares en que se pueden entablar las pretensiones, y esto, antes de entablarlas*" y que no hay "*razón para negarle al actor la posibilidad de entablar la demanda en el país en el que él debió cumplir y cumplió*", concluyendo, entonces, de que "*es suficiente determinar cualquier lugar de ejecución del contrato para que se consideren a los jueces de tal sitio revestidos de jurisdicción internacional*".⁴²⁵

La jurisprudencia argentina destaca que la jurisdicción del país donde el actor debía y cumplió con la obligación que estaba a su cargo es concurrente con la jurisdicción del otro lugar de cumplimiento del contrato y con la del domicilio del deudor, previstas en los artículos 1.215 y 1.216 del Código Civil argentino. Tal jurisdicción no puede, por lo tanto, ser considerada excluyente de las demás jurisdicciones que se presentan en el análisis de un caso concreto.⁴²⁶

En realidad, este criterio será determinado por el juez que entenderá de la demanda, por la valoración que efectúe de las razones de cumplimiento.

2.7. Litigios Societarios

El artículo 10º trata de las controversias surgidas entre socios y siempre que las cuestiones suscitadas guarden relación con la sociedad. Esta problemática deriva del auge que han adquirido las empresas transnacionales con filiales en diversos

⁴²³ La legislación brasileña posee estrecha vinculación con tales reglas inseridas en el Protocolo, principalmente sobre el domicilio de las personas físicas – arts. 31, 32 y 33 del Código Civil -, pero también de las personas jurídicas – art. 35, inciso IV, § 3º y 4º del Código Civil -, bien como la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, aprobada en el seno de la CIDIP II (Montevideo 1979).

⁴²⁴ GOLDSCHMIDT, Werner. "*Derecho Internacional Privado*", 1990, p. 396.

⁴²⁵ BOGGIANO, Antonio. "*Derecho Internacional Privado*", 1991, pps. 253/254.

⁴²⁶ Antonio Espósito e hijos c. Jocqueviel de Vieu, 10.10.1985, La Ley, 1986 – D – 50/51 y Trigo Corporation c. Cristalerías de Cuyo S.A. s/ ejecutivo, 17.07.1998, ambos en IUD, Carolina Daniela. "*Contrato Internacional ...*", ob. Cit., p. 3/4.

países. Sucede que, aunque se cree una nueva empresa en otro país, generalmente, quien detenta los derechos sobre ésta es la denominada 'holding', entendiéndose por tal la empresa que, teniendo como actividad única mantener acciones de otras empresas, las controla sin distinción de local, pudiendo transferir su sede social con gran facilidad. Este control es realizado por medio del mantenimiento de acciones o cuotas de otras empresas como mayoritaria y controladora, aunque también puede ser como minoritaria participativa.⁴²⁷

Cuando existen socios con menores cantidades de acciones o cuotas tienen el denominado derecho de receso, es decir que los minoritarios, cuando sus derechos no fueron respetados por los mayoritarios o cuando disienten con la política adoptada por la empresa, desean vender sus acciones o cuotas y no participar más de la misma. Cuando surja alguna cuestión que se vincule con este derecho de salida de los socios minoritarios de una empresa, la jurisdicción competente será la de la sede principal de la administración, o sea, el juez de la sede del 'holding'.

Pueden surgir también controversias entre socios o entre socios y la sociedad, como suele ocurrir en caso de disolución, liquidación o extinción de una sociedad. En estos casos se aplica la norma contenida en el artículo 10º del Protocolo. De manera tal que el juez de la sede principal de la administración de la sociedad es el único competente para conocer de un litigio entre los socios y entre los socios y la sociedad, siempre que las cuestiones sean del ámbito societario. Sin embargo, se debe tener presente que, muchas veces, con relación a estos litigios pueden presentarse problemas en los procedimientos concursales y quiebra, excluidos del Protocolo de Buenos Aires (artículo 2º, 1). La quiebra constituye una cuestión a ser resuelta previamente a la disolución, debiendo la competencia judicial internacional relativa a la cuestión incidental de quiebra ser decidida conforme a las normas de competencia judicial internacional del DIPr autónomo.⁴²⁸ Por lo tanto, esta norma debe tener un carácter exclusivo con relación a los demás criterios previstos en el Protocolo de Buenos Aires (artículos 4º, 6º y 7º).

2.8. Personas Jurídicas sin Sede donde Contratan

El artículo 11º trata sobre personas jurídicas con sede en un Estado Parte y que contratan en una localidad de otro país miembro donde no tengan sede. Esta norma comprende solamente a las personas jurídicas, quedando fuera las personas físicas, es decir que el artículo no puede ser interpretado en el sentido que establece una regla general de competencia de la jurisdicción del lugar de celebración del contrato, como la desarrollada en el pasado por la jurisprudencia brasileña, en el ámbito del derecho procesal internacional.⁴²⁹ Sin embargo, es facultativa, pues el dispositivo menciona '*pueden ser demandadas*', siendo una excepción a la regla general de elección del foro y a la regla del domicilio del demandado.

⁴²⁷ LODI, João Bosco; LODI, Edna Pires. *HOLDING*, 2ª ed. Revista, ampliada e atualizada, São Paulo, 1991, pp. 3/4.

⁴²⁸ GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. "Art. 16", en CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo (ed.). "Comentario al Convenio de Bruselas ...", ob. Cit., p. 335.

⁴²⁹ FAZIO, Silvia. "Os Contratos Internacionais ...", ob. Cit., p. 58.

2.9. Pluralidad de Demandados

El artículo 12º del Protocolo de Buenos Aires regula la determinación de la jurisdicción competente basándose en determinados supuestos de vinculación procesal: pluralidad de demandados, acciones de garantía de carácter personal e intervención de un tercero en el proceso.⁴³⁰

El primer supuesto está en conformidad con casi todas las legislaciones de los países de América del Sur, de modo que cuando haya más de un demandado el actor tendrá posibilidad de elegir el domicilio de cualquiera de ellos para el ingreso de la demanda. En este artículo se vislumbra una cierta similitud con el artículo 6º del Convenio de Bruselas.⁴³¹ Esta norma ha sufrido críticas en su ámbito, principalmente *“por la vaguedad con que se recoge el supuesto o la hipótesis de hecho de la norma (si hubiere varios demandados); por el criterio de competencia o la conexión retenida (domicilio de uno de los demandados a elección del demandante); y por las prerrogativas que ofrece al actor”*.⁴³² De modo que, limitando su actuación, podría ser posible garantizar la centralización del litigio en los supuestos de pluralidad necesaria de demandados para evitar la indefensión.⁴³³

Al respecto AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO⁴³⁴ menciona que este criterio de competencia consagrado por el artículo 6.1. del Convenio de Bruselas es útil para organizar un reparto óptimo de los asuntos de los tribunales de la organización judicial interna de un Estado, pero estas ventajas merman ante un litigio internacional. Esta norma, tras las severas críticas que viene recibiendo, hizo que el Grupo Europeo, que está encargado de la revisión de dichos Convenios, adicionase una frase a su regla en virtud de la cual el demandante tendrá la posibilidad de *“forzar el litisconsorcio pasivo siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar el riesgo de la emisión de resoluciones inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente”*.⁴³⁵ Estas consideraciones y críticas sobre el artículo 6.1 del Convenio de Bruselas, por su similitud con lo establecido en el artículo 12º del Protocolo de Buenos

⁴³⁰ *“Uno de los principios que rigen el Derecho Procesal Internacional a la hora de fijar los criterios (foros) mediante los que establecer la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado es el de la existencia de una vinculación razonable entre el objeto del proceso y el territorio del Estado donde radica el tribunal. Ahora bien, en ocasiones la competencia judicial internacional de los tribunales puede basarse en la existencia de una vinculación de naturaleza procesal – lo que la doctrina denomina forum connexitatis -. En estos casos, los tribunales de un Estado poseerán competencia para conocer de un asunto porque existe algún supuesto de conexión procesal con el objeto del proceso”*. SOBRINO, Frederico F. Garau. “Art. 6º”, en CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo (ed.). “Comentario al Convenio de Bruselas ...”, ob. Cit., p. 167.

⁴³¹ *“art.6º.- Las personas a las que se refiere el artículo anterior podrán también ser demandadas: 1. si hubiere varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos”*.

⁴³² ESCAMES, Ana Quiñónez. “La Revisión del Art. 6º, Apartado Primero, del Convenio de Bruselas: Pluralidad de Demandados”, en BORRAS, Alegría (ed.). “La Revisión de los Convenios ...”, ob. Cit., p. 344.

⁴³³ REAL, M. Desantes. “La Competencia Judicial en la Comunidad Europea”, Barcelona, 1986, p. 331.

⁴³⁴ LUGO, Mariano Aguilar Benítez de. “La Pluralidad de Demandados en el Derecho Internacional Privado”, Justicia 92, 1992, II, p. 300.

⁴³⁵ LUGO, Mariano Aguilar Benítez de; BENOT, Andrés Rodríguez. “La Revisión de los Convenios de Bruselas ...”, ob. Cit., p. 45.

Aires, podrían ser consideradas al momento de requerir interpretación, tanto por la doctrina de la región como por los tribunales nacionales de los Estados Partes.

En cuanto al segundo supuesto, éste entra en juego cuando existan garantías de carácter personal, como es el caso de la fianza y de la obligación solidaria. La hipoteca, por ejemplo, es tenida como garantía real, por tanto, no está inserta en el concepto de garantías personales. La fianza es *“un contrato por el cual, un tercero, que se denomina fiador se obliga, a favor del acreedor, a cumplir con la obligación del deudor, caso éste no la cumpla personalmente”*⁴³⁶, de modo que esta garantía tiene un carácter accesorio con relación a la obligación principal y hace que el fiador asuma la obligación del deudor principal en el caso de que éste no la cumpla, salvo en los casos de fianza solidaria, en cuyo caso el fiador podrá ser compelido directamente a cumplir la obligación como si fuera el deudor principal, sin la necesidad de reclamar previamente contra este último.⁴³⁷

Este tipo de garantía personal, por su uso intensivo en el comercio internacional, ha causado controversias respecto de las legislaciones nacionales que regulan este instituto, llevando a algunos autores a señalar *“que las reglas del Código Civil y del Código de Comercio sobre el contrato de fianza no son ya aplicables al contrato de garantía internacional, que recibe una tipificación muchas veces ausente de la legislación civil y mercantil de carácter doméstico, convirtiéndose en algo distinto jurídicamente del contrato de afianzamiento, cuya regulación no camina por los cauces de las normas de éste, sino por las propias y específicas del tráfico mercantil internacional, entrando en juego la ‘lex mercatoria internacional’”*.⁴³⁸ Así, el comercio internacional da lugar al surgimiento de nuevas figuras de garantías internacionales con carácter personal que deben ser observadas tanto por los operadores del comercio regional como por aquellos que van a aplicar la normativa regional, toda vez que el Protocolo menciona *‘obligaciones de garantía de carácter personal’*, como son las garantías condicionales y garantías automáticas, las *‘bid-bonds’*, *‘performance-bonds’*, *‘prepayment guarantees’* y otras.⁴³⁹ Estas garantías tienen características distintas respecto de la fianza, ya que estas obligaciones son independientes de aquellas asumidas entre las partes principales de un contrato definitivo de compraventa.

De todas maneras, se debe prestar particular atención cuando existan garantías en conjunto sobre los contratos de compraventa internacional a fin de verificar si las mismas tienen carácter personal, pues, de no presentar tal característica no pueden regularse por lo establecido en el artículo 12º del Protocolo de Buenos Aires. Por otra parte, cuando un acreedor esté en juicio demandando el cumplimiento de una obligación en la que exista, además, un contrato de garantía personal y éste, luego de obtenida una sentencia favorable, desea accionar contra el deudor-garante, el Protocolo, en dicho artículo, le abre la posibilidad de proponer dichas acciones ante el juez o tribunal que esté conociendo de la

⁴³⁶ PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. *Tratado Practico de Derecho Civil Francés*, tomo XI, Habana, 1945, p. 871 y ss.

⁴³⁷ SACARRERA, Enrique Guardiola. *“La Compraventa Internacional ...”*, ob. Cit., p. 184.

⁴³⁸ CREMADES, B.. *“Afianzamiento y Garantías en el Comercio Internacional”*, apud SACARRERA, Enrique Guardiola. *“La Compraventa Internacional ...”*, ob. Cit., p. 185.

⁴³⁹ Para un estudio más profundizado, ver BASSO, Maristela. *“Contratos Internacionais do Comércio”*, ob. Cit., principalmente pp. 211/221.

demanda principal.⁴⁴⁰ Aquí, nuevamente, surge la expresión '*pueden ser propuestas*', o sea, es una facultad del actor y una excepción a la regla general de elección del foro y a la regla del domicilio del demandado.

Ahora bien, cuando el actor decida demandar al garante y no al deudor principal -en aquellas garantías independientes y autónomas-, éste tendrá que obedecer las reglas establecidas por el Protocolo respecto de la jurisdicción internacional, de modo que existiendo en el contrato de garantía una cláusula atributiva de competencia -para los casos que la garantía tenga carácter independiente del contrato principal- ésta deberá ser obedecida y en caso que no exista tal cláusula de elección del foro, atender lo establecido por los artículos 7º, 8º, 9º y 11º del Protocolo, toda vez que el artículo 12º sólo es de aplicación en el caso en que haya una demanda ya interpuesta por el actor en contra del deudor principal.

Otra cuestión importante es el examen de la naturaleza jurídica de estas garantías para verificar si resultan comprendidas por el ámbito de aplicación de este Protocolo, caso contrario sus normas no son de aplicación. Para ello, es necesario que dicho análisis sea efectuado desde la ley a ser aplicada a este contrato de garantía.

No obstante, la CCI ha elaborado un instrumento internacional que puede ser utilizado por las partes en la interpretación de dichas garantías, siempre que estos usos y prácticas internacionales sean ampliamente conocidos por aquellas. Se trata de las '*Reglas Uniformes sobre Garantías Contractuales*', en cuyo artículo 10º se establece que la ley a ser aplicada será la del lugar de residencia del garante y, si éste tuviera más de una sede o residencia, deberá aplicarse la ley del país de la sucursal que emitió la garantía, siempre que en el contrato no exista indicación de la legislación a ser aplicada. Así, la naturaleza jurídica se verificará ante la legislación nacional del garante.

Lo expuesto en este apartado sólo es de aplicación a los contratos de garantías internacionales, lo que significa que deben existir elementos de extranjería que encadenan el contrato a dos o más ordenamientos jurídicos distintos. Cuando el garante y el beneficiario sean personas de una misma nacionalidad, el contrato se resuelve por las propias leyes nacionales.

Respecto al tercer supuesto, para SERRA DOMINGUEZ la intervención de terceros en el proceso es "*la introducción en un proceso pendiente entre dos o más partes de una tercera persona que formula frente o junto a las partes originarias una determinada pretensión, encaminada bien a la inmediata defensa de un propio derecho, bien a la defensa del derecho de cualquiera de las partes personadas*".⁴⁴¹

La intervención de terceros se encuentra justificada en el principio de economía procesal y tiene como finalidad evitar decisiones contradictorias. Según LIEBMAN dicha intervención puede darse de dos formas, a través "*de un acto de tercero, que de su espontánea voluntad interviene en el proceso pendiente entre otros*

⁴⁴⁰ CORRÊA, Antonio. "*Mercosul. Soluções de ...*", ob. Cit., p. 145.

⁴⁴¹ DOMINGUEZ, Manuel Serra. "*Intervención de Tercero en el Proceso*", en "*Estudios de Derecho Procesal*", Barcelona, 1969, p. 207.

*(intervención voluntaria), o bien puede ser provocada por la llamada del tercero al proceso por obra de una de las partes, la cual provea a ello ya sea porque considere tener un interés en tal sentido, ya sea para cumplir una orden del juez (intervención coactiva)".*⁴⁴²

La razón de ser de este instituto “*está dada por la interdependencia de las posiciones jurídicas y de las relaciones jurídicas; si bien los terceros no pueden ser perjudicados por la sentencia pronunciada entre otros (res inter alios iudicata tertio neque nocet neque prodest), su posición jurídica, o las relaciones jurídicas de las que son titulares, pueden de modo diverso sufrir consecuencias indirectas de la sentencia ajena lo que determina la posibilidad de un interés suyo en la existencia de un proceso en el cual no son partes, o en el resultado del mismo*”⁴⁴³, o sea, la cosa juzgada debe limitarse sólo a las partes, ante cuales la sentencia fue pronunciada, pero los efectos de la sentencia se expanden hasta alcanzar indirectamente los terceros que estén, de una forma u otra, vinculados a las partes, influyendo sobre alguna relación jurídica de la que son parte.⁴⁴⁴

Por ello es que “*ocorrendo algum caso em que a sentença possa produzir efeitos indiretos, ditos reflexos, sobre alguma relação jurídica existente entre qualquer das partes e terceiro, este poderá intervir para tentar evitar que tais conseqüências se produzam, em detrimento de seus direitos*”.⁴⁴⁵ Según JOSÉ F. MARQUES⁴⁴⁶, esta intervención puede tener lugar tanto en el proceso de conocimiento, como en el ejecutivo y el cautelar, es decir, en un proceso donde exista una relación jurídica preexistente. Siendo así, esta nueva relación deberá acogerse a la jurisdicción existente -determinada al momento del ingreso de la demanda principal, sea por voluntad de las partes o por las normas del Protocolo- y ser propuesta ante el juez o Tribunal que esté conociendo de la demanda principal.

2.10. Reconvencción

El artículo 13º del Protocolo prevé el instituto de la reconvencción, entendiéndose por tal la acción del demandado destinada a modificar o excluir el pedido del actor.

El demandado, en este caso, no aspira un derecho, pero desea excluir el ajeno, o sea, su pretensión es la afirmación de la libertad jurídica. El demandado, en caso de tener, también, una pretensión con relación al actor que no se agota en la defensa, tiene el derecho de, en la misma demanda, ingresar con la reconvencción para que sean solucionados los dos conflictos de intereses.⁴⁴⁷ En este caso se da, nuevamente, la prórroga de jurisdicción, pues los jueces o Tribunales que están juzgando la demanda principal podrán tomar conocimiento de la reconvencción,

⁴⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1980, p. 80/81.

⁴⁴³ Idem, *ibidem*, p. 81.

⁴⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. “*Curso de Processo Civil*”, ob. Cit., p. 215.

⁴⁴⁵ Idem, *ibidem*.

⁴⁴⁶ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 1ª ed. Atualizada, vol. I, Campinas, 1997, p. 358.

⁴⁴⁷ CORRÉA, Antonio. “*Mercosul. Soluções de ...*”, ob. Cit., p. 147.

siempre que tenga lugar conjuntamente con la demanda principal, a fin de posibilitar que el juez decida sobre ambas demandas en la misma sentencia. Esto puede pasar siempre que, conforme lo determina el artículo 13º, la reconvención se funde en el acto o hecho que sirvió de base para la demanda principal. Por lo tanto, se debe cumplir tal requisito de conexión con la demanda principal.

En cuanto a las condiciones de admisibilidad de la reconvención, éstas se registrarán por el ordenamiento jurídico del juez que esté conociendo de la demanda principal. Para MARIA ELSA UZAL “... aparece a mi criterio claramente superflua, la norma que dispone que para la intervención de terceros y para la reconvención fundada en el acto o hecho en que se basó la demanda tendrán jurisdicción los jueces que intervengan en la demanda principal. En efecto, difícilmente esas alternativas se darán separadas de un proceso principal (artículos 12 y 13)”.⁴⁴⁸ Estos conceptos sólo toman en consideración a los Estados miembros del MERCOSUR, sin tener en cuenta la posible asociación de otros países con normativas internas distintas.

El propio Protocolo, en el artículo 17º, determina que la adhesión de un país al Tratado de Asunción significa la adhesión al presente Protocolo y no todos los países poseen reglas semejantes en cuanto a la intervención de terceros o a la reconvención. Comparando esta norma con las existentes en el Convenio de Bruselas de 1968 se puede encontrar una gran similitud entre ellas. En aquél proceso de integración, no todos los países tienen normas semejantes sobre estos supuestos, por ello se consideró necesario reglamentar de forma clara y precisa dichas reglas procesales, para, de este modo, no dejar margen a distintas interpretaciones por parte de los Tribunales de los Estados Miembros.⁴⁴⁹ Pareciera ser que esa fue la intención de los redactores del Protocolo de Buenos Aires, facilitando, además, la adhesión de otros miembros y la ampliación del proceso de integración de la región.

2.11. Reconocimiento y Ejecución de Decisiones Extranjeras

El artículo 14º del Protocolo de Buenos Aires trata esta cuestión que oportunamente fue objeto de análisis. Como ya se refiriera, en el MERCOSUR existía el Protocolo de Las Leñas que simplificaba los trámites necesarios para el reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos arbitrales en los Estados Partes. Sin embargo, hay ciertos requisitos que debían ser cumplidos para que la decisión tuviera eficacia plena y pudiera ser reconocida y ejecutada en el Estado donde se solicitaran tales medidas (artículo 20º de dicho Protocolo). Sin embargo, en cuanto al requisito procesal de la jurisdicción (línea ‘c’ del citado artículo) ese precepto fue desplazado por la normativa elaborada en el Protocolo de Buenos Aires, el cual prevé su propio sistema de atribución de jurisdicción (artículo 14º). De tal manera, las sentencias y los laudos arbitrales tendrán eficacia

⁴⁴⁸ UZAL, María Elsa. “El Mercosur en el ...”, ob. Cit., p. 186.

⁴⁴⁹ Para profundizar mejor el estudio, ver SOBRINO, Frederico F. Garau. “Art. 6º”, ob. Cit., pp. 166-191, especialmente cuanto a la reconvención, p. 186. Sobre la reconvención y las diferencias existentes en la UE sobre la misma, ver ÁLVAREZ, Miguel-Ángel Michinel. “El Art. 6.3.º del Convenio de Bruselas”, en in BORRAS, Alegría (ed.). “La Revisión de los Convenios ...”, ob. Cit., pp. 351-369.

extraterritorial en los Estados Partes cuando emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente.

2.12. Solución de Controversias

El artículo 15º prevé que, en caso de haber controversia acerca de la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo, éstas serán resueltas mediante negociaciones diplomáticas directas entre los Estados Partes y, en caso de que tales negociaciones no surtan los efectos deseados podrán acudir al Sistema de Solución de Controversias previsto en el Protocolo de Brasilia.

Sin embargo, dicha alternativa plantea algunos interrogantes: ¿los Estados Partes acudirán a las negociaciones directas y, frustradas éstas, tendrán que recurrir, nuevamente, a las negociaciones directas previstas en el Protocolo de Brasilia? o, cuando las negociaciones directas no hayan producido los efectos deseados, ¿pasarán directamente a la segunda etapa prevista en el Sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR –someterla al GMC-?

3. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías – Convención de Viena de 1980⁴⁵⁰

La inexistencia de una normativa única en materia de la determinación de la ley aplicable en la contratación mercantil internacional en el MERCOSUR crea una inseguridad jurídica, a lo que se agrega la falta de adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales al creciente flujo comercial en el espacio integrado. Las diferencias existentes en la comunidad internacional en cuanto a las leyes que regulan el contrato de compraventa internacional, son un obstáculo a las relaciones económicas internacionales.⁴⁵¹

En la comunidad internacional existe un pensamiento tendiente a la unificación normativa para el comercio internacional, tal es el caso de UNIDROIT y UNCITRAL. Estas iniciativas unificadoras tuvieron su origen en el año de 1920, cuando ERNEST RABEL⁴⁵² comenzó con sus trabajos para la unificación de la ley relativa a la compraventa internacional⁴⁵³, surgiendo la LUVI y la LUF.

Después del fracaso experimentado por ambas Convenciones surgió la UNCITRAL (1966) con el fin de promover la progresiva armonización y unificación de la ley del comercio internacional e intentar una posible revisión de ambas Convenciones. Sin embargo, los encargados de dicho trabajo verificaron que tal revisión no sería posible, decidiéndose, entonces, por la elaboración de un texto nuevo y completo sobre la materia.⁴⁵⁴ Producto de ello, entre el 10 de marzo y el 11 de abril de 1980, se desarrolló una Conferencia Diplomática en la ciudad de Viena, Austria, la cual aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías –Convención de Viena de 1980-, entrando en vigencia el 1º de enero de 1988.

A continuación se analizará de manera particular la Convención de Viena, referenciada en el Capítulo II, por considerar que constituye un instrumento jurídico eficaz para la armonización de las transacciones entre países distintos⁴⁵⁵,

⁴⁵⁰ A la fecha de 1º de febrero de 2001, 58 Estados han suscripto la Convención de Viena. Son ellos: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Canadá, Chile, China, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Rusia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guinea, Holanda, Hungría, Irak, Israel, Italia, Latvia, Lesotho, Lituania, Luxemburgo, Kirgystan, Mauritania, México, Moldova, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Perú, Polonia, Republica Checa, Rumania, Saint-Vincent y Granada, Singapur, Siria República Árabe, Suecia, Suiza, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzebaquistan, Yugoslavia, Zambia. En <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>.

⁴⁵¹ En este sentido, GALGANO. "Il Diritto Uniforme: la vendita internazionale", en GALGANO / FERRARI (eds.): "Atlante de Diritto Privato Comparato", 2ª ed., Bologna, 1993, p. 211; FERRARI, Franco. "Applicability and Applications of the Vienna Sales Convention (CISG)", International Legal Forum, issue 4, 1998, p. 140.

⁴⁵² Para más detalles sobre la historia de la unificación de la ley de la compraventa internacional, ver HONNOLD, John. "Documentary History ...", ob. Cit..

⁴⁵³ El trabajo de ERNEST RABEL ya fue ampliamente estudiado por algunos autores, entre ellos, por ejemplo, BONELL, Michael Joachim. "Introduction to the Convention", en BIANCA / BONELL (eds.) *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987, p. 3.

⁴⁵⁴ "The crucial question was this: would it be possible to obtain widespread adoption of the 1964 Conventions? (...) It became evident that the 1964 Conventions, despite the valuable work they reflected, would not receive adequate adherence (...). The UNCITRAL thereupon established a Working Group of 14 States (...) and requested the Working Group to prepare a new text". HONNOLD, John. "Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention", Deventer, 1991, p. 53.

⁴⁵⁵ FONSECA, Patrícia Galindo da. "O Brasil perante uma nova perspectiva de direito mercantil internacional", Revista Forense, vol. 341, nº 94, jan-março de 1998, p. 193.

ya que está dirigida a facilitar los intercambios comerciales en el ámbito internacional.⁴⁵⁶

Esta Convención tuvo como primer objetivo aunar las diferentes concepciones existentes acerca de la compraventa en los distintos regímenes jurídicos, conforme recomendación de UNCITRAL al Grupo de Trabajo que la discutió y la preparó.⁴⁵⁷ La misma es considerada un Tratado-Ley con naturaleza *self-executing*⁴⁵⁸ y, además, participa en el establecimiento de mecanismos de colaboración entre los Estados en el área de la compraventa internacional⁴⁵⁹.

Se encuentra estructurada en un preámbulo y cuatro partes, con un total de 101 artículos. La parte I define el ámbito de aplicación de la Convención y establece algunas disposiciones generales, como la interpretación de la Convención y del contrato, así como las funciones de los usos en el comercio internacional (artículos 1º a 13º). La parte II regula la formación del contrato, (artículos 14º a 24º). La parte III cuida, principalmente, de la ejecución o cumplimiento del contrato, incorporando las disposiciones sustantivas de los derechos y obligaciones de las partes del contrato de compraventa internacional, (artículos 25º a 88º). La parte IV, por su lado, expone las condiciones y formas para la adhesión a la Convención y qué tipos de reservas se puede imponer en caso de su aceptación, (artículos 89º a 101º).

3.1. Interpretación

El artículo 7º de la Convención regula las cuestiones de interpretación. Se debe tener presente que *“el Derecho uniforme del comercio internacional (y en particular, la Convención de Viena, como pieza angular de dicho Derecho uniforme) es el Derecho de los operadores del comercio internacional y debe por tanto ser interpretado y aplicado en el sentido más favorable para los intereses de tales operadores”*⁴⁶⁰.

Se considera necesario aclarar los alcances del término interpretar: se trata de una operación lógica jurídica que tiene por objeto encontrar el alcance y el sentido de los términos utilizados por las normas jurídicas en cuestión. Por otro lado, la integración de las lagunas es una operación lógica jurídica que tiene como finalidad resolver los problemas de regulación planteados por cuestiones que no

⁴⁵⁶ HONNOLD, John. “*Uniform Law for ...*”, ob. Cit., p. 47.

⁴⁵⁷ Tal Grupo de Trabajo tenía que elaborar un texto que facilitase la ‘aceptación por parte de países de diferentes sistemas legales, sociales y económicos’. SACARRERA, Enrique Guardiola. “*La Compraventa Internacional...*”, ob. Cit., p. 28.

⁴⁵⁸ “*Treaty where legal rules arising from the treaty are open for immediate application by the national judge and all living persons in a Contracting States are entitled to assert their rights or demand fulfillment of another person’s duty by referring directly to the legal rules of the treaty*”. VOLKEN, P.. “*Das Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf*”, apud FERRARI, Franco. “*Applicability and Applications ...*”, ob. Cit., p. 149.

⁴⁵⁹ “*It must be vigorously stressed that the Sales Convention is not simply a collection of rules supplanted from a multitude of common law, civilian and other sources. Rather, the drafters have aimed for a synthesis of the best features that modern sales systems have to offer*”. Así que la Convención de Viena de 1980 “*represents a truly global effort, with balanced representatives of all the regions and economic and legal systems of the world*”, y, además, “*escapes the ethnocentric perspectives and biases of any legal system*”. MENDES, Errol P.. “*The U.N. Sales Convention & U.S.-Canada Transactions; Enticing the World’s Largest Trading Bloc to do Business under a Global Sales Law*”, J. L. & Com. 8, 1988, p. 119.

⁴⁶⁰ LÉPINETTE, Tomás Vázquez. “*Compraventa Internacional de Mercaderías...*”, ob. Cit., p. 38.

son resueltas de forma expresa por alguna normativa o por el ordenamiento jurídico y necesitan serlo.⁴⁶¹ En la interpretación se debe descubrir el Derecho, dando forma y efecto a la regla pertinente, sin importar su fuente, su forma o, aún, su consistencia.⁴⁶²

El artículo 7º.1 hace referencia al carácter internacional de la Convención, debiendo, por lo tanto, no ser interpretada bajo uno u otro Derecho nacional⁴⁶³, es decir que los jueces o árbitros competentes deberán dejar de lado sus propias tradiciones jurídicas, sus leyes, sus precedentes jurisprudenciales y la doctrina nacional⁴⁶⁴, interpretando la Convención autónomamente, sin utilizar expresiones o lenguajes propios de un determinado sistema jurídico.⁴⁶⁵ Se agrega a este principio de interpretación el de uniformidad, o sea que la Convención deberá que ser interpretada uniformemente en todos los países que la aplican.

Para conseguir tal interpretación internacional y tal uniformidad en la aplicación de la misma, los intérpretes podrán recurrir, supletoriamente, a los trabajos preparatorios –*travaux préparatoires*–, o sea, a los estudios y discusiones habidas en su formulación y aprobación, la denominada *convention's legislative history*.⁴⁶⁶ El intérprete se puede valer también de las prácticas realizadas por otros Estados Contratantes en la aplicación del texto uniforme, esto es, la jurisprudencia internacional⁴⁶⁷. A fin de facilitar la información de estos antecedentes la UNCITRAL acordó que el intercambio de la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Contratantes y su comunicación se daría a través de la propia UNCITRAL, facilitando de este modo la interpretación internacional y la aplicación uniforme por parte de los países contratantes.⁴⁶⁸ También se tendrá en cuenta la doctrina especializada.⁴⁶⁹

⁴⁶¹ GÁNDARA, Luis Fernández de la; CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. “*El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías*”, en CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GÁNDARA, Luis Fernández de la (dirs.). “*Contratos Internacionales*”, ob. Cit., pp. 201/202.

⁴⁶² “(...) interpretar es mucho más que analizar o elucidar un texto, es realmente descubrir el Derecho y dar forma y efecto a la regla pertinente, cualquiera que sea su fuente, su forma o consistencia”. PESCATORE, Pierre. “*La Interpretación del Derecho Comunitario por el Juez nacional*”, Revista de Instituciones Europeas, vol. 23, nº 1, enero/abril de 1996, p. 8.

⁴⁶³ En este sentido, FERRARI, Franco. “*La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*”, Valencia, 1999, p. 8.

⁴⁶⁴ LÉPINETTE, Tomás Vázquez. “*Compraventa Internacional de Mercaderías...*”, ob. Cit., p. 44.

⁴⁶⁵ “*The reading of a legal text in the light of the concepts of our domestic legal system (is) an approach that would violate the requirement that the Convention be interpreted with regard to its international character*”. HONNOLD, J. . “*Uniform Law for ...*”, ob. Cit., p. 136.

⁴⁶⁶ Los trabajos preparatorios de la Convención se encuentran publicados en los *Official Records* de la Conferencia Diplomática y en los volúmenes I a X de los *Yearbooks* de UNCITRAL. Puede, igualmente, ser encontrado en HONNOLD, John. “*Documentary History ...*”, ob. Cit.

⁴⁶⁷ El autor FRANCO FERRARI, por su lado, alerta para el hecho de que ciertos autores afirman que dichas decisiones de los tribunales de otros Estados Contratantes en casos análogos y, principalmente, en iguales deben ser considerados como precedentes con relación a los demás, demostrando, así, la importancia de tal fuente de interpretación. In “*Applicability and Applications ...*”, ob. Cit., p. 145.

⁴⁶⁸ HONNOLD, J.. “*Uniform Law for ...*”, ob. Cit., p. 145; VISCASILLAS, María del Pilar Perales. “*La información sobre la Convención de Viena de 1980 – compraventa internacional de mercaderías – aumenta. Una llamada a los operadores jurídicos españoles*”, Derecho de los Negocios, nº 63, diciembre de 1995, pp. 15-22.

⁴⁶⁹ Para HONNOLD. “*Uniform Law for ...*”, ob. Cit., p. 144, este recurso es típico de los países de la civil law, mientras que los países de la common law estaban un poco reacios para recurrir a los trabajos realizados por la doctrina. Hoy por hoy, dicha tendencia la utilización de los trabajos realizados por la doctrina ha sido dejada de lado, principalmente en los Estados Unidos, donde “*the traditional barriers to the use of scholarly writing in legal development broke down a long time ago in this country and is breaking down in citadels of literalism in other parts of the common law world, especially in the handling of ILM*”. HONNOLD, John. “*The*

Recurso no menos importante es acudir a las distintas versiones oficiales de la Convención, toda vez que ésta se encuentra redactada en seis idiomas oficiales (español, ruso, inglés, francés, chino y árabe).

Otro principio interpretativo es el de la buena fe, que fue establecido en el artículo 7.1 del texto uniforme como un principio general que permite a los jueces una aplicación flexible de las normas de dicho texto uniforme, siendo posible la determinación de sus límites, por parte de los tribunales, a través de la doctrina judicial.⁴⁷⁰ Para PATRICIA GALINDO DA FONSECA⁴⁷¹ los parámetros, límites y efectividad de dicho principio serán establecidos por la doctrina de Derecho comparado, mientras que para otros será la jurisprudencia que fuera dictada en aplicación a la Convención de Viena la que deberá establecer si se cumple o no dicho requisito, teniendo en cuenta que éste se resiste a una definición precisa.⁴⁷² Serán ambos criterios los que se deberán tener en cuenta para determinar los supuestos vinculados con la buena fe en comercio internacional y la aplicación de éste tiene que ser razonable y verificado en cada caso que se va a analizar.

La jurisprudencia ya lo ha aplicado en dos resoluciones que tratan del tema.⁴⁷³ Como afirman GARRO y ZUPPI *“este artículo (7.1) no impone el deber de celebrar, interpretar o ejecutar los contratos de compraventa internacional de mercaderías de buena fe. Sin embargo, los redactores de la Convención consideraron que el principio de buena fe debe ser considerado como un componente integral de la Convención. En efecto, los comentarios oficiales del proyecto de Convención expresan que el principio de buena fe ‘... se aplica a todos los aspectos relacionados con la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención”*.⁴⁷⁴

La segunda parte del artículo 7º, trata sobre el supuesto de resolver los problemas relacionados a las lagunas existentes en la Convención de Viena de 1980. *“Existe laguna de la ley allí - pero sólo allí – donde la ley, medida con su propio propósito y con su teleología inmanente, sea incompleta, o sea, esté necesitada de complemento, y donde su complemento no contradiga una limitación (a determinados supuestos de hechos) querida por la ley”*.⁴⁷⁵ Para este autor toda ley escrita, sea esta interna o internacional, posee lagunas.⁴⁷⁶ Así, dicha norma viene a regular ‘las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas’.

Sales Convention in Action – Uniform International Words: Uniform Application?, J. L. & Com. 8, 1988, p. 208.

⁴⁷⁰ GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L. *“Compraventa Internacional de Mercaderías ...”*, ob. Cit., p. 65.

⁴⁷¹ *“O Brasil perante ...”*, ob. Cit., p. 204-205.

⁴⁷² GÁNDARA, Luis Fernández de la; CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. *“El Contrato de Compraventa ...”*, ob. Cit., p. 208.

⁴⁷³ SARL Bri Production Bonaventure c. Société Pan Africa Export, Cour d’appel de Grenoble, Sentencia de 22 de febrero de 1995, publicado en CLOUT, nº 154; y Caso ‘coche de ocasión’, Landgericht Colonia, Sentencia de 16 de noviembre de 1995, publicada en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951116g1.html>, confirmada en apelación por OLG Colonia, Sentencia de 21 de mayo de 1996, publicado en CLOUT nº 168.

⁴⁷⁴ GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L. *“Compraventa Internacional de Mercaderías ...”*, ob. Cit., p. 64.

⁴⁷⁵ LARENZ, Karl. *“Metodología de la ciencia del Derecho”*, trad. De Gimbernat Ordeig, Barcelona, 1966, p. 299.

⁴⁷⁶ Idem, Ibidem, p. 286.

El propio artículo suministra los criterios a ser utilizados por el intérprete, tales como el de buscar, primero, la solución en los principios que informan el texto convencional⁴⁷⁷ pudiendo, en su defecto, recurrir a los derechos internos determinados por las normas de Derecho Internacional Privado. Para KAHN⁴⁷⁸, este precepto puede ser calificado de ‘esquizofrénico’, toda vez que transmite al intérprete, por un lado, una impresión de rechazo a la aplicación de las normas internas pero, por otro, determina la aplicación de dichas reglas, en ausencia de los principios generales.

Sin embargo, existe la posibilidad de que, antes de procederse a la interpretación vía principios generales de la Convención para colmar las lagunas existentes en un caso concreto, se debe recurrir a la analogía. De tal manera que se deberá buscar una norma de la Convención que se refiera a un caso semejante al que se intenta resolver. Encontrada esta, se debe, posteriormente, analizar si el caso previsto por tal norma y el caso resuelto son, en verdad, análogos, porque, si así lo fuera, sería injusto no darles la misma solución.⁴⁷⁹

Para el supuesto caso que no se pueda utilizar el principio de analogía y antes de aplicar los principios generales de la Convención, se deberá recurrir a los usos aplicables, conforme lo advierte JOHN HONNOLD⁴⁸⁰, ya que los usos y las prácticas comerciales “*suministran una reglamentación sustancial satisfactoria ante la ausencia de una normativa internacional que cumpla el papel, en una sociedad internacional de yuxtaposición, integrada fundamentalmente por Estados y descentralizada, de un auténtico legislador internacional*”.⁴⁸¹

La Convención otorgó a estos usos y prácticas el carácter de auténticas fuentes de derecho, toda vez que el espíritu de una Convención que formula un Derecho uniforme de la compraventa internacional es traducir las prácticas efectivamente seguidas en el comercio internacional.⁴⁸² Así, establece que las partes ‘*quedarán obligadas*’ por los usos y las prácticas que hayan acordado entre ellas (artículo 9º.1) y por los usos que tenían o debían haber tenido conocimiento y que sean conocidos y observados en el comercio internacional, considerándose tácitamente incorporados al contrato (artículo 9º.2). Estos usos y prácticas prevalecen sobre las disposiciones de la Convención.⁴⁸³ No obstante, cuando haya un conflicto entre un uso convenido por las partes y una práctica por ellas seguida, deberá prevalecer el primero.

⁴⁷⁷ Para tener alguna noción acerca de los principios elaborados por la doctrina especializada, ver LÉPINETTE, Tomás Vázquez. “*Compraventa Internacional de Mercaderías...*”, ob. Cit., en concreto pp. 51/52; y GÁNDARA, Luis Fernández de la; CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. “*El Contrato de Compraventa ...*”, ob. Cit., en concreto pp. 210/211.

⁴⁷⁸ KAHN, Philippe. “*La Convention de Vienne du 11 avril 1980: caractères et domaine d’application*”, Droit et Pratique du Commerce International, 1989, pp. 397/398.

⁴⁷⁹ LÉPINETTE, Tomás Vázquez. “*Compraventa Internacional de Mercaderías...*”, ob. Cit., p. 47/48.

⁴⁸⁰ HONNOLD, John. “*Derecho Uniforme sobre Compraventa Internacional de Mercaderías – Convención de las Naciones Unidas de 1980*”, Madrid, 1987, p. 157.

⁴⁸¹ GÁNDARA, Luis Fernández de la; CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. “*El Contrato de Compraventa ...*”, ob. Cit., p. 178.

⁴⁸² AUDIT, B. “*La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*”, Paris, 1990, p. 44.

⁴⁸³ HONNOLD, J. “*Uniform Law for ...*”, ob. Cit., p. 179/180.

En todos los casos las cuestiones de interpretación del texto de la Convención de Viena de 1980 tendrá que ser realizada tomándose en consideración todos los elementos antes referenciados.

3.2. **Ámbito de Aplicación**

El ámbito material u objetivo de aplicación de la Convención es la compraventa internacional de mercaderías. Por su parte, la definición de compraventa no se encuentra en el texto uniforme, ya que los redactores de ésta consideraron que el concepto era suficientemente preciso y claro en los sistemas jurídicos vigentes, no obstante, debe ser analizado utilizándose los artículos 30º y 53º del texto uniforme, los cuales establecen que es un contrato sinalagmático, por lo cual una parte entrega a otra la propiedad de una mercadería a cambio del pago de un precio, o mejor, es el intercambio de la propiedad de una cosa por precio.⁴⁸⁴

Para FRANCO FERRARI el contrato de compraventa puede ser definido como aquel por el cual el vendedor está obligado a entregar las mercaderías, o los documentos relacionados a ellas y transferir la propiedad de las mismas, mientras que el comprador está obligado a pagar el precio por ellas y recibirlas cuando se entrega por parte del vendedor o del encargado de su transporte.⁴⁸⁵

Se agrega a este contrato de compraventa “*los contratos de suministros de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción*” (artículo 3º.1.), siendo incluidos en el ámbito de aplicación del texto uniforme.⁴⁸⁶ Ahora bien, para el supuesto que el comprador proporcione ‘*parte sustancial*’ de los materiales al vendedor para su posterior producción o manufactura, dicho contrato no estará dentro del ámbito de aplicación de la Convención, debiendo aplicarse la legislación nacional según lo determine el sistema de Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, la Convención no determinó qué debe ser entendido por ‘*parte sustancial*’ de los materiales. Ante esto la doctrina intentó identificar las características principales de dicha locución. Para GARRO y ZUPPI⁴⁸⁷, este criterio debe ser determinado a través de un examen cuantitativo de los materiales provistos por el comprador al vendedor, mientras que para HONNOLD⁴⁸⁸ dicho examen debe ser realizado llevando en consideración los criterios de valores de los materiales provistos por el comprador.⁴⁸⁹ FRANCO

⁴⁸⁴ Caso ‘estudio de mercado’, OLG Colônia, Sentencia de 26 de agosto de 1994, publicado em CLOUT nº 122, ya citado anteriormente, Nota de Rodapié nº 210.

⁴⁸⁵ “*Thus, independently from the civil or commercial character of the parties or of the contract itself, the sales contract can be defined as the contract by virtue of which the seller has to deliver the goods, handover any documents relating to them and transfer the property in the goods, whereas the buyer is bound to pay the price for the goods, and take delivery of them*”; FERRARI, Franco. “*Applicability and Applications ...*”, ob. Cit., p. 182.

⁴⁸⁶ “*(...) a modern Sales law must include transactions wich call for the manufacture or production of goods (...)*”. HONNOLD, John. “*Uniform Law for ...*”, ob. Cit., p. 105.

⁴⁸⁷ GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L.. “*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*”, ob. Cit., p. 74.

⁴⁸⁸ HONNOLD, John. “*Uniform Law for ...*”, ob. Cit., p. 106. En sentido similar, GÁNDARA, Luis Fernández de la; CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. “*El Contrato de Compraventa ...*”, ob. Cit., p. 153.

⁴⁸⁹ Recientemente, 5 de diciembre de 1995, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Hungría, adoptó este criterio cuantitativo, mencionando que la Convención de Viena de 1980 es aplicable en el caso

FERRARI⁴⁹⁰, por su lado, afirma que, al momento de determinar si los materiales provistos por el comprador constituyen una '*parte sustancial*', se deberá utilizar, también, el criterio cualitativo.

Será la jurisprudencia de los tribunales, judiciales o arbitrales, la que van a determinar, caso a caso, los criterios a ser considerados para el examen de la locución '*parte sustancial*'. En este sentido se cita como antecedente el fallo del 25 de mayo de 1993⁴⁹¹; en este caso un comprador italiano encargó a un fabricante francés de componentes electrónicos la producción de unas computadoras conforme a sus planos e indicaciones –especificaciones-. El Tribunal consideró que el texto uniforme no era aplicable, toda vez que no se estaba ante un contrato de compraventa. Siendo así, la Corte consideró que el comprador italiano había provisto, a través de los planos e instrucciones, la parte sustancial para la producción, por parte del fabricante francés, de las mercaderías.⁴⁹²

El artículo 3º, en su segunda parte, trata de los contratos donde haya suministro de servicios, o sea, en aquellos supuestos que, junto con la compraventa, existan cláusulas que obligan al vendedor proveer la mano de obra o la prestación de determinados servicios, siempre que dichos servicios representen '*la parte principal de las obligaciones*' a su cargo. En estos casos el criterio a ser empleado para decidir por la aplicación o no de la Convención es la '*preponderancia*' de las obligaciones del vendedor en cuanto a los suministros mencionados. Tiene que haber, entonces, una comparación entre el valor económico de los materiales vendidos con el valor económico de los suministros de la mano de obra o de la prestación de servicios.⁴⁹³ FRANCO FERRARI⁴⁹⁴ establece que si el valor económico -*economic value*- de la obligación de suministrar la mano de obra o de prestar servicio es superior al 50% del valor económico de los materiales vendidos, la Convención de Viena de 1980 no es aplicable.

Cuando un mismo contrato regule la venta de mercaderías y la prestación de servicios, la Convención deberá regular la totalidad del contrato o los supuestos que guardan relación con la venta de mercaderías, dejando de lado los demás contratos, conforme ya lo había indicado KAHN.⁴⁹⁵ La jurisprudencia ha optado por la aplicación de la Convención a la totalidad de supuestos en los cuales había

de que el valor de los materiales provistos por el comprador equivale solamente 10% de la totalidad de las mercaderías a ser producidas. En UNILEX (USA/I).

⁴⁹⁰ "*Applicability and Applications ...*", ob. Cit., pp. 189/190.

⁴⁹¹ 'AMD Electronique c. Rosenberger Siam', Cour d'appel de Chambéry, Sentencia de 25 de mayo de 1993, publicada en CLOUT n° 157.

⁴⁹² A favor del criterio utilizado por la Corte, LÉPINETTE, Tomás Vázquez. "*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*", ob. Cit., p. 58; En sentido contrario a tal criterio empleado en la sentencia, FERRARI, Franco. "*Applicability and Applications ...*", ob. Cit., p. 190.

⁴⁹³ En este sentido FERRARI, Franco. "*Applicability and Applications ...*", ob. Cit., p. 191; y GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L.. "*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*", ob. Cit., p. 75; Laudo de la Cámara de Comercio Internacional, n° 7153, de 1992, publicado en CLOUT n° 26: "*le prix à payer pour le montage du matériel est d'un ordre tout à fait secondaire par rapport à l'acquisition du matériel*".

⁴⁹⁴ "Thus, where the economic value of the obligation regarding the supply of labor or services is '*preponderant*', i.e., where it amounts to more than 50% - this usually the case in the turn-key contracts - the CISG is inapplicable, as is the case with a market study contract, as pointed out by a recent court decision. Where, however, the value of the services or labor amounts to less than 50%, the CISG is applicable". FERRARI, Franco. "*Applicability and Applications ...*", ob. Cit., p. 192.

⁴⁹⁵ KAHN, Philippe. "*La Convention de Vienne ...*", ob. Cit., p. 389.

contratos económicamente dependientes del contrato de compraventa.⁴⁹⁶ Por otro lado, en casos que no existía tal dependencia entre los contratos, optó por disociar los elementos integrantes del contrato.⁴⁹⁷ Las partes, podrían, a través del principio de la autonomía de la voluntad, someter a la Convención todo el contrato, sólo la entrega o bien excluirlo totalmente.⁴⁹⁸

3.3. Noción de Mercaderías

En el texto de la Convención de Viena no existe una definición de mercaderías. Como ya fue comentado en el apartado que trata de la distinción entre compraventa civil y mercantil, se tiene que por mercadería puede ser entendidos los bienes muebles corporales, concepto este mucho más amplio que agrega la gran mayoría de los bienes que pueden ser comercializados, como por ejemplo automóviles, maquinaria, programas de computadoras, frutas, libros e, incluso, como fue señalado por la jurisprudencia, estoques vivos⁴⁹⁹, plantas, objetos de arte, como también sustancias químicas para la producción de remedios farmacéuticos.⁵⁰⁰ Las mercaderías deben ser tangibles, corpóreas, y no derechos o cosas intangibles, tales como bienes inmuebles, derechos sobre la propiedad industrial y la transferencia de partes sociales.⁵⁰¹ No es necesario que las mercaderías sean móviles en el momento de la conclusión del contrato, pero tendrán que serlo en el momento de la entrega de las mismas para que estén bajo las normas de la Convención.

Ante esta indefinición, el intérprete deberá recurrir al artículo 7º del texto uniforme, es decir que deberá interpretar el concepto de mercadería de modo autónomo y uniforme, sin recurrir a las normas internas de su país.⁵⁰²

La Convención establece las compraventas que quedan excluidas de su ámbito de aplicación: bienes comprados para uso personal, familiar o doméstico, salvo los casos en que el vendedor ignorase dicho propósito; los adquiridos en subasta; los enajenados de mandato judicial; los valores mobiliarios, dinero o efectos de comercio; las naves y aeronaves; y la electricidad. Estas exclusiones pueden ser divididas en tres categorías distintas, conforme sea su razón de exclusión: primero, por el propósito de adquisición de las mercaderías (artículo 2º, 'a'); segundo, por el tipo de contrato de compraventa (artículo 2º, 'b' y 'c'); y tercero, por el tipo de las mercaderías vendidas (artículo 2º, 'd', 'e' y 'f').⁵⁰³

⁴⁹⁶ Caso 'almacenes finlandeses', Richteramt de Berna, Sentencia de 7 de mayo de 1993, publicado en CLOUT n° 201.

⁴⁹⁷ Caso 'contratos húngaros', sentencia de 19 de marzo de 1996, Tribunal Metropolitano de Budapest, publicado en CLOUT n° 126.

⁴⁹⁸ En este sentido, GÁNDARA, Luis Fernández de la; CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. "El Contrato de Compraventa ...", ob. Cit., p. 154; y LÉPINETTE, Tomás Vázquez. "Compraventa Internacional de Mercaderías...", ob. Cit., pp. 59/60.

⁴⁹⁹ UNILEX (USA/I), Hof Arnhem, 22 de agosto de 1995 – optó por aplicar la Convención de Viena de 1980 a un contrato para la venta de corderos vivos entre un vendedor alemán y un comprador holandés.

⁵⁰⁰ UNILEX (USA/I), AG München, 23 de junio de 1995.

⁵⁰¹ En este sentido, HONNOLD, John. "Uniform Law for ...", ob. Cit., pp. 100/101; y FERRARI, Franco. "Applicability and Applications...", ob. Cit., pp. 194/195.

⁵⁰² GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L. "Compraventa Internacional de Mercaderías ...", ob. Cit., pp. 78/79, sin embargo, son favorables al recurso a la legislación interna para determinar lo que debe ser considerado mercaderías en el sentido de la Convención.

⁵⁰³ En sentido similar, United Nations Conference on Contracts for the International Sales of Goods, Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees, (Vienna, 10 March – 11 April 1980), United Nations ed., 1981, p. 16.

La carga de la prueba, en cuanto a la aplicación o no de la Convención, debe recaer sobre el vendedor⁵⁰⁴, sin embargo, hay autores que sostienen que, en determinados casos, el comprador puede estar interesado en que se aplique el texto uniforme, de manera que quien invoca la aplicabilidad ha de soportar la carga de la prueba.⁵⁰⁵

La transmisión de la propiedad y, consecuentemente, la adquisición del dominio sobre las mercaderías están excluidas de la Convención, a pesar que determina que el vendedor deberá transmitirla al comprador libre de cargas, es decir que controla el cumplimiento de la transmisión de la propiedad, pero no el medio por el cual ésta se realizará.⁵⁰⁶ Otras cuestiones que están excluidas del ámbito de aplicación de la Convención se relacionan con la validez del contrato y sus estipulaciones, y los efectos que el mismo pueda producir sobre la propiedad de las cosas vendidas –artículo 4º-.⁵⁰⁷ Este texto uniforme no afecta a las cuestiones de validez del contrato de compraventa ni de los usos aplicables al mismo. Aquí –artículo 2º, ‘a’– se estaría ante cuestiones de validez material, como por ejemplo, la capacidad de las partes, licitud del contrato o de los vicios de consentimiento, como el dolo, error, etc.⁵⁰⁸

Por su parte, el artículo 5º excluye la responsabilidad del vendedor por daños personales del ámbito de aplicación de la misma, o sea, las cuestiones relativas a “*la responsabilidad del vendedor por la muerte o lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías*”. En suma, la reparación de los daños que eventualmente sufran el comprador o los sucesivos adquirentes se regirá por el Derecho interno aplicable según las reglas de Derecho Internacional Privado del foro.

3.4. Ámbito Geográfico de Aplicación

El ámbito geográfico de aplicación está íntimamente relacionado con el supuesto de la internacionalidad de la compraventa a los efectos de la Convención. En este texto uniforme, la internacionalidad del contrato depende de que las partes tengan sus establecimientos comerciales en distintos países⁵⁰⁹, por lo que no se toma en

⁵⁰⁴ A favor están, HONNOLD, John. “*Uniform Law for ...*”, ob. Cit., pp. 97/98 y LÉPINETTE, Tomás Vázquez. “*Compraventa Internacional de Mercaderías...*”, ob. Cit., p. 61.

⁵⁰⁵ A favor de este argumento, GÁNDARA, Luis Fernández de la; CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. “*El Contrato de Compraventa ...*”, ob. Cit., p. 149; FERRARI, Franco. “*Applicability and Applications ...*”, ob. Cit., p. 203; del mismo autor, “*La compraventa internacional...*”, ob. Cit., p. 106.

⁵⁰⁶ Esta no-regulación se da, por gran parte, porque el concepto de propiedad no sirve para determinar la transmisión de los riesgos de una parte a la otra del contrato de compraventa. GARAU, Guillermo Alcover. “*La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Mercantil – Derecho español e internacional*”, Madrid, 1991, pp. 99 y ss.

⁵⁰⁷ “A los redactores de la Convención no les pareció prudente interferir con los diferentes regímenes de transferencia del dominio ni con los diferentes sistemas de nulidades de los actos jurídicos, temas íntimamente relacionados con el orden público de cada país”. GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L. “*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*”, ob. Cit., p. 82.

⁵⁰⁸ GÁNDARA, Luis Fernández de la; CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. “*El Contrato de Compraventa ...*”, ob. Cit., p. 155; GARRO y ZUPPI. “*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*”, ob. Cit., p. 82.

⁵⁰⁹ “(...) se debe destacar que el domicilio de las partes es un elemento crucial para determinar su aplicabilidad (Convención de Viena de 1980), lo que importa aceptar fundamentalmente el criterio subjetivo para la determinación de la internacionalidad del contrato”. GARRO y ZUPPI. “*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*”, ob. Cit., p. 85.

consideración la nacionalidad de las partes ni, mucho menos, el movimiento transnacional de las mercaderías.⁵¹⁰

El artículo 1º, inciso 1.a), expresa que la Convención se aplicará a aquellas compraventas de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes, cuando esos Estados sean contratantes. No se determina el concepto de establecimiento por lo que su determinación debe realizarse con los elementos propios de cada caso concreto. Algunos doctrinarios sostienen que ‘*establecimiento*’ comprende no sólo el lugar principal del negocio, sino, además, todas aquellas formas organizativas, tales como sucursales, agencias y oficinas representativas, que suponen una permanencia estable en el país de que se trate.⁵¹¹ La jurisprudencia, por su lado, ha restringido el concepto de ‘establecimiento’, limitando para aquellas formas organizativas con personalidad jurídica, o sea, con poderes autónomos –*autonomous power*-.⁵¹² Cuando existan múltiples establecimientos, la propia Convención dispone, en su artículo 10º a), que el establecimiento relevante para la determinación de la internacionalidad del contrato de compraventa será aquel que guarda la relación más estrecha con el mismo y con su cumplimiento, teniendo en cuenta las circunstancias conocidas o previstas por las partes antes de la celebración del contrato o en el momento de celebrarlo. Cuando las partes no tengan un establecimiento, el mismo artículo dispone que se deberá recurrir a la noción de ‘*residencia habitual*’ para determinar la internacionalidad del contrato de compraventa.

Sin embargo, para la aplicación de la Convención no es suficiente que las partes tengan sus establecimientos en distintos países, sino que es necesario, además, que las partes posean conocimiento de dichos establecimientos, es decir que sean concientes de ello. Para esto, el apartado 2º del artículo 1º establece una serie de elementos que deberán ser tomados en consideración al momento de determinar este prerrequisito de internacionalidad del contrato de compraventa, tales como el contrato mismo, los tratos entre las partes e información revelada entre las partes antes o en el momento de la celebración del contrato. El objetivo de esta norma es proteger la buena fe entre las partes y traer seguridad jurídica al tráfico comercial internacional, evitando que se apliquen las normas de la Convención de Viena a supuestos de contratos internos o la aplicación de las normas internas a contratos de compraventa internacional que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Convención.⁵¹³

En cambio, el inciso 1.b) del artículo 1º extiende la aplicación de la Convención a aquellos países no contratantes de la misma, desde que las normas de Derecho Internacional Privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante. El

⁵¹⁰ FERRARI, Franco. “*Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing*”, publicado en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>, 1995.

⁵¹¹ FERRARI, Franco. “*La compraventa internacional...*”, ob. Cit., pp. 34 y ss.; LÉPINETTE, Tomás Vázquez. “*Compraventa Internacional de Mercaderías...*”, ob. Cit., p. 67; entre otros.

⁵¹² Caso ‘Fauba France c. Fujitsu GmbH’, Cour de Cassation, sentencia de 4 de enero de 1995, publicado en CLOUT nº 155; y otro entre un vendedor Chino y un Comprador Austriaco, Corte Arbitral de la ICC, Laudo Arbitral nº 7531, en FERRARI, Franco. “*Applicability and Applications ...*”, ob. Cit., p. 157.

⁵¹³ La carga de la prueba recaerá sobre aquella parte que invoque la falta de conocimiento de los elementos de internacionalidad del contrato de compraventa, y, consecuentemente, la inaplicabilidad de la Convención de Viena de 1980. En este sentido, FERRARI, Franco. “*Applicability and Applications ...*”, ob. Cit., p. 163; y GÁNDARA, Luis Fernández de la; CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. “*El Contrato de Compraventa ...*”, ob. Cit., p. 162.

mismo se torna de suma importancia para el presente trabajo, toda vez que entre los países del MERCOSUR, Argentina y Uruguay son signatarios de la misma y Brasil y Paraguay no, pero en caso de controversia entre una empresa argentina, o uruguaya, y una brasileña, o bien paraguaya, la Convención de Viena de 1980 podrá ser utilizada para dirimir las referidas controversias, con base en este artículo 1º 1.b), o sea, en caso de que el Derecho Internacional Privado del foro que esté conociendo la demanda remita a la normativa de uno de estos dos países contratantes de la Convención. Esto es posible, también, en el supuesto de que en el contrato de compraventa internacional entre una parte cuyo establecimiento esté en Brasil y otra parte con establecimiento en Argentina, contenga una cláusula de elección de la ley aplicable que remita a un Estado Contratante. En estos dos supuestos, la Convención de Viena deberá aplicarse siempre que existan los demás elementos de su ámbito de aplicación, por el foro que esté conociendo de la demanda.⁵¹⁴

No se entrará en la discusión teórica existente sobre la problemática que envuelve este artículo 1º (1) (b) y la reserva prevista en el artículo 95º de la Convención, prevista para aquellos países que no quedan obligados por el artículo 1º (1) (b).⁵¹⁵

3.5. Autonomía de la Voluntad

En el artículo 6º de la Convención estamos ante el principio de autonomía privada. Las partes tienen total libertad de excluir su aplicación total o parcial.⁵¹⁶ En el supuesto de elección de una ley aplicable, las partes deben dejar en claro que dicha elección se refiere sólo a un derecho interno, o bien que dicha elección excluye la aplicación de la Convención, pues al no realizarse dicha especificación, podrá ocurrir que tal elección sea considerada en la integridad sistemática de tal derecho, incluyendo, así, las normas de la Convención, conforme lo expuesto por BOGGIANO y GARRO y ZUPPI.⁵¹⁷

Las partes tendrán la oportunidad de combinar las disposiciones de una ley nacional con las de la Convención y podrán, además, combinar la *lex mercatoria*

⁵¹⁴ “Por lo tanto, un tribunal argentino, en virtud Del art. 1º, inc. 1º (b), aplicará la Convención a un contrato de compraventa entre una parte Argentina y una parte establecida en un Estado no contratante si las normas de derecho internacional privado indican como derecho aplicable el derecho argentino o el derecho de un tercer Estado contratante. (...) También sería aplicable la Convención si las normas de derecho internacional privado de un Estado no contratante condujesen a la aplicación del derecho de un Estado contratante. Obviamente que en este último supuesto la Convención no sería aplicable en virtud del art. 1º, inc. 1º (b) – que no obliga al Estado que no ratificó la Convención – sino en virtud de las normas de derecho internacional privado del Estado no contratante”. GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L.. “*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*”, ob. Cit., p. 91.

⁵¹⁵ Para profundizar mejor el estudio, ver GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L.. “*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*”, ob. Cit., en concreto pp. 93-95; FERRARI, Franco. “*Applicability and Applications ...*”, ob. Cit., en concreto pp. 175-178; del mismo autor, “*La compraventa internacional...*”, ob. Cit., en concreto pp. 64 y ss.; del mismo autor, “*Specific Topics of the ...*”, ob. Cit.; GÁNDARA, Luis Fernández de la; CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. “*El Contrato de Compraventa ...*”, ob. Cit., en concreto pp. 169-174; LÉPINETTE, Tomás Vázquez. “*Compraventa Internacional de Mercaderías...*”, ob. Cit., en concreto pp. 72-74; entre otros más.

⁵¹⁶ Quedan excluidas del ámbito de la autonomía de la voluntad los supuestos de interpretación de la propia Convención de Viena de 1980 que se recogen en los artículos 7, 8, y 9. BONELL, Michael Joachim. “*Art. 7*”, ob. Cit., pp. 93/94.

⁵¹⁷ BOGGIANO, Antonio. “*La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en el ámbito del derecho internacional privado argentino*”, RDCO, Buenos Aires, 1980, p. 357; y GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L.. “*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*”, ob. Cit., p. 95.

con las normas de la Convención. Aquí se está ante el denominado *dépéçage* – fraccionamiento legislativo voluntario del contrato-. En caso de exclusión de la Convención y no-elección de un derecho a ser aplicado, la ley será aquella determinada por el derecho internacional privado del tribunal que entienda del caso.

3.6. Formación del Contrato

En cuanto a la determinación de cuándo el contrato queda perfeccionado, la Convención lo regula en la Parte II, artículos 14º a 24º. El artículo 14º distingue entre una propuesta para contratar como género y la oferta, propiamente dicha, que constituye una especie de la anterior, cuando ésta reúna unos requisitos muy precisos y determinados.⁵¹⁸ Las propuestas para contratar, conforme a TOMÁS VÁZQUEZ LÉPINETTE⁵¹⁹, “*son declaraciones de voluntad de llegar en lo sucesivo a establecer un contrato, son, en suma, proyectos que se limitan a abrir el proceso que conducirá, eventualmente, a la formación del contrato*”. Por lo tanto, la propuesta para constituir oferta debe indicar la intención del oferente de quedar vinculado y debe ser suficientemente precisa en cuanto a la determinación de las mercaderías, de su cantidad y precio, debiendo estar destinadas a personas determinadas.

El primer requisito volitivo es una cuestión de interpretación conforme los artículos 7º a 9º, principalmente observando la regla relativa a la buena fe, a la de la interpretación según el criterio de una persona razonable, como así también a los usos y prácticas comerciales establecidas entre las partes.⁵²⁰

En cuanto al segundo requisito, la oferta puede contener una determinación expresa de las mercaderías, de su cantidad y su precio. Estos últimos podrán ser determinados de forma expresa o tácita, pero también se admite la posibilidad de que las partes prevean un mecanismo para determinarlos. Cuando la cantidad aparece determinada de forma tácita, habrá que tener una interpretación con arreglo a los acuerdos anteriormente realizados entre las partes, o bien de los usos y prácticas preexistentes entre ellas o, ante la falta de ello, se tendrá en cuenta el principio de la buena fe⁵²¹. El precio, cuando no está determinado o no hay elementos suficientes para precisarse, se deberá acudir al artículo 55º que expresa: “*cuando el contrato haya sido válidamente celebrado, pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate*”.

⁵¹⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. “Comentario al art. 14”, en in DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.). “*Compraventa Internacional de Mercaderías – Comentario de la Convención de Viena de 1980*”, Madrid, 1998, p. 165.

⁵¹⁹ “*Compraventa Internacional de Mercaderías...*”, ob. Cit., p. 110.

⁵²⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. “Comentario al art. 14”, ob. Cit., p. 166.

⁵²¹ Eso significa que en caso de que en la oferta únicamente señala que el comprador o el vendedor fijarán en un momento posterior la cuantía, el comprador, de acuerdo con la razonabilidad y previsibilidad, solicitará un importe razonable en función de sus necesidades objetivas y, a su vez, el vendedor venderá una cantidad que sea previsible, tomando en consideración tanto su capacidad productiva como las necesidades que le sean conocidas por la empresa compradora. En este sentido, VISCASILLAS, María Pilar Perales. “*La Formación del contrato en la Compraventa Internacional de Mercaderías*”, Valencia, 1996, pp. 311/312.

Por lo tanto, se deberá realizar una interpretación que armonice ambos preceptos, por ser la que más se ajusta al tráfico internacional, conforme a la doctrina y la jurisprudencia más reciente.⁵²²

La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario, conforme lo establece el artículo 15º.1. La llegada al destinatario debe ser entendida bajo la óptica del criterio de la recepción, ya que ésta deviene eficaz a partir del momento de la llegada al destinatario, sin necesidad de que éste tenga conocimiento de la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 24º. La retractación de la oferta (artículo 15º.2), su revocación (artículo 16º.1), caducidad (artículo 17º) y aceptación por declaración expresa (artículo 18º.2) tienen efecto únicamente cuando lleguen a la otra parte, conforme al artículo 24º. Sin embargo, la teoría de la recepción puede ser rechazada en virtud de lo normado por el artículo 18º.3.⁵²³

La doctrina es pacífica en cuanto a que la aceptación constituye un elemento imprescindible en el proceso de formación del contrato, toda vez que para la perfección del contrato se hace necesaria una ulterior declaración de voluntad por parte del destinatario de la oferta anteriormente mencionada (artículo 18º), es decir, un asentimiento a la oferta realizada, la que puede ser expresa o tácita -mediante la concreción de determinados actos que indiquen el asentimiento-. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación, conforme establece el artículo 18º.1.⁵²⁴ La aceptación surtirá los efectos deseados en el momento de la llegada al oferente, conforme al artículo 24º y tendrá que ser realizada antes que la oferta haya caducado o deba considerarse caducada por el transcurso del tiempo. Cuando en la oferta existe un plazo establecido para la realización de la aceptación, ésta tendrá que llegar al destinatario dentro de dicho plazo. Caso contrario, a falta de previsión de plazo, la aceptación tendrá que ser emitida y llegar al oferente dentro de un plazo razonable (artículo 18º), el que deberá ser observado conforme a las reglas de diligencia y buena fe. Cuando la oferta haya sido realizada verbalmente, el artículo 18º.2 señala que la aceptación debe ser inmediata, a menos que las circunstancias, usos y prácticas establecidos entre las partes, nos demuestre otra cosa.

La aceptación (artículo 19º), debe coincidir con la oferta en todos sus términos, pues si se modificara algún punto de la oferta inicial, no hay contrato y sí una contraoferta.⁵²⁵ De este modo, el contrato se perfecciona en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta (artículo 23º).

La Convención de Viena no determina requisitos formales en cuanto a la oferta y la aceptación y abre la posibilidad a los países para hacer reservas sobre la forma de las manifestaciones de voluntad y deja claro que las mismas deben ser

⁵²² EÖRSI, Gyula. "Art. 55", en in BIANCA / BONELL (eds.). "Commentary on the International Sales Law", ob. Cit., pp. 401 y ss.; HONNOLD, John. "Derecho Uniforme ...", ob. Cit., pp. 371 y ss.; DíEZ-PICAZO, Luis. "Comentario al art. 14", ob. Cit., p. 168; LÉPINETTE, Tomás Vázquez. "Compraventa Internacional de Mercaderías...", ob. Cit., p. 116. Cuanto a la jurisprudencia, tenemos el caso 'manufactura', Bezirksgericht St. Gallen, Sentencia de 3 de julio de 1997, no publicado, CLOUT nº 215.

⁵²³ GARRO y ZUPPI. "Compraventa Internacional de Mercaderías ...", ob. Cit., p. 109.

⁵²⁴ "(...) el silencio es una actitud que no posee ninguna significación objetiva. El que guarda silencio, no declara nada y no puede decirse que manifieste una voluntad negociada". DíEZ-PICAZO, Luis. "Comentario al art. 18", en DíEZ-PICAZO, Luis (coord.). "Compraventa Internacional de Mercaderías ...", ob. Cit., p. 185.

⁵²⁵ Para profundizar mejor el estudio sobre este supuesto, ver, entre tantos, a LÉPINETTE, Tomás Vázquez. "Compraventa Internacional de Mercaderías...", ob. Cit., pp. 134/142.

realizadas por escrito (artículo 96^o). Argentina es uno de los países que han hecho uso de esa reserva.

3.7. Obligaciones del Vendedor

En cuanto a las obligaciones del vendedor (artículo 30^o) el mismo deberá: entregar las mercaderías; transmitir su propiedad; y entregar los documentos relacionados con las mercaderías.

Respecto al primer supuesto, si bien no se define la entrega de las mercaderías, se regula la forma de la entrega, el lugar, tiempo y modo en que se debe efectuar la misma. Como el artículo 31^o trata tanto de la compraventa con entrega directa como aquella que trata de la entrega indirecta, tenemos que la obligación de entregar la mercadería se perfecciona en el momento que el vendedor pone las mercaderías en poder o a disposición del porteador (transportador) o de la persona autorizada para recibirla.⁵²⁶ Esta entrega debe tener lugar conforme lo pactado en el contrato; cuando no haya sido pactado entre las partes, la entrega se torna efectiva cuando el vendedor pone las mercaderías a disposición del comprador en su propio establecimiento, es decir en el establecimiento que tenga el vendedor en el momento de la celebración del contrato (artículo 31^o, c), pudiendo establecerse otro lugar en el contrato.

Cuando involucre transporte, el vendedor deberá entregar las mercaderías al transportador o porteador encargado de efectuar dicho transporte. En verdad, lo que ocurre normalmente en el comercio internacional, es la utilización de los INCOTERMS, que por sí solos, establecen las obligaciones del vendedor, como también el lugar de la entrega de las mercaderías y del transporte a ser utilizado en una determinada operación.

Las mercaderías tendrán que estar libres de derechos o pretensiones de terceros. Además, deberá estar conforme a la cantidad, calidad y tipo; y envasada o embalada conforme a lo estipulado en el contrato (artículo 35^o).

En cuanto a la obligación de transmisión de la propiedad, en caso de no cumplimiento por parte del vendedor, el comprador puede ejercitar los 'remedios' previstos en el texto de la Convención de Viena. La Convención –artículo 4^o, b)-, por su vez, excluye de su campo de aplicación todo lo relacionado a la titularidad de las mercaderías, como cuáles son las acciones reales que le corresponden al vendedor y comprador.⁵²⁷ Justamente, se considera la transmisión del dominio como uno de los efectos de la compraventa y como un deber a cargo del

⁵²⁶ En este sentido, GARRO, Alejandro. "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su incorporación al ordenamiento jurídico argentino", Cuarta Parte, La Ley, Buenos Aires, 1985, pp. 3/4; LANDO, Ole. "Art. 31", en BIANCA/BONELL (eds.). "Commentary on the International Sales Law", ob. Cit., pp. 253 y ss.; HONNOLD, John. "Uniform Law for ...", ob. Cit., pp. 288/289.

⁵²⁷ GARRO, Alejandro. "La Convención de las Naciones Unidas ...", ob. Cit., p. 6.

vendedor.⁵²⁸ Cabe recordar que casi todas las legislaciones de América Latina exigen, para perfeccionar la transferencia del dominio, la tradición de la cosa.⁵²⁹

Finalmente, en cuanto a la entrega de documentos relacionados con las mercaderías deberán ser entregados en el momento, lugar y forma establecidos en el contrato (artículo 34º). Tal obligación puede ser considerada como accesoria de la entrega de mercaderías y tal documentación debe guardar relación con las mercaderías. La Convención no precisa cuáles son los documentos, pero el análisis del caso concreto determinará el repertorio a ser entregado, sea establecido expresamente por las partes en el contrato o bien mediante la remisión a los INCOTERMS⁵³⁰, tal es el caso de una compraventa CIF que deberá entregar una carta de porte limpia, el recibo de las mercaderías embarcadas y una póliza de seguros, incluyendo, en algunos casos, el certificado de origen y el recibo consular.⁵³¹

En caso que los documentos sean esenciales para que el comprador ejerza sus derechos sobre la cosa, el incumplimiento por parte del vendedor de su obligación puede ser considerado como incumplimiento esencial y dar lugar a la resolución del contrato.

3.8. Obligaciones del Comprador

En lo referente a las obligaciones del comprador, en el artículo 53º se establece que *“el comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención”*. Por tanto, las obligaciones básicas del comprador es pagar el precio a la persona legitimada a percibirlo y recibir las mercaderías.

En el momento de efectuarse el pago del precio, el comprador también tendrá que adoptar todas las medidas y cumplir con los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o reglamentos aplicables al caso para cumplir con su obligación de pago, o sea, deberá adoptar, si fuera el caso, medidas exigidas por la modalidad de pago elegida por las partes, la constitución de las garantías de pago pactadas y la realización de los actos necesarios para la obtención de autorizaciones administrativas.⁵³² La no realización de cualquiera de las obligaciones antes mencionadas, podrá generar un incumplimiento contractual, salvo que el vendedor haya dado origen al mismo, tal el caso en que el comprador no haya podido proceder a la apertura de un crédito documentario, pues el vendedor no le

⁵²⁸ GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L.. *“Compraventa Internacional de Mercaderías ...”*, ob. Cit., p. 171.

⁵²⁹ Art. 1.122 del Código Civil Brasileño; arts. 1.661 y 1.686 del Código Civil de Uruguay; y art. 1.323 del Código Civil Argentino.

⁵³⁰ *“Es probable que se refieran a los títulos representativos de las mercaderías, tales como la carta de porte o el conocimiento de embarque, que se deben encontrar en poder del comprador para que éste pueda ejercer sus derechos sobre las mercaderías transportadas. Pero también existen otros tipos de documentos que, sin ser esenciales para que el comprador ejerza sus derechos sobre las mercaderías, le permite disponer de la cosa en forma apropiada. Tal es el caso, por ejemplo, de un manual de instrucciones que contiene una descripción técnica de un aparato o equipo electrónico”*. GARRO y ZUPPI. *“Compraventa Internacional de Mercaderías ...”*, ob. Cit., p. 155.

⁵³¹ INCOTERMS CIF A.3, A.7, A.8 y A.10. En *“INCOTERMS 2000 – Reglas Oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales”*, Cámara de Comercio Internacional – Comité Español, Barcelona, octubre de 1999, pp. 74, 76 y 78.

⁵³² En este sentido, MASKOW, Dietrich. *“Art. 54”*, en BIANCA / BONELL (eds.). *“Commentary on the International Sales Law”*, ob. Cit., p. 399.

dió los detalles precisos, es decir, no estableció el lugar de entrega de la mercadería⁵³³.

En cuanto a la moneda de pago, deberá ser de conformidad a lo pactado por las partes en el contrato, ante su ausencia será determinada según los usos y las prácticas y, en su defecto, por la buena fe. En caso de no ser posible se acudirá a los principios generales que informan la Convención (artículo 7^o.2).⁵³⁴ La jurisprudencia ha llegado a la conclusión que, en defecto de todos los pasos anteriormente señalados, el pago será realizado en la moneda del vendedor, ya que, en ausencia de pacto, será el establecimiento del vendedor tanto el lugar de la entrega de las mercaderías como el de pago.⁵³⁵ Cuando el modo de pago no esté regulado por la Convención, podrá ser realizado en efectivo, mediante transferencia bancaria, cheques y la utilización de los créditos documentarios -regulados por las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, elaborados y publicados por la Cámara de Comercio Internacional-.⁵³⁶

La segunda obligación del comprador -recibir las mercaderías- se regula en el artículo 60^o del texto vienés. Este artículo se divide en dos apartados, el primero guarda relación con los actos preparatorios necesarios para que el vendedor efectúe la entrega y, el segundo, regula la obligación de tomar posesión de las mercaderías. El primero puede ser caracterizado como una de las manifestaciones del deber general de cooperación existente en la Convención⁵³⁷ y consiste en que el comprador deberá realizar los actos materiales y jurídicos que permitan al vendedor entregar las mercaderías, retirándolas posteriormente⁵³⁸, e impone al comprador el deber de tomar posesión física de las mercaderías, lo que incluye, en ciertas ocasiones, la aceptación de los documentos representativos de las mismas o bien el deber de pagar los impuestos y derechos de aduana de su país.⁵³⁹

3.9. Transmisión de los Riesgos

Respecto a la trasmisión de los riesgos, este instituto es fuente de grandes discusiones, hasta el punto de afirmarse que *“from Justinian to Rabel the passing of risk has been a controversial problem in the contract sale”*⁵⁴⁰, y que la regla

⁵³³ Caso 'propano', Sentencia de 6 de febrero de 1996, Oberster Gerichtshof, publicado em CLOUT nº 176 y en <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>.

⁵³⁴ MASKOW, Dietrich. “Art. 54”, ob. Cit., p. 400, entiende que en defecto de pacto y de los usos y prácticas, la moneda de pago será determinada según el derecho nacional aplicable al que conduzcan las reglas de conflicto. En este sentido, también, GARRO y ZUPPI. *“Compraventa Internacional de Mercaderías ...”*, ob. Cit., p. 223.

⁵³⁵ LÉPINETTE, Tomás Vázquez. *“Compraventa Internacional de Mercaderías...”*, ob. Cit., pp. 245/246.

⁵³⁶ Para una noción más actualizada en el asunto, ver la reciente publicación de la CCI, *Queries and responses on UCP 500, UCP 400 and UR C 522*, Editada por Gary Collier, 1998-1999.

⁵³⁷ HONNOLD, John. *“Derecho Uniforme sobre ...”*, ob. Cit., 386; BONNEL, J. “Art. 7”, ob. Cit., p. 81.

⁵³⁸ Pueden ser, así, la obligación de entrega del material a ser utilizado en el embalaje, cuando así quede pactado entre las partes, pues en caso contrario, el vendedor será obligado a embalar las mercaderías. La información sobre la modalidad de transporte y la fecha de la entrega, son datos importantes que se deben pasar al vendedor, principalmente cuando el transporte esté a cargo del comprador. La asistencia al vendedor en la realización de actividades administrativas para consecución de licencias o para la realización de la inspección, entre otros tantos. En este sentido, MASKOW, Dietrich. “Art. 60”, en BIANCA / BONELL (eds.). *“Commentary on the International Sales Law”*, ob. Cit., p. 437.

⁵³⁹ Idem, Ibidem, p. 440.

⁵⁴⁰ SCHMITTHOF apud GARAU, Guillermo Alcover. *“La transmisión del riesgo ...”*, ob. Cit., p. 23.

romana de *periculum est emptoris* viene atormentando a varias generaciones de juristas.

En la contratación mercantil internacional la palabra riesgo se refiere al “*daño accidental que puede sufrir la cosa objeto del contrato, entendiéndose por daño, la destrucción, deterioro, robo, etc..., de la cosa*”.⁵⁴¹ Este instituto del riesgo influyó en el sistema de transmisión de la propiedad, determinando el nacimiento de las modernas cláusulas de entrega y de la actual tipología contractual de la compraventa internacional. Las cláusulas de entrega nacen a raíz de la preocupación de los contratantes por librarse de los riesgos que representaba la navegación marítima.⁵⁴²

La cuestión de la transmisión del riesgo se centra en la obligación de pagar el precio de las mercaderías, o sea, si las mercaderías sufren un daño cuando el riesgo ya estaba a cargo del comprador, éste tendrá que pagar el precio al vendedor, pero cuando las mismas se pierdan, deterioren o destruyan, antes de la transmisión del riesgo al comprador, éste no está obligado a pagar el precio. El comprador podrá, también, en este supuesto, exigir del vendedor una indemnización por daños y perjuicios ante la falta de entrega.

La transmisión del riesgo está reglado en los artículos 66º y 70º y regula cuatro supuestos que pueden ocurrir la referida transmisión.

Primero, en el caso de compraventa con entrega directa, la transmisión de los riesgos al comprador tiene lugar cuando “*éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción*” (artículo 69º.1). Aquí se encuentra la regla general para la transmisión de los riesgos cuando el comprador está obligado a hacerse cargo de las mercaderías en el establecimiento del vendedor.⁵⁴³ Este tipo de venta se está utilizando cada vez menos por los comerciantes internacionales, toda vez que la venta indirecta está aumentando considerablemente en la actualidad.

Así, la transmisión de los riesgos se da, primero, cuando el comprador se hace cargo de las mercaderías y, segundo, en el caso en que el comprador no se hiciera cargo de las mismas, tiene lugar en el momento de la puesta a disposición del comprador de las mercaderías y éste incurre en incumplimiento al rehusar su recepción. En estas compraventas, el contrato de transporte queda a cargo del comprador, ya que la obligación del vendedor se cierra en el momento que éste entrega las mercaderías al comprador en su establecimiento. La cláusula Ex-work de los INCOTERMS responde, en la práctica, con dicha compraventa a la salida.

Puede ocurrir que las partes hayan pactado que el lugar de la entrega sea distinto del establecimiento del vendedor –venta a la llegada-. Aquí el riesgo es transmitido cuando debe efectuarse la entrega, siempre que el comprador tenga

⁵⁴¹ GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L.. “*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*”, ob. Cit., p. 244.

⁵⁴² MENÉNDEZ, Aurelio. “*La Venta CIF*”, Madrid, 1955, p. 4 y ss.

⁵⁴³ Así, GARAU, Guillermo Alcover. “*La transmisión del riesgo ...*”, ob. Cit., pp. 138 y ss. Por otro lado, NICHOLAS, Barry. “*Art. 69*”, en BIANCA / BONELL (eds.). “*Commentary on the International Sales Law*”, ob. Cit., pp. 502 y ss., va contra este criterio.

conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en este lugar. Esa compraventa a la llegada se equipara a las ventas al desembarque y corresponde, en los INCOTERMS, al grupo D (DAF, DES, DEQ, DDU, DDP).

La Convención regula, también, la compraventa con entrega indirecta, esto es, cuando el vendedor tiene la obligación de entregar las mercaderías al porteador o transportador que hará el traslado hasta el establecimiento del comprador. El artículo 67^o establece que la transmisión de los riesgos tiene lugar cuando el vendedor entrega las mercaderías al '*primer porteador*', pero si existiera un pacto entre las partes de que la entrega de las mercaderías tiene que efectuarse en otro lugar, la transmisión de los riesgos se dará en el momento de la entrega al porteador o transportador en dicho lugar. Por lo tanto, los riesgos en el transporte son soportados por el comprador, quien tiene una posición más ventajosa para reclamar cualquier indemnización al transportista o a la compañía aseguradora.⁵⁴⁴

En este caso, en la práctica comercial se utilizan los INCOTERMS del grupo F -cuando el contrato de transporte incumbe al comprador- y del grupo C -cuando el contrato de transporte es incumbencia del vendedor, pero el riesgo se trasmite en el momento que éste entrega o pone a disposición las mercaderías al primer porteador o transportador-. Cabe señalar que el término '*primer porteador*' es muy importante, pues en los casos de transporte multimodal⁵⁴⁵ el riesgo es transmitido cuando la entrega se efectúa al primer porteador.

Existen, además, las ventas en tránsito, es decir, las mercaderías son compradas cuando ya se encuentran en tránsito, sobre un buque, camión o avión. En este supuesto, a pesar de las críticas a dicho supuesto contemplado en el texto del artículo 68^{o546}, el riesgo se transmite en el momento de la celebración del contrato o en el momento de la entrega de las mismas al primer porteador -cuando el comprador así lo asume-.

No obstante lo expuesto, es necesario señalar que, en la práctica, no fueron muchas las veces que resultaron aplicables las reglas establecidas por la Convención, toda vez que éstas suelen ser desplazadas por la remisión contractual de las partes a los INCOTERMS.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L. "*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*", ob. Cit., p. 250.

⁵⁴⁵ "El transporte multimodal utiliza varios modos de transporte, basándose en un solo documento de transporte y de servicios, emitido por un operador de transporte multimodal quien se responsabiliza por la carga puerta a puerta. El dueño de la carga es parte contratante de dicho documento, al igual que el operador. Este último, especialista del transporte internacional, ejecutará el mismo o subcontratará las diferentes operaciones de la cadena de transporte. Tiene una función de porteador y, por consiguiente, una obligación de resultado llevar la carga a su destino final, tal como fue entregada". En este sentido, CATALANI, Gabriela A.; GINZBURG, Clara A. de; ALBRIEU, María Liliana H.; RIBEIRO, João Batista P. "*Aspectos Jurídicos Generales Relativos al Transporte Multimodal*", APORTES para la Integración Latinoamericana, año V, n° 5, Instituto de Integración Latinoamericana, Universidad Nacional de La Plata, julio de 1999, p. 60.

⁵⁴⁶ En este sentido, GARAU, Guillermo Alcover. "*La transmisión del riesgo ...*", ob. Cit., pp. 248 y ss.; LÉPINETTE, Tomás Vázquez. "*Compraventa Internacional de Mercaderías...*", ob. Cit., pp. 259/260; GARRO y ZUPPI. "*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*", ob. Cit., p. 253.

⁵⁴⁷ LÉPINETTE, Tomás Vázquez. "*Compraventa Internacional de Mercaderías...*", ob. Cit., p. 256. Dicho autor, menciona, aún, que de las 500 sentencias repertoriadas, sólo una trata directamente una cuestión relacionada con la transmisión del riesgo.

3.10. Incumplimiento

Por otra parte, la Convención de Viena distingue los efectos y consecuencias derivados del incumplimiento contractual por parte del comprador y del vendedor, pero también regula supuestos de aplicación común a ambas partes. El texto uniforme prevé cuatro acciones distintas para una parte, frente al incumplimiento de la otra, a lo que se agrega la facultad que el comprador tiene para exigir una rebaja del precio en los casos de entregas de mercaderías no conformes. Debemos tener presente que la idea subyacente en la Convención es mantener el cumplimiento del contrato porque ése era el fin perseguido por las partes al momento de contratar, dejando la resolución contractual como una medida de excepción para los casos de extrema gravedad.

Es necesario realizar unas breves consideraciones acerca de qué entiende la Convención sobre el incumplimiento esencial que posibilita a una parte declarar la resolución del contrato. Para ello, se inspira en la distinción entre '*fundamental breach*' y '*non-fundamental breach*' del sistema anglosajón, pero conforme ya se expusiera, la interpretación deberá realizarse autónomamente, sin hacer uso de las interpretaciones nacionales de algún país. El incumplimiento es esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, conforme el artículo 25^o. El perjuicio, por su vez, habrá de ser determinado según un criterio objetivo, tomándose en consideración tanto el objeto del contrato como las demás circunstancias particulares.⁵⁴⁸ En cambio, si la parte incumplidora no hubiera previsto que su incumplimiento podía frustrar sustancialmente las expectativas de la otra parte y que una persona razonable de la misma condición tampoco lo hubiera hecho, tal incumplimiento no será considerado esencial.⁵⁴⁹

Cuando el incumplimiento sea considerado esencial⁵⁵⁰, posibilita que la parte perjudicada por el incumplimiento de la otra exija el cumplimiento en forma específica, tanto en caso de inactividad del deudor de la prestación como de cumplimiento no conforme, o sea, cuando la entrega de las mercaderías no haya sido cumplida o bien cuando no está conforme al contrato -como cantidad, calidad, etc.- (artículos 46^o.2 y 46^o.3). Sin embargo, el ejercicio de la acción de cumplimiento específico del Derecho interno es aplicable en virtud de la norma de conflicto del foro, es decir, si el derecho aplicable al caso permite tal acción, ella podrá ser ejercitada. En la práctica, esta acción solamente es ejercitada cuando la compensación económica nos es posible, pues generalmente las partes prefieren tal compensación antes que dicha acción.⁵⁵¹

La resolución del contrato, en caso de que la parte perjudicada así lo haya escogido, solamente tendrá efecto cuando se la comunica a la contraparte, a

⁵⁴⁸ En sentido similar, WILL, Michael. "Art. 25", en BIANCA / BONELL (eds.). "*Commentary on the International Sales Law*", ob. Cit., p. 215; GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L. "*Compraventa Internacional de Mercaderías*", ob. Cit., p. 136; LÉPINETTE, Tomás Vázquez. "*Compraventa Internacional de Mercaderías...*", ob. Cit., pp. 162/163; HONNOLD, John. "*Uniform Law for ...*", ob. Cit., p. 256; SÁNCHEZ, Antonio Cabanillas. "*Comentario al art. 25*", en Díez-PICAZO, Luis (coord.). "*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*", ob. Cit., 214.

⁵⁴⁹ GARRO, Alejandro. "*La Convención de las ...*", ob. Cit., p. 3.

⁵⁵⁰ Para tener una noción de lo que la jurisprudencia ha considerado incumplimiento esencial, ver LÉPINETTE, Tomás Vázquez. "*Compraventa Internacional de Mercaderías...*", ob. Cit., pp. 165/166/167.

⁵⁵¹ Idem, ibidem, pp. 271 y ss.

través de la comunicación de resolución contractual, conforme los requisitos establecidos por el artículo 27º, o sea que a partir del momento del envío de la misma, ésta surtirá sus efectos.

En caso de resolución contractual, ésta no produce efectos ‘*ex tunc*’ -como si el contrato no hubiera existido nunca- sino efectos ‘*ex nunc*’⁵⁵², es decir que la resolución del contrato no afecta la indemnización por daños y perjuicios, las cláusulas penales, las de competencia judicial⁵⁵³ o una cláusula arbitral, la cláusula que determina la ley aplicable y las demás estipulaciones que hayan pactado las partes expresamente en este sentido (artículo 81º).

Con relación a los incumplimientos por parte del vendedor, éstos se encuentran regulados por los artículos 45º a 52º.

El artículo 45º prevé distintas acciones que puede ejercitar el comprador para el caso de incumplimiento por parte del vendedor de las obligaciones que están a su cargo, tales como la acción por cumplimiento específico, la resolución del contrato, la rebaja del precio y la acción de indemnización por daños y perjuicios. Por lo tanto, la infracción de cualquiera de las obligaciones por parte del vendedor, sea ella de origen contractual o legal, genera responsabilidad.⁵⁵⁴

El artículo 47º, que tiende a la conservación del negocio jurídico, posibilita que el comprador fije un plazo adicional para que el vendedor cumpla con sus obligaciones, el que debe ser razonable y puede ser concedido a cualquiera de las obligaciones.⁵⁵⁵

El artículo 46º trata de las cuestiones de cumplimiento específico de la obligación que puede ejercitar el comprador, estableciendo que éste podrá exigir que el vendedor cumpla con sus obligaciones siempre que no haya ingresado con otra acción incompatible con este pedido. Así, en casos de falta de entrega o de entrega en un lugar distinto al pactado o de entrega de mercaderías defectuosas física o jurídicamente, el comprador podrá optar por el cumplimiento específico. Tal ejercicio del derecho al cumplimiento específico (artículo 46º.1) deberá ser conforme al artículo 28º, por lo que tal pretensión sólo podrá ser ejercitada por el comprador cuando la ‘*lex fori*’ lo permita. Por los demás incisos del artículo 46º el comprador podrá, además, exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de las pactadas, cuando éstas padezcan de alguna falta de conformidad, pudiendo tal falta dar lugar al incumplimiento esencial del contrato, siempre que dicha sustitución haya sido expresamente formulada en el momento de la comunicación al que se refiere el artículo 39º⁵⁵⁶ o bien dentro de un plazo

⁵⁵² Así, PENADES, Vicente Luis Montes. “Comentario al art. 82”, en DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.). “*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*”, ob. Cit., pp. 661 y ss.

⁵⁵³ TALLON, Denis. “Art. 81”, en DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.). en BIANCA / BONELL (eds.). “*Commentary on the International Sales Law*”, ob. Cit., p. 603.

⁵⁵⁴ Así entiende, LÓPEZ, Angel López y. “Comentario al art. 45”, en DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.). “*Compraventa Internacional de Mercaderías ...*”, ob. Cit., p. 408.

⁵⁵⁵ En este sentido, GARRO y ZUPPI. “*Compraventa Internacional de Mercaderías*”, ob. Cit., p. 178. En sentido contrario, HONNOLD, John. “*Uniform Law for ...*”, ob. Cit., párr. 288.

⁵⁵⁶ El artículo 39 así establece: “1. el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberlo descubierto. 2. En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendeor en un plazo

razonable a partir de ese momento.⁵⁵⁷ El inciso 3º del mencionado artículo, posibilita al vendedor reparar las mercaderías defectuosas, o sea, aquellas que no estén conformadas física o jurídicamente⁵⁵⁸, para lo cual el comprador deberá comunicar dicha falta de conformidad dentro del plazo establecido en el artículo 39º o bien dentro de un plazo razonable. Asimismo, dicha reparación debe ser ajustada dentro de la razonabilidad, no pudiendo significar un coste muy elevado para el vendedor.

La parte compradora deberá tener cuidado con el supuesto del artículo 39º que trata de las notificaciones que deben ser realizadas por él al vendedor, ya que la falta de dicha notificación podrá obstaculizar el ejercicio de los derechos concedidos al comprador en caso de incumplimiento por parte del vendedor y, además, podrá excluir de protección al comprador, pues pasados dos años de la entrega de las mercaderías todos los reclamos posibles expirarán.⁵⁵⁹ Esta norma deberá ser interpretada en el marco de los artículos 40º, 44º y 38º de la Convención.

El artículo 48º concede al vendedor la posibilidad de subsanar el incumplimiento en que haya incurrido, evitando, entre otras cosas, que el comprador resuelva el contrato. Así, en caso de entrega parcial, podrá completar la cantidad restante y en caso de falta de conformidad, disolverla mediante la reparación o supresión de los derechos o pretensiones de terceros, entre otras. Este derecho del vendedor no puede ejercitarse con una demora excesiva ni causar ningún tipo de inconveniente o incertidumbre en cuanto al reintegro de los gastos anticipados por el comprador. Sin embargo, nada impide que el comprador, aunque haya realizado tales obligaciones complementarias, ejercite una acción de indemnización por daños y perjuicios en contra al vendedor, según lo previsto en los artículos 74º a 77º.

El artículo 50º posibilita que el comprador acepte mercaderías no conformes o defectuosas o que hayan sufrido una disminución de su valor en razón de algún vicio, por un precio menor al inicialmente contratado. Esto facilita la instrumentación del equilibrio entre el precio estipulado y el valor recibido, sin que ello afecte la vigencia del contrato.⁵⁶⁰ Para su aplicación es necesario que exista una falta de conformidad de las mercaderías y tal falta, conforme algunos autores, se relaciona solamente con los defectos materiales de conformidad (artículo 35º.1), dejando de lado los defectos jurídicos.⁵⁶¹ El comprador deberá aceptar las mercaderías no conformes al contrato, siempre que tal falta de conformidad haya sido denunciada de acuerdo al artículo 39º de la Convención. Nuevamente, en este supuesto nada impide que el comprador ejercite la acción de indemnización por daños y perjuicios en contra del vendedor.

máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual.

⁵⁵⁷ Este plazo razonable previsto en este artículo, es establecido por la jurisprudencia entre 4 y 6 días laborales si se trata de efectos aparentes y más o menos dos meses en caso de defectos ocultos. LÉPINETTE, Tomás Vázquez. "Compraventa Internacional de Mercaderías...", ob. Cit., pp 231/232.

⁵⁵⁸ LÓPEZ, Angel López y. "Comentario al art. 45", ob. Cit., p. 421.

⁵⁵⁹ FERRARI, Franco. "Applicability and Applications ...", ob. Cit., pp. 227/228.

⁵⁶⁰ WILL, Michael. "Art. 50", en in BIANCA / BONELL (eds.). "Commentary on the International Sales Law", ob. Cit., p. 371.

⁵⁶¹ Em este sentido, LÓPEZ, Angel López y. "Comentario al art. 45", ob. Cit., p. 447; GARRO y ZUPPI. "Compraventa Internacional de Mercaderías", ob. Cit., p. 190; y WILL, Michael. "Art. 50", ob. Cit., p. 376.

El comprador tendrá la posibilidad de declarar resuelto el contrato siempre y cuando el incumplimiento del vendedor sea esencial o cuando el vendedor no entregue las mercaderías ni en el plazo fijado en el contrato ni en uno suplementario fijado por el comprador, siempre que lo haya declarado dentro de los plazos establecidos en el artículo 49^o.⁵⁶² La entrega de mercaderías no conformadas, física o jurídicamente, también puede ser considerada un presupuesto de resolución del contrato (artículo 49^o.1,a) siempre que tal falta constituya un incumplimiento esencial. De la misma manera, el incumplimiento en la entrega de los documentos. La esencialidad será determinada según la naturaleza del documento -una falta de entrega de documentos de tradición de la propiedad, por ejemplo, es un incumplimiento esencial-.⁵⁶³ Asimismo, conforme al artículo 49^o.1.a), el incumplimiento de la reparación a que estaba obligado el vendedor se considera esencial. Por último, según lo establecido en los artículos 49^o.2 y 47^o.1, cuando el comprador fije un plazo suplementario para que el vendedor proceda con la entrega de las mercaderías o para la subsanación de cualquier otro incumplimiento, el transcurso de ese plazo posibilita al comprador resolver el contrato.

Respecto a los incumplimientos por parte del comprador, los mismos se encuentran regulados por los artículos 61^o a 65^o.

El artículo 61^o enumera los principales derechos que el vendedor puede ejercitar para hacer frente a los incumplimientos del comprador. Así, éste podrá optar por exigir el cumplimiento de la obligación -pretensión del cumplimiento- o resolver el contrato, librándose a sí mismo de sus obligaciones. Asimismo, tiene la posibilidad de realizar la especificación que corresponde al comprador (artículo 65^o) y vender las mercaderías que tiene depositadas por no haber tomado posesión el comprador (artículo 88^o).

El artículo 62^o establece que el vendedor podrá requerir que el comprador cumpla con su obligación -pagar el precio, recibir las mercaderías o bien cumplir con otras obligaciones derivadas del contrato, como por ejemplo ciertos certificados-. Conforme ya se mencionara, el ejercicio de la pretensión del cumplimiento específico dependerá del derecho aplicable al caso. Dicha medida, no significa que la relación contractual entre ambos se resuelva, sino que, por el contrario, ella

⁵⁶² "Art. 49. 1. El comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme el párr. 1^o del art. 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado. 2. No obstante, en los casos en que el vendedor haya entregado las mercaderías, el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace: a) en caso de entrega tardía, dentro de un plazo razonable después de que haya tenido conocimiento de que se ha efectuado la entrega; b) en caso de incumplimiento distinto de la entrega tardía, dentro de un plazo razonable: I) después de que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento; II) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el comprador conforme el párr. 1^o del art. 47, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario; III) después del vencimiento del plazo suplementario indicado por el vendedor conforme el párr. 2^o del art. 48, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento".

⁵⁶³ LÉPINETTE, Tomás Vázquez. "Compraventa Internacional de Mercaderías...", ob. Cit., p 225.

continúa. De esta manera, el vendedor deberá aminorar los daños que pudieran producirse, teniendo además, la obligación de conservar las mercaderías.⁵⁶⁴

Conforme a lo establecido en el artículo 63º.1, el vendedor puede fijar un plazo razonable para que el comprador cumpla con sus obligaciones.

El artículo 64º abre la posibilidad de resolver el contrato, siempre que el incumplimiento sea considerado esencial en los términos del artículo 25º y siempre que el incumplimiento no esencial se haya tornado esencial ante la falta de ejecución en el plazo suplementario fijado por el vendedor de conformidad con el artículo 63º -incumplimiento esencial sobrevenido-. Cabe aclarar que la doctrina establece que el mero retraso en el pago no constituye un incumplimiento esencial, pues no priva al vendedor de lo que puede esperar del contrato⁵⁶⁵, desde que tal plazo no haya sido configurado como esencial entre las partes en el contrato. De la misma manera, el retraso en la recepción de las mercaderías tampoco puede constituir un incumplimiento esencial. Sin embargo, la no obtención por parte del comprador de una carta de crédito, por ejemplo, puede constituir un incumplimiento esencial, pues éste tendría la obligación tanto de pagar el precio como de obtener la referida carta de crédito, medio por el cual se realizaría el pago.

En casos de cumplimiento tardío⁵⁶⁶, el vendedor solamente podrá resolver el contrato antes de haber tomado conocimiento⁵⁶⁷ de que se ha efectuado el referido cumplimiento (inciso 2 'a'). El inciso 2.'b' trata sobre una violación del contrato que no adopta la forma de cumplimiento tardío y que es distinta del incumplimiento esencial, pudiendo ser utilizada en los casos de rechazo de las mercaderías por parte del comprador. En estos casos, el vendedor solamente tendrá la posibilidad de resolver el contrato si lo hace dentro de un plazo razonable y adecuado. Asimismo, el vendedor podrá ejercer la acción de indemnización por daños y perjuicios en contra del comprador, aunque haya ejercido cualquier otra.

3.11. Consideraciones Finales

La importancia de esta Convención resulta innegable en el mundo de los negocios internacionales⁵⁶⁸ ya que posibilita la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles internacionales y constituye un importante instrumento para la

⁵⁶⁴ Sobre este supuesto, ver LÉPINETTE, Tomás Vázquez. *“La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional”*, Madrid, 1995, pp. 190 y ss.

⁵⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. *“Comentario al art. 64”*, en in DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.). *“Compraventa Internacional de Mercaderías ...”*, ob. Cit., p. 504.

⁵⁶⁶ Por este supuesto debemos entender la ejecución de la prestación de forma extemporánea pero correcta en cuanto a su contenido con relación al programa contractual. KNAPP, Víctor. *“Art. 64”*, en in BIANCA / BONELL (eds.). *“Commentary on the International Sales Law”*, ob. Cit., p. 470; y DÍEZ-PICAZO, Luis. *“Comentario al art. 64”*, ob. Cit., p. 506.

⁵⁶⁷ Conocimiento este que debe ser real, ya sea del propio comprador o de otras fuentes de información, no bastando, por lo tanto, de un conocimiento presunto – haber debido conocer. DÍEZ-PICAZO, Luis. *“Comentario al art. 64”*, ob. Cit., p. 507.

⁵⁶⁸ *“The CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) represents the biggest success so far achieved by inter-governmental attempts at unification of commercial laws”*. FINANCIAL TIMES, september 21, 1993 – Business Section 1.

armonización del Derecho Internacional Privado en el ámbito del MERCOSUR.⁵⁶⁹ Estas consideraciones deberán ser tenidas en cuenta por aquellos países que hasta hoy no han ratificado la misma.

⁵⁶⁹ “A compatibilização pelo Brasil da sua legislação de comércio internacional com os demais países com que estabelece relações mercantis, e, em especial, com os seus parceiros do Mercosul, é indispensável”. FONSECA, Patrícia Galindo da. “O Brasil perante ...”, ob. Cit., p. 210.

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO

1. Convención sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales. Roma 1980

La hoy Unión Europea, síntesis y actual etapa del proceso de integración económica realizado a través de las Comunidades Europeas, posee objetivos económicos, políticos y jurídicos, cuya finalidad es mantener el acervo comunitario íntegro.⁵⁷⁰

Como ya se manifestara, el derecho comunitario reconoce tres fuentes, a saber: el derecho originario, el derecho derivado y el derecho convencional.⁵⁷¹ Respecto a esta última, se entiende al “conjunto de fuentes convencionales cuyo objeto se sitúa en el campo o prolongación de los objetivos definidos por los Tratados”.⁵⁷² Conforme al artículo 220º del TCE, los Estados Miembros entablarán negociaciones tendientes a concluir aquellos convenios internacionales que el propio Tratado consideró imprescindibles para el funcionamiento del mercado común. Uno de ellos es el Convención de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales⁵⁷³.

Para BERNARD DUTOIT⁵⁷⁴, este Convenio no ha tenido su origen directo en el artículo 220º, como fue el Convenio de Bruselas de 1968, pero ha sido elaborado con la finalidad de armonizar las reglas de derecho para el correcto funcionamiento del Mercado Común. Asimismo, no considera a la Convención como fuente del Derecho Comunitario, de conformidad con la norma de su artículo 20º que determina que la Convención no puede ir contra el Derecho Comunitario.

Este supuesto previsto en el artículo 20º del Convenio de Roma puede ser interpretado como un dato, juntamente con los dos Protocolos interpretativos del Convenio que atribuyen competencias al TJCE. El Convenio incorpora una serie de ideas comunitarias – uniformidad jurídica y solidaridad comunitaria– y los

⁵⁷⁰ HONRUBIA, Victoria Abellán; COSTA, Blanca Vilà (coord.). “Lecciones de Derecho Comunitario Europeo”, ob. Cit., p. 24.

⁵⁷¹ “El sistema de fuentes del ordenamiento jurídico comunitario resulta entonces no sólo de los Tratados constitutivos y de los actos posteriores que los modifican (derecho originario o primario), sino también de los actos adoptados por las instituciones comunitarias en aplicación de los mismos (derecho derivado o secundario). Todo ello sin perjuicio del conjunto de normas, incluso no escritas, que comprende el ordenamiento jurídico comunitario, como los principios generales, o aquellos actos cuyo origen es externo al propio ordenamiento comunitario, tal es el caso del derecho internacional convencional”. Idem, ibidem, p. 124.

⁵⁷² Idem, ibidem, p. 136.

⁵⁷³ Esta Convención de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales surgió como consecuencia directa de la Convención de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. “Art. 4º”, en in CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo (ed.). “Comentario al Convenio de ...”, ob. Cit., p. 94, menciona “este convenio (de Roma de 1980), prolongación natural del Convenio de Bruselas (...)”.

⁵⁷⁴ “The Rome Convention ...”, ob. Cit., p. 39.

Estados Partes son Estados Miembros de la Unión Europea y adoptaron el Convenio en el seno del Consejo de las Comunidades Europeas, llevando a la conclusión de que posee fuertes vínculos con el Derecho Comunitario, conforme lo mencionado por DESANTES REAL.⁵⁷⁵

El Tratado de Ámsterdam del 2 de octubre de 1997 podrá cambiar tal situación, pues prevé, en el artículo 73º (i), lit. (c), que el Consejo deberá adoptar medidas en el campo de la cooperación judicial en cuestiones civiles conforme a lo determinado en el artículo 73º (m). El artículo 73º (m), lit. (b), por su parte, estatuye que dichas medidas deben incluir la promoción de la compatibilidad de las reglas aplicables en los Estados Miembros concernientes a los conflictos de leyes y de jurisdicciones. De manera tal que la materia regulada por la Convención, a partir del Tratado de Ámsterdam, pertenecerá al derecho comunitario, quedando solamente la cuestión de su transformación para una regulación de la Unión Europea.

La elaboración de la Convención de Roma se explica, principalmente, por las intenciones que los Estados Miembros de la Unión Europea tenían de armonizar los distintos sistemas de Derecho Internacional Privado de los referidos Estados en materia de obligaciones contractuales. Por lo tanto, la ley aplicable a los contratos internacionales será la misma en todos los Estados Miembros.⁵⁷⁶

El otro hecho que llevó a la elaboración de la referida Convención de Roma guarda relación con el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones judiciales en materia civil y mercantil, pues dicho Convenio determinaba el tribunal competente y ésta aplicaba, para determinar la ley aplicable al contrato internacional, las normas internas de DIPr, siendo dicha ley distinta de Estado a Estado. Tal procedimiento posibilitaba a las partes ubicar su contrato ante uno u otro Estado con la finalidad de aplicar una u otra ley al contrato internacional -el conocido '*forum shopping*', que trajo aparejado una inseguridad jurídica de ordenación, pues resultaba difícil saber la ley que iba a regir el contrato internacional, toda vez que dependería del Tribunal que conociera del asunto y que aplicaría sus propias reglas de conflictos-⁵⁷⁷.

El resultado buscado, entonces, fue posibilitar la libre circulación de personas, bienes y servicios, o sea, privilegiar la seguridad jurídica de las personas involucradas en un contrato internacional, pues la ley a ser aplicada será siempre la misma, sea cual fuere el Tribunal que conociera del asunto.

⁵⁷⁵ REAL, M. Desantes. "*España ante el proceso de elaboración del DIPr. Intracomunitario*", España y la Codificación internacional del DIPr. (III Jornadas de DIPr.), pp. 203-224.

⁵⁷⁶ La invitación para que la Comisión de la entonces Comunidad Europea trabajase en un instrumento para uniformizar el conflicto de leyes partió del representante de Bélgica en 1967, pero el texto final fue firmado el 19 de junio de 1980, entrando en vigor sólo once años después, el 1º de abril de 1991, tras el depósito del séptimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, conforme determina su artículo 29. Es interesante, además, que dicho texto de la Convención fue aplicado unilateralmente en algunos países, sin que la misma entrara en vigor. Así ocurrió, por ejemplo, en Dinamarca, Luxemburgo, Bélgica y Alemania. En verdad, Dinamarca - Ley nº 188 de 9 de mayo de 1984- y Alemania - Ley de 25 de Julio de 1986, BGBI- incorporaron en sus reglas internas de Derecho Internacional Privado la Convención de Roma.

⁵⁷⁷ DELAUME, G. R.. "*The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Why a Convention?*", Virginia Journal Of International Law, 1981, pp. 105-121.

La Convención de Roma regula el Derecho aplicable al fondo del contrato, pero además, regula la ley concerniente a la forma del contrato (artículo 9º), a las modalidades de ejecución de las obligaciones (artículo 10º.2) y algunos aspectos sobre la prueba de las obligaciones contractuales (artículo 14º). Como puede ser observado en el texto, sus redactores optaron por proporcionar una uniformidad de las normas de conflictos relativas a las obligaciones contractuales y no uniformizar la normativa material, o sea, no resuelve el problema jurídico-material de la controversia, sino que señala la ley aplicable al contrato o, en otras palabras, “*el ordenamiento jurídico en cuyas normas sustantivas debe encontrarse la solución al problema jurídico-material planteado*”.⁵⁷⁸

Para ciertos autores europeos, la Convención de Roma debe ser aplicada de oficio, es decir que no existe la necesidad de ser alegado por las partes, pues el Tribunal, aún en los casos en que las partes no la conocen, le aplicará, conforme el adagio ya comentado anteriormente, *Jura Novit Curia*, asegurando el carácter uniforme en las soluciones.⁵⁷⁹

1.1. Interpretación

De acuerdo con el artículo 18º, para ‘*la interpretación y la aplicación de las reglas uniformes que preceden, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la conveniencia de conseguir que se interpreten y apliquen de manera uniforme*’. Aquí se está ante la siempre utilizada forma de interpretación que debe ser observada tanto por los operadores del derecho como por los tribunales que van a conocer de los asuntos vinculados a la Convención.

Al igual que la Convención de Viena de 1980, la de Roma, por ser un instrumento internacional que tiene como finalidad uniformizar una determinada materia, debe ser interpretada de manera autónoma, lejos de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Miembros de la UE. Esta interpretación autónoma deber tener en consideración los conceptos y normas consagradas por el propio texto de la Convención, con atención a sus objetivos, su sistema y su función, encontrándose sujeta a las reglas de interpretación de los Convenios Internacionales –interpretación gramatical, sistemática, auténtica, casi auténtica, utilización de los trabajos preparatorios, los trabajos desarrollados por la doctrina internacional, el informe escrito del Convenio⁵⁸⁰, etc...-.

La Convención deberá ser interpretada de manera uniforme en todos los Estados Contratantes, para lo cual podrán utilizarse las jurisprudencias que surjan de su aplicación, tanto por parte de los Tribunales nacionales como por el TJCE, toda vez que, hasta el presente, existen dos Protocolos *ad hoc* por los cuales se confía al TJCE la interpretación de la Convención de Roma, a través de la vía del

⁵⁷⁸ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. “*El Convenio de Roma ...*”, ob. Cit., p. 45.

⁵⁷⁹ FOYER, J.. “*Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*” Clunet, 1991, pp. 601-631; y CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. “*El Convenio de Roma ...*”, ob. Cit., p. 46.

⁵⁸⁰ Informe desarrollado por M. GIULIANO y P. LAGARDE. “*Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*”, DOCE, nº 327 de 11 de diciembre de 1992, versión española.

recurso prejudicial del artículo 234⁵⁸¹ del Tratado de Amsterdam (ex art. 177^o del Tratado de la CEE), como el existente para el Convenio de Bruselas de 1968.⁵⁸² Como, pese a su finalidad, estos Protocolos no se encuentran en vigencia todavía, la uniformidad mencionada por el artículo 18^o de la Convención abarca tanto la interpretación de los conceptos empleados por la misma como la aplicación de su sistema de normas.⁵⁸³

1.2. Ámbito de Aplicación

Esta Convención es aplicable sólo en los supuestos que envuelvan contratos internacionales y, más precisamente, a las obligaciones contractuales que impliquen un conflicto de leyes⁵⁸⁴, por lo tanto, se aplica a los contratos tanto civiles como mercantiles, sean ellos onerosos o gratuitos. En cuanto al carácter internacional, el mismo es aplicable en los casos en que las obligaciones contractuales tengan presente uno o varios elementos de extranjería con relación a un país. Conforme a su texto, las obligaciones contractuales implican ‘conflicto de leyes’ cuando poseen un elemento internacional cualquiera.⁵⁸⁵ Así, en el supuesto de un contrato puramente nacional en el que las partes eligen una ley extranjera para regir el mismo, esa elección es la que establece el elemento de extranjería.

⁵⁸¹ “Art. 234 (antiguo artículo 177). El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE; c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean....”. En GARCIA, Ricardo Alonso (prep.). “Tratado de Amsterdam y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea”, 1ª ed., Madrid, 1998, p. 341.

⁵⁸² Se trata del Primer Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales y del Segundo Protocolo por el que se atribuyen al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinadas competencias en materia de interpretación del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales. Abiertos a la firma en 19 de diciembre de 1988.

⁵⁸³ KAYE, P.. “The new Private International Law of Contract of the European Community”, Aldershot, 1993, pp. 355-358.

⁵⁸⁴ Conforme el Informe, los supuestos contemplados por el Convenio deben tener uno o más elementos extranjeros, acarreando la aplicación de sistemas jurídicos distintos, “(...) las normas uniformes del Convenio sólo son aplicables a las obligaciones antedichas en las situaciones que supongan un conflicto de leyes. Esta precisión tiene la finalidad de definir mejor el objeto propio de las normas uniformes del Convenio. Se sabe que la ley aplicable a los contratos y a las obligaciones que engendran no es siempre la del país en los que los problemas de su interpretación o de su ejecución se cuestionan. Hay situaciones en las que esta ley no está considerada ni por el legislador ni por la jurisprudencia como la mejor adaptada para regir el contrato y las obligaciones que resultan del mismo. Se trata de situaciones que suponen uno o varios elementos de extranjería con relación a la vida social interna de un país (por ejemplo: el hecho de que una parte o todas las partes del contrato sean nacionales, extranjeros o personas domiciliadas en el extranjero; el hecho de que el contrato se haya celebrado en el extranjero, el hecho de que una o varias de las prestaciones de las partes deben ejecutarse en un país extranjero, etc.), lo que confiere a los sistemas jurídicos de varios países la idoneidad para ocuparse de ello. Precisamente en estas situaciones las normas uniformes están destinadas a encontrar su aplicación”. M. GIULIANO y P. LAGARDE. “Informe relativo al Convenio ...”, ob. Cit., p. 10.

⁵⁸⁵ “(...) Con la solución acogida, las obligaciones contractuales implican un ‘conflicto de leyes’ cuando contienen un elemento internacional – sea cual fuera -, incluyendo el caso de contratos que afectan a los ‘intereses del comercio internacional’, esto es, contratos cuyos elementos son puramente internos pero que son parte de operaciones económicas más complejas que presentan carácter internacional. Se trata de un concepto económico de la internacionalidad del contrato que ha encontrado cierto eco en la jurisprudencia francesa en la materia”. CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. “El Convenio de Roma ...”, ob. Cit., p. 63.

La Convención es de aplicación aún en aquellos casos en que la ley designada sea de un Estado no contratante -carácter universal-.⁵⁸⁶ Además, es no-retroactiva, conforme al artículo 17º que refiere: *'el Convenio se aplicará en cada Estado Contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en tal Estado'*.

Algunas materias quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Convención, como por ejemplo: estado civil y capacidad de las personas físicas (artículo 1º.2.a); obligaciones contractuales relativas a regímenes matrimoniales, alimentos, testamentos y sucesiones (artículo 1º.2.b); obligaciones originadas de letras de cambio, cheques, pagarés u otros instrumentos en la medida que se deriven de su carácter negociable (artículo 1º.2.c); cuestiones procesales, convenios arbitrales, acuerdos de elección de foro (artículo 1º.2.d); cuestiones reguladas por el Derecho Societario -constitución, capacidad, funcionamiento interno, disolución y responsabilidad legal de los socios y órganos por las deudas de la persona jurídica- (artículo 1º.2.e); poder de representación de personas físicas o jurídicas (artículo 1º.2.f); la constitución de *trusts* y las relaciones que se creen entre los constituyentes (artículo 1º.2.g); la prueba y el proceso -sin perjuicio del artículo 14º- (artículo 1º.2.h); y los contratos de seguro que cubran riesgos situados en los territorios de los Estados Miembros (artículo 1º.3).

1.3. Determinación de la Ley Aplicable al Fondo del Contrato

Para determinar la ley aplicable al contrato se utilizan dos tipos básicos: primero, cuando las partes están en situación de igualdad, prevaleciendo la regla general de la autonomía de la voluntad para determinar la ley que regirá el contrato y, en su defecto, la regla de la proximidad, la cual utiliza los puntos de conexión en cascada (artículos 3º y 4º); y, segundo, cuando una de las partes se encuentre en posición más débil, es decir, en los supuestos que involucre trabajadores y consumidores, donde se establece un régimen jurídico más favorable a los intereses de estos últimos (artículos 5º y 6º).

El artículo 3º.1 reza *'el contrato es regulado por la ley elegida por las partes'*, por lo que el punto de conexión principal es la autonomía de la voluntad de las partes. Esa autonomía, por su parte, es la conflictual y no la material.⁵⁸⁷ Esta elección debe ser entendida lo más ampliamente posible, lo que significa que las partes pueden elegir cualquier ley, aunque la misma no tenga conexión alguna con el contrato.

No existe un consenso entre los autores en lo que se refiere al supuesto de que las partes, ante la autonomía de la voluntad consagrada por este artículo, podrán sólo elegir un ordenamiento jurídico estatal o si, además, podrán elegir una ley que no sea nacional –como, por ejemplo, los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales- o los Principios Europeos del Derecho

⁵⁸⁶ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. *"Ley Aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)"*, Derecho de los Negocios, año 5, nº 43, p. 2.

⁵⁸⁷ *"Aquella es la facultad reconocida a las partes de un contrato internacional para determinar cuál es el ordenamiento jurídico aplicable a las cláusulas de su contrato. Esta es la facultad que tienen las partes de un contrato – interno o internacional – para dotar de contenido a las cláusulas del contrato, dentro de los límites de ius cogens vigentes en el ordenamiento jurídico rector del contrato"*. En CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. *"Ley Aplicable a los..."*, ob. Cit., p. 14, Nota de Rodapié nº 30.

Contractual de 1995 u otros instrumentos convencionales. Para DUTOIT⁵⁸⁸ es posible el segundo supuesto, mientras que para CALVO CARAVACA⁵⁸⁹ solamente es válido el primero. Ante la eventualidad de que las partes deban elegir una ley que mejor se encuadre a los supuestos de su contrato, nada mejor que dejar librado a las mismas la posibilidad de elegir la ley más conveniente. Uno de los motivos para la elaboración de convenios internacionales en materias como ésta, es, sin duda, el de dotar al tráfico internacional económico de certeza y seguridad en sus transacciones, incrementando, de esta manera, la contratación internacional y, consecuentemente, el intercambio económico y la circulación internacional de la riqueza.

En cuanto a la forma de dicha manifestación de las partes, ésta puede ser expresa o tácita. En la expresa, las partes de común acuerdo, de manera oral o escrita, designan la ley a ser aplicada al contrato –*pactum de lege utenda*-. En la tácita o implícita, la designación debe ser encontrada junto a las circunstancias del propio instrumento contractual -las partes, sus nacionalidades, comportamiento de ambas a lo largo de la negociación, las correspondencias cambiadas entre ellas, lugar de conclusión, de ejecución del contrato, algún concepto legal conocido solamente en un determinado país, la elección de un órgano judicial estatal de un país y la lengua del contrato, entre otras-. Consideradas en conjunto o separadas, posibilitarán que los Tribunales precisen cuál fue la voluntad presunta de las partes.

Asimismo, el artículo 3º.1 posibilita el fraccionamiento del contrato en la determinación de la ley aplicable⁵⁹⁰ -*dépeçage*- cuando afirma que '*las partes pueden designar la ley aplicable a todo el contrato, o bien solamente a una parte*'. Sin embargo, existe una restricción, ya que se debe considerar qué partes pueden separarse a fin de evitar una pérdida de coherencia o del sentido jurídico del contrato debido a su sumisión a diferentes ordenamientos jurídicos.⁵⁹¹

Según el artículo 3º.2, '*las partes pueden convenir, en cualquier momento, en someter el contrato a una ley diferente a la que lo que regulaba hasta el momento*', por tanto las partes podrán elegir en cualquier momento la ley a ser aplicada a su contrato o bien modificar un acuerdo anterior sobre la ley aplicable.

⁵⁸⁸ "Furthermore it ought to be admitted that, in the framework of art. 3 (1), reference can be made not only to a national law but also either to uniform law laid down in international conventions (like for instance the CMR Convention) or even to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994) or to the Principles of European Contract Law (1995)". DUTOIT, Bernard. "The Rome Convention ...", ob. Cit., p. 44.

⁵⁸⁹ "Resulta más correcto, sin embargo, entender que la elección debe recaer en un ordenamiento estatal. Así, si los contratantes se someten a un orden jurídico no estatal, como por ejemplo, la *lex mercatoria*, tal sometimiento no será una auténtica elección en el sentido del art. 3, por lo que se aplicará el ordenamiento reclamado por el art. 4 a falta de elección". CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. "Ley Aplicable a los ...", ob. Cit., p. 4. Así también es la opinión de CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. "El Convenio de Roma ...", ob. Cit., p. 77.

⁵⁹⁰ Sobre este término, ver interesante estudio realizado por GONZÁLEZ, J. Carrascosa. "El contrato internacional – fraccionamiento versus unidad –", Madrid, 1992.

⁵⁹¹ "Así, ad ex., no sería admisible, en principio, que, en un contrato internacional de compraventa, las partes sometiesen las obligaciones del vendedor a un ordenamiento y las del comprador a otro, puesto que el resultado podría ser absolutamente incoherente. El tratamiento fraccionado sólo cabe respecto de las partes del contrato que sean suficientemente separables y tengan una entidad autónoma. Un ejemplo, en este sentido, lo constituiría una cláusula compromisoria incluida en contrato internacional por la que se sometieran a arbitraje los litigios derivados del mismo: en principio, es admisible que las partes sometan el contrato a un ordenamiento jurídico y la cláusula compromisoria a otra diferente". CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. "Ley Aplicable a los ...", ob. Cit., p. 16, Nota al Pie de página nº 53.

Esta Convención determina la aplicación de una determinada ley al contrato y no a las obligaciones contractuales. Eso significa precisar que la ley a ser aplicada debe ser determinada contrato por contrato.

1.4. Ley Aplicable en Defecto de Elección

Por su parte, el artículo 4º trae una serie de criterios objetivos que deben ser obedecidos para la determinación de la ley aplicable al contrato en defecto de elección o cuando ésta no sea válida o aplicable sólo a una parte del contrato.

El artículo 4º.1 dispone que '*el contrato será regulado por la ley del país con el cual presenta un vínculo más estrecho*', utilizándose el principio de la proximidad -vínculo territorial y no jurídico, conforme PLENDER-.⁵⁹² Esta solución podría traer algunos peligros en el momento de determinar la ley aplicable, por lo cual los redactores del Convenio optaron por agregar un sistema de presunciones que ayudan, tanto a las partes como a los jueces, a precisar con más seguridad y certeza la ley a ser aplicada al contrato.

Así, el artículo 4º.2 establece la regla general de la '*prestación característica*' por la cual debe ser presumido que el contrato presenta el vínculo más estrecho con el país donde la parte que debe ejecutar la prestación característica tiene su residencia habitual o su administración central en el momento de perfeccionamiento del contrato⁵⁹³, debido a que todo contrato, por lo general, presenta una prestación característica que lo diferencia de los demás tipos contractuales. Conforme al artículo 4º.4, este supuesto no es válido para los contratos de transportes de mercaderías, pues aquí el vínculo más estrecho se encuentra con el país donde el transportador tiene su sede principal al momento de la conclusión del contrato, en caso de coincidir con el lugar de carga o descarga o con la sede principal del remitente. Cuando se trate de derechos reales inmobiliarios, dicho vínculo se encuentra con el Estado de situación de los inmuebles (artículo 4º.3). Sin embargo, si la prestación característica no se puede determinar o cuando el contrato presenta lazos más estrechos con otro país, tales presunciones no tienen lugar (artículo 4º.5). Aquí se deberá tomar en consideración el principio de mayor proximidad sobre las anteriores, o sea, esta regla implica en la valoración judicial del conjunto de circunstancias que rodean a cada contrato en concreto.

1.5. Requisitos de Forma

Para ser considerado válido desde el punto de vista formal, el contrato deberá observar las disposiciones del artículo 9º que consagra tanto la regla *locus regit actum* como la *lex causae* las que se encuentran en relación alternativa, es decir,

⁵⁹² PLENDER, R.. "*The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*", Londres, 1991, pp. 198/205. En este sentido, también se manifiesta M. GIULIANO y P. LAGARDE. "*Informe relativo al Convenio ...*", ob. Cit., pp. 17/19.

⁵⁹³ "As a rule, the characteristic performance of a contract is not the payment of money. Thus, in the case of a sales contract, it is the delivery of the goods and not payment of the price which characterizes the contract. It is, therefore, the seller's law which applies". JAYME, Erik. "*The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980)*", en SARCEVIC, Petar (ed.). "*International Contracts and Conflicts of Laws – a collection of essays*", Londres/Dordrecht/Boston, 1990, p. 43.

basta que el contrato cumpla los requisitos de una sola de ellas para que sea válido. Así, cuando un contrato es celebrado entre presentes su forma tendrá validez cuando reúna las condiciones de manera que resulte aplicable en virtud de la Convención o de la ley del país de la celebración del mismo. Cuando el contrato es perfeccionado entre ausentes, su validez está condicionada a la reunión de las condiciones –tanto de la ley que rige el fondo del contrato como de la ley de cualquiera de los países de las partes involucradas en el contrato-. La regla a ser utilizada es *favor negotii*, o sea, la que favorece la validez del contrato.

1.6. La Carga de la Pueba

Con relación a la carga de la prueba, la Convención solamente regula el objeto, la carga y los medios de prueba.⁵⁹⁴ De acuerdo a lo establecido en el artículo 14^o.1, el objeto y la carga se someten a la ley que regula el fondo del contrato –*lex causae*-, por lo que dicha ley determinará quién debe probar y qué debe ser probado. Los medios de prueba se someten al estatuto personal o a la *lex fori* (artículo 14^o.2). Conforme este artículo, los medios de prueba sólo serán admisibles cuando puedan practicarse según la ley del foro.

1.7. Normas Imperativas

En cuanto al principio de las normas imperativas, de acuerdo con casi la totalidad de las Convenciones Internacionales, la Convención de Roma consagra dicho principio, estableciendo que la ley a ser aplicada, ya sea ella determinada según el artículo 3^o o el 4^o, debe obedecer a las normas imperativas internacionalmente existentes. Así, según lo regula el artículo 7^o, la Convención se apoya en la distinción entre normas imperativas internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico del foro y aquellas que forman parte del ordenamiento jurídico de un tercer Estado. En ambos casos, por tratarse de normas que tienen por objetivo proteger los intereses del Estado, ponen freno a la aplicación de la ley determinada para ser aplicada al contrato.

El artículo 7^o.1 menciona que *'al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables en cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarán de su aplicación o de su inaplicación'*. Esta norma persigue reconocer la incidencia de normas imperativas de Estados distintos al de la ley del contrato.

Por lo tanto, son normas distintas de las existentes en el sistema legal del juez –*lex fori*– y también distintas de las existentes en el Derecho del propio contrato en su conjunto –*lex causae*-. Este supuesto es ampliamente discutido por la doctrina

⁵⁹⁴ "(...) el art. 14 no resuelve la cuestión de la administración de la prueba que el derecho de cada Estado contratante somete a la ley del juez que conoce del asunto". M. GIULIANO y P. LAGARDE. "Informe relativo al Convenio ...", ob. Cit., p. 33.

européa, al punto que el propio texto de la Convención abre a los contratantes la posibilidad de efectuar reservas, conforme lo establece el artículo 22.1(a).⁵⁹⁵

Para la aplicación de las normas imperativas de terceros Estados, deben darse algunos presupuestos, tales como que ésta norma extranjera sea de *ius cogen*, conforme su propio sistema legal, aplicable cualquiera sea la ley rectora del contrato; que exista, también, un vínculo estrecho entre la situación y el país que estableció dicha norma, la cual deberá ser apreciada caso por caso y que los jueces podrán o no considerar suficiente; y que, además, los jueces valoren la naturaleza y objetivos de la norma, como las consecuencias de la aplicación o inaplicación en el caso planteado.⁵⁹⁶ Ante todo, el juez '*podrá dar efecto*' a dichas disposiciones del tercer Estado, por lo que no está obligado a aplicar las normas internacionalmente imperativas del tercer Estado.

Por otra parte, el artículo 7^o.2 consagra que deberán observarse las normas imperativas del foro en el momento de la determinación de la ley aplicable al contrato, cuando menciona que '*las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato*'. El contrato internacional debe estar cubierto por el ámbito de aplicación de la norma tenida como imperativa, para lo cual es necesario que la misma sea considerada como tal por el ordenamiento jurídico del foro, además de existir un vínculo con este sistema jurídico.

El Convenio de Roma cuida, también, de tipos contractuales donde existan partes más débiles, tal como contratos con consumidores y contratos de trabajos, temas estos que no serán analizados aquí.

1.8. Consideraciones Finales

Aparte de sus imprecisiones y de críticas por parte de algunos juristas, el Convenio de Roma es, sin duda, un excelente instrumento para aproximar los distintos sistemas jurídicos de los Estados Miembros de la Unión Europea.⁵⁹⁷ En resumen, trae una solución propia para establecer la ley aplicable a los contratos internacionales, distinta de las tantas existentes en el ámbito de la Unión Europea, buscando una seguridad jurídica en el comercio internacional intrazona.

2. Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales –CIDIP V.

Ante los conflictos internacionales de leyes, es factible crear o perfeccionar normas internas que resuelvan las colisiones de normas jurídicas de países distintos. Además, pueden intentarse esfuerzos por parte de los Estados para crear o perfeccionar las normas internacionales que conducen a la elección de la norma jurídica aplicable.

⁵⁹⁵ Ya hicieron uso de la misma, Alemania, Portugal, Irlanda, Reino Unido y Luxemburgo.

⁵⁹⁶ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. "*Ley Aplicable a los ...*", ob. Cit., p. 12.

⁵⁹⁷ Idem, ibidem.

Conforme ya se mencionara, en 1971 la Organización de los Estados Americanos, preocupada por los distintos tratamientos dados al Derecho Internacional Privado entre los países americanos, inició una serie de Conferencias especializadas -CIDIP's I, II, III, IV y V⁵⁹⁸- con el objetivo de uniformizar las soluciones jurídicas de Derecho Internacional Privado de la región.

La CIDIP V, realizada en 1994 en México, aprobó dos convenciones, una de ellas sobre contratación internacional. Al aprobarse esta Convención sobre Derecho Aplicable en los Contratos Internacionales, los mismos experimentaron un importante avance en cuanto a su reglamentación.⁵⁹⁹

A pesar que los Estados Partes del MERCOSUR participaron en la citada Conferencia, hasta el momento ninguno de ellos la ratificó o aprobó pese a que ello permitiría contar con una regulación mínima de los contratos internacionales en la región.⁶⁰⁰

En verdad, el tema de la contratación internacional había sido formulado en la IV Conferencia realizada en Montevideo, Uruguay, la cual tenía como objetivo inicial concluir un Convenio acerca del tema, pero el tiempo de que disponían para llevarlo a discusión y elaborar las conclusiones necesarias no era suficiente.⁶⁰¹ Por lo tanto, hubo apenas algunas discusiones sobre el tema de manera amplia, lo cual posibilitó la determinación de algunos puntos en que las delegaciones encontraban consenso, quedando acordado que, con base en los estudios hasta entonces realizados, se comenzaría un trabajo con vistas a una futura Convención.⁶⁰²

⁵⁹⁸ *“La Organización de Estados Americanos tomó a su cargo las tareas de codificación del Derecho Internacional Privado en América y ha auspiciado la realización de varias Conferencias de Derecho Internacional Privado con la denominación a cada una de ellas de: Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado y conocidas con sus respectivas siglas como CIDIP. Se han verificado varias CIDIPS y para su respectiva distinción se han numerado progresivamente con números romanos, las que hasta ahora se han verificado y que son: CIDIP I, Panamá, 1975; CIDIP II, Montevideo, Uruguay, 1979; CIDIP III, La Paz, Bolivia, 1984; CIDIP IV, Montevideo, Uruguay, 1989; CIDIP V, Distrito Federal, México, 1994”.* GARCÍA, Carlos Arellano. *“La Cláusula Federal en Convenciones Interamericanas de Derecho Privado”*, en <http://legal.infosel.com/Legal/EnLinea/Articulos/articulo/0008/>.

⁵⁹⁹ TAQUELA, Maria Blanca Noodt. *“La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, tomo 1996, pp. 397-434.

⁶⁰⁰ TAQUELA, Maria Blanca Noodt. *“Contratos Internacionales en el MERCOSUR. Conveniencia de adoptar la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, CIDIP-V”*, en *Doctrina Judicial*, 1996-2, pp. 929-931.

⁶⁰¹ La subsecretaría Jurídica de la OEA había encomendado un estudio al profesor y magistrado argentino Antonio Boggiano acerca de la contratación internacional. En este estudio, el profesor Boggiano analizó algunos aspectos relacionados al tema en los países de Latinoamérica y en las convenciones internacionales hasta entonces existentes. En su parte conclusiva hizo cuatro recomendaciones a la CIDIP IV. La primera y la segunda tratan de recomendar que los Estados miembros de la OEA ratificasen tanto la Convención de La Haya sobre el tema de la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1986 como la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventas Internacionales de Mercaderías de 1980. Las otras dos recomendaciones fueron hechas en el sentido de la necesidad de incluir en la agenda de la OEA los estudios sobre la jurisdicción internacional y, cuanto a la ley aplicable a los contratos internacionales, la necesidad de adoptar la Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. BOGGIANO, Antonio. *“Contratos Internacionales”*, 2ª ed., Buenos Aires, 1995, p. 155.

⁶⁰² Cuanto al tema de la autonomía de la voluntad de las partes, la gran mayoría de las delegaciones presentes en la CIDIP IV consentían con dicho principio, mientras que el delegado brasileño hizo una manifestación desfavorable a la recepción del referido principio, pues iba en contra de la actual normativa brasileña que trataba del tema. Destacó, además, que la doctrina era favorable a tal libertad de las partes,

En la reunión realizada en la ciudad de TUCSON⁶⁰³, Arizona, la Comisión Jurídica Interamericana, que ya había iniciado estudios sobre el tema en 1990, destacó que la gran mayoría de las legislaciones internas de los países latinoamericanos permanecían estáticas en cuanto a la regulación de los contratos internacionales, mientras que se estaba ante una tendencia de apertura de las economías, de integración económica y, consecuentemente, de una mayor interdependencia comercial, lo cual no era aceptable.⁶⁰⁴ Siendo así, era necesario dotar a los países de una legislación moderna y eficiente sobre los contratos internacionales.⁶⁰⁵

Con posterioridad a dicha reunión, entre los días 14 y 18 de marzo de 1994, se concretó la CIDIP V, que tomó como base el denominado 'Proyecto de Tucson', el cual sufrió modificaciones posteriores, dando lugar a la Convención sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Los trabajos estuvieron a cargo de la Comisión I, presidida por Gonzalo Parra-Aranguren, de Venezuela.

2.1. Interpretación

El artículo 4º de la CIDIP V, menciona que para '*la interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación*', de manera tal que para obtener una mejor interpretación de sus normas, tendrá que ser tomado en consideración el carácter internacional, por lo que su interpretación deberá ser realizada autónomamente, sin interferencias de los supuestos nacionales de los Estados Contratantes.

En lo que se refiere a la uniformidad de aplicación, su texto deberá ser interpretado igualmente en todos los Estados Contratantes que la apliquen. Para tales supuestos, los intérpretes de la Convención podrán utilizar los trabajos preparatorios existentes, tales como los realizados en el seno de la CIDIP IV, los de la reunión de Tucson⁶⁰⁶ y los de la propia reunión realizada en México. La utilización de la jurisprudencia por el momento se encuentra estancada, dado que hasta el presente solamente fueron depositados dos instrumentos de ratificación - de México y Venezuela-. Asimismo, los estudios realizados por distintos autores también deberán ser tenidos en cuenta en el momento de la interpretación por los jueces nacionales y/o los árbitros.

pero la jurisprudencia estaba en el sentido contrario. AGUIRRE, Cecilia Fresnero de. "*La autonomía de la ...*", ob. Cit., pp. 76-79.

⁶⁰³ Esta reunión fue celebrada el día 11 al 14 de noviembre de 1993 y fue una reunión de especialistas y no de representantes de los Estados. Para tener una noción mejor de la reunión y de sus conclusiones, bien como de los participantes, ver ARAUJO, Nadia de. "*Contratos Internacionales ...*", ob. Cit., específicamente pp. 175-178.

⁶⁰⁴ Idem, ibidem, p. 173.

⁶⁰⁵ En el Preámbulo del texto final de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, encontramos dicha preocupación, cuando consideran '*que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental y que para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico*'. OEA/Ser. K/XXI.5 CIDIP-V/doc.34/94 ver. 3, 17 de marzo de 1994.

⁶⁰⁶ La transcripción de las reuniones será, en el futuro, publicada por la OEA y por la National Law Center for Inter.-American Free Trade, conforme informado por la autora NADIA DE ARAUJO. "*Contratos Internacionales ...*", ob. Cit., p. 175/176.

2.2. Ámbito de Aplicación

Respecto al ámbito de aplicación, la Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales, sean de naturaleza comercial o civil, de manera tal que se está ante normas que resuelven conflictos de leyes; no son normas materiales tendientes a resolver los problemas existentes, sino que asignan competencia a una determinada ley nacional.

En la segunda parte del artículo 1º se contempla el supuesto innovador de la Convención, ya que define el contrato internacional como aquél en que *'las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte'*. Este concepto es inexistente en las demás Convenciones internacionales que tratan del tema y en él los responsables de la Convención utilizaron dos criterios: uno, geográfico y subjetivo -residencia habitual o establecimiento en Estados Partes diferentes- y otro, objetivo -cuando el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte-. En los contratos en que sean partes Estados, entidades u organismos estatales, el texto de la Convención podrá ser utilizado, salvo manifestación expresa en contrario o reserva hecha en el momento de la firma, ratificación o adhesión a la Convención.

El artículo 2º consagra el carácter universal de la Convención, pues ésta podrá ser aplicada aun cuando el derecho designado por ella sea el derecho de un Estado no Parte en la misma.

En cuanto al ámbito de aplicación temporal, la primera parte del artículo 28º establece que *'esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes en el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación'*, por tanto, esta Convención se encuentra en plena vigencia desde 15 de diciembre de 1996, fecha en que México ha depositado su instrumento de ratificación.

Sin embargo, las disposiciones de la Convención no podrán ser utilizadas antes de su entrada en vigencia para el Estado que la ratifique, conforme establece el artículo 19º, según el cual *'las disposiciones de esta Convención se aplicarán en un Estado Parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en este Estado Parte'*. La entrada en vigencia de la Convención se dará en el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la OEA, conforme lo establecen los artículos 27º y 28º. Brasil y Uruguay han firmado la Convención, pero hasta el momento ninguno de ellos ha depositado el instrumento de ratificación.

2.3. Materias Reguladas por la Convención

El artículo 14º establece que *'el derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente su interpretación; los derechos y las obligaciones de las partes, el cumplimiento, incumplimiento y los daños y perjuicios; los modos de extinguirse las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones; y, por fin, las consecuencias*

de la nulidad o invalidez del contrato'. Así, los supuestos enumerados por este artículo serán regulados por el derecho determinado a aplicarse al contrato según las normas de la Convención –autonomía de la voluntad o vínculo más estrecho–.

Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 5º, la Convención no determina el derecho aplicable a cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, de la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes; no regula el derecho de familia ni sucesorio; de las obligaciones provenientes de títulos de crédito ni de actuación en los mercados de valores; del arbitraje ni de la elección de foro; y sobre cuestiones societarias.

Los motivos que llevaron a dejar dichas materias excluidas del ámbito de la Convención fueron, primero, que muchas de las mismas ya eran tratadas en anteriores Convenciones de la propia OEA⁶⁰⁷ y, segundo, porque en las demás “*el aspecto contractual no resulta prevaleciente frente a imperativos de orden público, como es el caso del derecho de familia y la competencia jurisdiccional*”.⁶⁰⁸ Tampoco quedan comprendidos los contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes, como, por ejemplo, los de compraventa internacional de mercaderías regulados por la Convención de La Haya, siempre que los Estados Partes de la CIDIP V hayan adherido a la misma.

2.4. Determinación de la Ley Aplicable

El artículo 7º consagra el principio de autonomía de las partes en la elección de la ley aplicable al contrato, acogiendo una solución tradicional en la materia que adquirió auge en el siglo XIX bajo la influencia del liberalismo económico. Este principio otorgó a las partes plena libertad para determinar, por sí mismas, la ley aplicable al contrato.

En la actualidad, es incuestionable que este principio de autonomía de las partes constituye un elemento que determina el derecho aplicable al igual que cualquier otro factor de conexión rígido, como lo sería el lugar de celebración o ejecución. De manera que la elección de un determinado derecho en un contrato, significa que éste queda sometido tanto a las disposiciones imperativas como dispositivas del ordenamiento jurídico escogido.

La Convención adopta la autonomía de las partes en forma amplia, sin exigir vinculación alguna entre el derecho escogido y el contrato⁶⁰⁹, de esta manera recepta la influencia de la Convención de Roma de 1980 y de los Convenios en materia de derecho aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías suscriptos en La Haya en 1955 y 1985. La exigencia de la vinculación entre el

⁶⁰⁷ Como por ejemplo, la CIDIP I sobre Conflicto de Leyes en Materia de Letras de Cambio y Cheques y sobre Arbitraje Comercial Internacional; CIDIP II sobre sociedades mercantiles; CIDIP III sobre la personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado; CIDIP IV sobre obligaciones en materia de alimentos.

⁶⁰⁸ HARGAIN, Daniel. “*Contratos Comerciales Internacionales ...*”, ob. Cit., p. 94.

⁶⁰⁹ En sentido similar, TAQUELA, Maria Blanca Noodt. “*Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994)*”, Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la AADI, nº 5, Rosario, 1995, p. 9.

derecho escogido y el contrato se fundamentó en la institución del fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado, en medida que la selección hecha por las partes pudiere implicar la evasión de normas imperativas del derecho aplicable a falta de elección, argumento este que no tiene justificación, toda vez que el fraude en esta materia es poco común debido al interés divergente de las partes y a la posibilidad de aplicar las normas imperativas de cualquier ordenamiento jurídico vinculado al contrato, sin necesidad de recurrir a la figura del fraude.

Esa elección del derecho aplicable puede ser realizada de forma expresa o, en su defecto, debe desprenderse de forma evidente⁶¹⁰ de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas éstas en su conjunto. Asimismo, la Convención también consagra el fraccionamiento del contrato –el *dépeçage* voluntario- cuando dispone que la referida elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo, ya que las partes podrán elegir distintas leyes para regir distintos aspectos del contrato, fraccionándolo en partes. La parte final del artículo 7º dispone que la selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable, dejando en claro que para tener por establecida la elección de las partes no es suficiente tomar de forma aislada un elemento particular, debiendo tenerse en cuenta el conjunto de elementos del contrato.⁶¹¹ Debido a ello, los intérpretes deberán efectuar una búsqueda analítica en los elementos subjetivos y objetivos existentes en el contrato.

El artículo 8º regula el supuesto según el cual las partes podrán acordar que el contrato quede sometido a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no elegido por las partes, de modo que estas podrán modificar el derecho a ser aplicado a su contrato en cualquier momento y con posterioridad a la celebración del mismo.

2.5. Derecho Aplicable en Defecto de Elección

Ante la falta de indicación válida del derecho aplicable o ante la ineficacia de su elección, el artículo 9º consagra el principio de proximidad definido por PAUL LAGARDE⁶¹², según el cual el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. Dicho principio es igualmente utilizado en la Convención de Roma y se trata de una forma moderna de determinación del derecho aplicable, además de diferenciarse de aquellos utilizados por la gran mayoría de los países americanos en épocas pasadas.

⁶¹⁰ Esta expresión evidente fue utilizada en preferencia a la notoria o inequívoca, una vez que querían dejar claro el carácter realista de la voluntad, además de excluir la facultad de elegir de cualquiera otra persona que no las partes. En este sentido, HERBERT, Ronald apud ARAUJO, Nadia de. *“Contratos Internacionais ...”*, ob. Cit., p. 181.

⁶¹¹ *“Esta última solución nos está indicando que, para la Convención, no es suficiente para tener por establecida la elección de las partes, un elemento particular tomado de forma aislada. Será necesario tener en cuenta el conjunto de elementos: el lugar de celebración o de ejecución del contrato, el idioma utilizado, la moneda de deuda o de pago, el lugar del arbitraje, el foro judicial, entre otros”*. CÁRDENAS, Sara Lidia Feldstein de. *“MERCOSUR – bases para un Instrumento de Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales”*, Síntesis Forense, Colegio de Abogados de San Isidro, Prov. Buenos Aires, julio de 1997, ob. Cit., pp. 53/54.

⁶¹² LAGARDE, Paul. *“Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain”*. en *Cours Général de Droit International Privé, Recueil des Cours*, T. 196, 1986 I, pp. 9-237.

Sin embargo, a diferencia de la Convención de Roma, en la CIDIP V no existe una lista de presunciones típicas que tienden a indicar la prestación característica de determinados tipos contractuales. De esta manera, la teoría de la prestación característica, que a través de una presunción general complementa el principio de la proximidad determinando que el contrato presenta un vínculo más estrecho con el país en que la parte que ejecute dicha prestación tenga al momento de la celebración del mismo su residencia habitual o su sede central, fue dejada de lado por ser considerada una regla sin utilidad.

Ante esta omisión, la Convención deja a los jueces o árbitros una mayor libertad en sus decisiones para determinar el derecho aplicable al contrato. Sin embargo, la propia Convención establece algunos criterios que deberán ser observados al momento de fijar el referido derecho que será aplicado al contrato *sub judice*. Así, en el apartado 2º del artículo 9º, la Convención dispone que ‘*el Tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho*’. Esta expresión indica la manera como se concretará la vinculación entre el contrato y el derecho aplicable al mismo. Por elementos subjetivos, se deben interpretar aquellos referidos a las partes, tales como nacionalidad, domicilio o residencia de las personas físicas, así como el establecimiento o sede principal, cuando se trate de personas jurídicas.⁶¹³ En cuanto a los elementos objetivos, se refiere a aquellos que vinculan el contrato en sí mismo con los distintos ordenamientos jurídicos con los que mantiene contactos, siendo los principales “...*el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución del contrato y el lugar de ubicación del bien objeto del contrato.*”⁶¹⁴

2.6. *Lex Mercatoria*

Conforme al artículo 10º, el Tribunal tomará en cuenta también los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Esta expresión ha sido interpretada en el sentido de que se refiere a los Principios Generales para los Contratos Mercantiles Internacionales elaborados por UNIDROIT, cuya última formulación es de 1994⁶¹⁵, o bien a la *Lex Mercatoria*. Estos principios, por su lado, sólo contienen soluciones materiales o directas con relación a los contratos mercantiles, de manera que no se puede decir que sean útiles al juez para determinar el Derecho aplicable en materia contractual.⁶¹⁶

Sin embargo, este poder de discrecionalidad del Tribunal al momento de determinar el derecho aplicable a través de los vínculos más estrechos, no favorece que las partes prevean anticipadamente el derecho que será aplicado a su obligación, previsión deseable en una regla de conexión, conforme lo sostiene ARROYO.⁶¹⁷ El autor sostiene, además, que la Convención, por un lado, puede

⁶¹³ ROMERO, Fabiola. “*Las Personas Jurídicas y las Obligaciones en la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana*”, en <http://www.zur2.com/users/fipa/objetivos/leydip1/faromero.htm>.

⁶¹⁴ Ídem, ibidem.

⁶¹⁵ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. “*Aspectos de Derecho Internacional Privado de los Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales elaborados por UNIDROIT*”, apud ROMERO, Fabiola. “*Las Personas Jurídicas y ...*”, ob. Cit.

⁶¹⁶ En este sentido ROMERO, Fabiola. “*Las Personas Jurídicas y ...*”, ob. Cit.

⁶¹⁷ ARROYO, Diego; FERNÁNDEZ, P. “*La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome*”, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 84 (1), 1995, p. 185.

ser considerada la mejor existente en la comunidad internacional debido a la flexibilidad que ofrece a las partes cuando éstas optan por un Derecho, pero, por otro lado, puede ser considerada la peor cuando es utilizada la norma suplementaria de los vínculos más estrechos.⁶¹⁸

El artículo 10º de la Convención consagra la utilización de la *lex mercatoria* cuando dispone que '*además de lo dispuesto en los artículos anteriores se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto*'.

Esta norma puede ser considerada distinta, pues confiere un merecido lugar a la *lex mercatoria* dentro de la jerarquía de las fuentes. Estos principios generales traducen concepciones importantes del derecho y de la justicia y tienen, para el Derecho Internacional, un valor superior al que normalmente corresponde en las restantes ramas jurídicas, tanto por cubrir lagunas legales existentes como por auxiliar en el proceso de aplicación e interpretación de sistemas nacionales de Derecho Internacional Privado. El juez o el árbitro, en su labor, tendrá que proceder con una comparación de los derechos vinculados con el caso, a fin de que sea posible extraer aquellos principios que sean comunes a los derechos en presencia.

La inclusión de esta norma en la CIDIP V se dio ante la proposición formulada por el Delegado venezolano Gonzalo Parra-Aranguren y estuvo fundamentada en la imposibilidad de que los tratados, las legislaciones y la jurisprudencia avancen con la misma rapidez que lo hacen las prácticas y usos comerciales, así como los principios generales del derecho.⁶¹⁹

2.7. Normas Imperativas y de Orden Público

Respecto a las normas imperativas y de orden público, la Convención recepta ambas limitaciones a la aplicación del derecho, sea determinado según el artículo 7º o el artículo 9º. En cuanto a las primeras, el artículo 11º consagra la aplicación de las disposiciones del derecho del foro cuando éstas tengan carácter imperativo, por lo que no se impide la utilización del derecho designado por las partes a través de la autonomía de la voluntad o bien determinada de acuerdo al principio de la proximidad. Esto significa que el derecho elegido por las partes o determinado ante la falta de elección, dejará de ser aplicado en aquellos supuestos que el derecho del foro tenga un carácter imperativo, mientras que en aquellas disposiciones que no tienen dicho carácter seguirá siendo aplicado el derecho determinado por la Convención.

⁶¹⁸ Em sentido contrario tenemos que: "A adoção da regra dos vínculos mais estreitos no artigo 9º com a recomendação de que o juiz leve em consideração todos os elementos subjetivos e objetivos que se depreendam do contrato para a determinação do direito aplicável representou um grande avanço com relação à interpretação do mesmo tópico na Convenção de Roma, e é sem dúvida uma das grandes inovações da Convenção do México". ARAUJO, Nadia de. "Contratos Internacionais ...", ob. Cit., p. 185.

⁶¹⁹ Informe del Relator de la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional, celebrada en Tucson, Arizona, noviembre de 1993. OEA/Ser K/XXI CIDIP-V/14/93, 30-12-93, pp. 204-205.

Este artículo posibilita, también, que el juez, cuando lo considere pertinente, aplique las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos. Conforme se verificara, es posible decir que dicha norma ha tenido como fuente directa aquella contenida en el artículo 7º.2 de la Convención de Roma de 1980 que también consagra esa posibilidad, de manera que los requisitos ya mencionados, válidos para aquella norma, deben observarse igualmente en ésta. En cuanto al orden público, el mismo excluye el derecho designado por la Convención siempre que éste sea manifiestamente contrario al orden público del foro, lo cual deberá ser determinado por el juez interviniente (artículo 18º).

2.8. Existencia y Validez del Contrato

El derecho designado por la Convención también servirá para averiguar sobre la existencia y validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, bien como de la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable. Específicamente sobre el consentimiento de las partes y, más precisamente, ante la necesidad de establecer si una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de la misma, conforme lo establece el artículo 12º. De manera tal que, frente a este supuesto, el consentimiento de las partes tendrá que ser analizado ante los ordenamientos jurídicos de cada una de ellas.

En cuanto a la forma de los contratos (artículo 13º), estos serán válidos cuando, celebrados entre presentes, cumplan con los requisitos del derecho del lugar de su celebración o del lugar de su ejecución y con los requisitos del derecho designado por la Convención. Cuando fueren celebrados entre ausentes, su forma será válida siempre que cumplan con los requisitos del derecho designado por la Convención en cuanto al fondo o bien con los requisitos del derecho de uno de los Estados Partes con el derecho del lugar de ejecución del mismo. Se verifica una tendencia de preservar tanto la existencia como la validez del contrato, aplicando, para ello, la ley más acorde a esa finalidad, por lo que la regla a ser utilizada es la del *favor negotii*.

2.9. Procesos de Integración

Con relación a los procesos de integración, en su artículo 20º la Convención preserva la aplicación de normas provenientes de otros Convenios con el mismo objeto, siempre que los mismos sean celebrados dentro del marco de procesos de integración, por lo que esta norma está destinada a resolver el conflicto de convenciones, otorgando preeminencia a los convenios internacionales celebrados dentro del ámbito de los procesos de integración sobre el mismo objeto con relación a la Convención de México.

Este artículo, por su parte, no menciona que tal Convención no afectará a la aplicación de las normas emanadas de las instituciones pertenecientes a dichos procesos de integración. Ante tal omisión, se interpreta que solamente las normas existentes en convenios internacionales celebrados por los Estados que sean parte, tanto de la Convención como de procesos de integración, tendrán jerarquía

superior a las normas de dicha Convención siempre que traten del mismo objeto. Sin embargo, las normas emanadas de instituciones pertenecientes a procesos de integración, como es el caso de las Decisiones emanadas del CMC que contienen normas con el mismo objeto de la Convención, no tendrán la referida jerarquía superior, por lo que habrá una colisión entre ambas disposiciones.

2.10. Exclusión del Reenvío

El artículo 17º dispone que *'para los efectos de esta Convención se entenderá por 'derecho' el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes'*. Con esto, la Convención entendió por bien excluir de forma expresa el reenvío, ya que el mismo está en contra de todo lo que puede ser esperado de una Convención Internacional, como por ejemplo la seguridad jurídica y la certeza de aplicación de un derecho que tenga un vínculo estrecho con el contrato.

Para finalizar, se puede decir que la CIDIP V fue un gran avance en la región en cuanto al tema de la contratación internacional. Este avance puede ser perfectamente seguido en el ámbito del MERCOSUR con la intención de uniformizar las reglas de conflictos de leyes existentes en el mismo, con la finalidad primera de incrementar el comercio intrazonal y dotar a los operadores de una seguridad jurídica en sus transacciones regionales.

CONSIDERACIONES FINALES

Este trabajo pretende haber brindado un aporte teórico, en cuanto se ha buscado una sistematización de los referentes normativos, doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito de MERCOSUR, tendiente a brindar un punto de partida para la armonización legislativa y/o el establecimiento de una legislación común en materia de contratación mercantil internacional. Con ese propósito se pretende haber contribuido a la integración de los pueblos del Cono Sur.

En la actualidad, el MERCOSUR se encuadra más bien en un modelo de cooperación entre naciones que en un modelo real de integración, ya que éste último supone instituciones independientes de los gobiernos nacionales, con poderes suficientes para impulsar el proceso.

Los mecanismos de control de la aplicación e interpretación del derecho en este ámbito tienen hoy una naturaleza distinta a la existente en un espacio integrado y la consolidación del proceso pasará, necesariamente, por la existencia de normas comunes.

Ello marca la necesidad de establecer, en el ámbito regional, un órgano supranacional capaz de interpretar y aplicar el Derecho de manera uniforme, conforme a los objetivos del Tratado de Asunción, de manera semejante al Tribunal de Luxemburgo en el ámbito europeo, con el objeto de superar la incertidumbre que rodea al MERCOSUR, toda vez que cerca de las dos terceras partes de las cuestiones pendientes ante sus órganos guardan relación con el contenido y la aplicación de las normas. Un Tribunal donde las partes, de manera individual, puedan buscar sus derechos sin la necesidad de la intervención de su Estado Parte.

No obstante, los trabajos interpretativos desarrollados por los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituidos con base en el Protocolo de Brasilia, han sido de incomparable importancia para el proceso integracionista de la región. Se deberá fomentar el arbitraje en la solución de controversias comerciales entre los particulares, teniendo en cuenta que constituye un procedimiento eficaz para resolver litigios en el comercio internacional, garantizando la seguridad jurídica en el ámbito negocial de la región. Ello justifica la necesidad de una rápida internalización de las normas contenidas en el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscripto por los Estados Partes del MERCOSUR, estableciendo de este modo reglas comunes en la temática.

En materia de contratación mercantil internacional en este ámbito, los Estados Partes no poseen reglas comunes que determinen un tratamiento igualitario en cuanto a la ley aplicable al contrato de compraventa internacional e, inclusive, a los contratos internacionales en general. No obstante que, como ya se manifestara, existe una serie de normas tanto nacionales como internacionales que regulan la materia, es necesario, como mínimo, lograr una armonización para facilitar su aplicación.

Esta necesidad de armonización legislativa es acorde a la tendencia actual a nivel mundial. No obstante, debería aspirarse a lograr una sustitución de los ordenamientos nacionales por una normativa común, como ocurrió en materia de jurisdicción internacional contractual.

En el ámbito del MERCOSUR, las normativas que regulan la contratación mercantil internacional son: las legislaciones internas de cada país; el Tratado de Montevideo de 1889 y de 1940 -vigente entre Argentina, Paraguay y Uruguay-; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Convención de Viena de 1980 -vigente en Argentina y Uruguay-; y la Convención de México (CIDIP V) sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Esta multiplicidad normativa demuestra la necesidad de una legislación común que determine la ley aplicable.

En efecto, la normativa de fuente interna uruguaya determina que los contratos internacionales serán regidos por la ley del lugar de cumplimiento del contrato, de la misma manera que en Paraguay; en Brasil, se adopta la ley del lugar de celebración del contrato como punto de conexión en la determinación de la ley aplicable; mientras que en Argentina -que ha ratificado las Convenciones de Viena y de La Haya- cuando las partes no hayan acordado libremente la ley aplicable, se adopta el criterio de la ley del lugar de cumplimiento del contrato o la ley del lugar de su celebración o la ley del establecimiento del deudor.

Argentina regula el contrato de compraventa internacional con normas materiales provenientes de las Convenciones internacionales, principalmente la de Viena de 1980, en cuanto a la formación del contrato y a las obligaciones de las partes. Uruguay sigue esta última tendencia después de la entrada en vigor de la Convención de Viena. En tanto que el principio de la autonomía de la voluntad solamente es reconocido en Argentina.

Este abanico normativo y de principios jurídicos impide a los operadores del comercio internacional o regional conocer las normas jurídicas aplicables a sus compraventas, ya que no les es posible conocer de antemano el derecho aplicable.

Si bien, como se mencionara, existe normativa común en lo concerniente a la jurisdicción internacional en materia contractual -el Protocolo de Buenos Aires, Decisión 1/94 del Consejo Mercado Común-, se plantea la problemática en cuanto a la interpretación y aplicación de dicho instrumento por parte de los Tribunales nacionales o arbitrales, pues podrán interpretar las normas de dicho instrumento de manera distinta. A los fines de aunar criterios, los Tribunales, cualquiera sea su naturaleza, deberán tener en cuenta al momento de la interpretación y aplicación de las normas de este Protocolo, los objetivos del proceso de integración establecidos en el Tratado de Asunción, en el Protocolo de Ouro Preto y en los demás instrumentos emanados de los órganos del MERCOSUR. Ello se podrá complementar con los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales existentes en la Unión Europea, a través de la Corte de Luxemburgo.

Es importante mencionar que en América Latina, en general, y a nivel regional, en particular, la unificación del derecho de las obligaciones se puede lograr con cierta facilidad, debido, entre otras razones, a la afinidad sustancial de los respectivos sistemas jurídicos.

En este sentido y tendiendo a disminuir las asimetrías existentes en el ámbito regional, se propone lo siguiente:

Los Estados Partes del MERCOSUR podrían analizar, conjuntamente, la Convención de México –CIDIP V– para una posible adhesión o ratificación de la misma por parte de todos, sustituyendo a las legislaciones internas nacionales en cuanto a la determinación de la Ley Aplicable. Así, en un primer momento, la autonomía de la voluntad de las partes sería un principio consagrado en la región, llevando a superar la incertidumbre que rodea al MERCOSUR en cuanto a la ley aplicable a una posible controversia originada en un contrato de compraventa internacional.

De no ser posible el acuerdo de todos los Estados Partes del MERCOSUR sobre una ratificación completa de la CIDIP V, se debería elaborar un Protocolo sobre Ley Aplicable a contratos internacionales, al igual que ya se hiciera con el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual.

En la elaboración de dicho Protocolo, sería importante tener en cuenta los estudios desarrollados en la Convención de México de 1994 y en la Convención de Roma de 1980, haciendo los ajustes necesarios a nuestra región y al objetivo propuesto para nuestro intento integracionista, ya que la ratificación completa de la Convención de México receptoría conceptos consagrados en los ordenamientos jurídicos provenientes de la Common Law, mientras que en el MERCOSUR la tradición jurídica de todos los Estados Partes descienden de la Civil Law. Esta posibilidad de adoptar un Protocolo no sería excluyente para la adhesión o ratificación de la CIDIP V por los Estados Partes del MERCOSUR, en vistas al avance en la creación del Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

Por último, sería importante, también, compatibilizar los acuerdos regionales con los extrarregionales, como es el caso de la adhesión y ratificación, con las reservas del caso, por parte de los miembros del MERCOSUR de la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

La armonización o el establecimiento de una normativa común, a través de un Protocolo sobre Ley Aplicable a los contratos internacionales, junto al Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual en el ámbito del MERCOSUR, permitiría contar con un sistema uniforme de normas de conflictos y de normas de jurisdicción internacional, lo que facilitaría una mejor prevención del *forum shopping* tan combatido en el comercio internacional, a la vez que permitiría dotar de certidumbre y seguridad jurídica a las transacciones en el ámbito regional, superando un obstáculo actual al comercio internacional.

Como cierre de este trabajo se citan las palabras de OLE LANDO⁶²⁰ en oportunidad de sus análisis sobre un futuro Código Europeo de Contratos:

“One must expect that intensive trade will create a need for a greater amount of legal certainty which a Code will provide. World trade has grown very fast, and this has brought the CISG into existence. In the European Union, where trade between the Member States has increased ever since 1958, the more trade and communication continue to grow, the more urgent the unification of the contract will become”.

⁶²⁰ “Optional or Mandatory ...”, ob. Cit., p. 69.

ACLARACIÓN DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

ALADI:	Asociación Latinoamericana de Integración
ALALC:	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
CAN:	Comunidad Andina de Naciones
CCI:	Cámara de Comercio Internacional
CECA:	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEE:	Comunidad Económica Europea
CEPAL:	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIDIP:	Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado
CISG:	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CLOUT:	Case Law on Uncitral Treaties
CLUNET:	Journal du Droit International
DIPr:	Derecho Internacional Privado
EU:	European Union
EURATOM:	Comunidad Europea de la Energía Atómica
GATT:	General Agreement on Tariffs and Trade
ICLQ:	International Comparative Law Quartely
INCOTERMS:	International Commercial Terms
LICC:	Lei de Introdução ao Código Civil
MCCA:	Mercado Común Centroamericano
MERCOSUR:	Mercado Común del Sur
PICAB:	Programa de Integración y Cooperación entre Argentina y Brasil

Rec.:	Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
Recueil:	Cour de Justice des Communautés Européennes. Recueil de la Jurisprudence de la Cour
Riv. Dir. Int. Priv. Proc.:	Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale
RTJ:	Revista do Tribunal de Justiça
STF:	Supremo Tribunal Federal
TA:	Tratado de Asunción
TCE:	Tratado de la Comunidad Europea (modificación del TCEE por la entrada en vigor del TUE)
TCEE:	Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma, el 25 de marzo de 1957, que entró en vigor el 1 de enero de 1958
TJCE:	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TUE:	Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993
UNCITRAL:	United Nations Commission on International Trade
UNIDROIT:	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Instituto de Roma)
UNILEX	International Case Law & Bibliography on CISG
UFRGS:	Universidade Federal do Rio Grande do Sul

BIBLIOGRAFIA

- AGUIRRE**, Cecilia Fresnero de. *La autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.
- ARAUJO**, Nadia de; CASELLA, Paulo Borba. *Integração Jurídica Interamericana – as convenções interamericanas de Direito Internacional Privado e o Direito Brasileiro*, São Paulo: LTr, 1998.
- _____. *Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, 2ª ed. Revisada e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ARÉCHAGA**, Eduardo Jiménez de. *Derecho Internacional Publico*, tomo I. Montevideo: FCU, 1996.
- AUDIT**, Bernard. *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, 1990.
- BALASSA**, Bela. *Teoría de la Integración Económica*, México, 1964.
- BAPTISTA**, Luiz Olavo. *O Mercosul – suas instituições e ordenamento jurídico*, São Paulo: LTr, 1998.
- _____. *Dos Contratos Internacionais*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- BARILE**, Giuseppe. *Funciones e Interpretación del Derecho Internacional Privado en una Perspectiva Historica*, trad. Alejandro Herrero Rubio, Universidad de Valladolid: Cuadernos de la Cátedra 'Dr. James B. Scott', 1965.
- BASSO**, Maristela. *Contratos Internacionais do Comércio – negociação, conclusão e prática*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- BATALHA**, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Internacional Privado*, v. II, 2ª ed., São Paulo: RT, 1977.
- BERLIOZ**, Georges. *Le Contrat D'Adhesión*, Paris, 1976, p. 13.
- BEUTLER**, B.; BIEBER, R.; PIPKORN, J.; STREIL, J., *Die Europäische Gemeinschaft. Rechtsirdnung und Politik*, 3ª ed., Baden-Baden, 1987.
- BIELSA**, Rafael. *Metodología Jurídica*, Santa Fé: Librería y Editorial Castellví S. A., 1961.
- BOGGIANO**, Antonio. *Contratos Internacionales*, 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1995.
- _____. *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., t. I e II, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991.
- _____. *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: Depalma, 1991.
- _____. *Teoria del Derecho Internacional – las relaciones entre los ordenamientos jurídicos – IUS INTER IURA*, Buenos Aires: La Ley, 1996.

- CALDANI**, Miguel Angel Ciuro. *Hacia un régimen adecuado de solución de controversias en el MERCOSUR*, Derecho de la Integración, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Estudios Comunitarios, n° 7, año 1998, Rosario.
- CANTOS**, Manuel. *Introducción al Comercio Internaciona*, Barcelona: Ediciones de la Universitat Oberta de Catalunya, 2000.
- CARAVACA**, Alfonso L. Calvo. *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, 1986.
- CÁRDENAS**, Sara L. Feldstein de. "*Derecho Internacional Privado. Parte Especial*", Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000.
- CARNELUTTI**, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Santis Melendo, vol. I, Buenos Aires: Uteha, n° 14, 1944.
- CASTEDO**, Alberto Zelada. *Derecho de la Integración Económica Regional*, Buenos Aires: INTAL, 1989.
- CASTRO**, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CAVALCANTI**, Dinarte de Souza Bezerra. *Evolução Teórica do Comércio Internacional e a Sistemática Brasileira do Comércio Exterior*, São Paulo: Aduaneiras, 1985.
- COLLIER**, Gary (ed). *Queries and responses on UCP 500, UCP 400 and URC 522*, publicación CCI, 1998-1999.
- COPELLO**, Belter Garré. *El Tratado de Asunción y el Mercado Común del Sur*, Montevideo: Editorial Universidad, 1991.
- CORRÊA**, Antonio. *Mercosul. Soluções de Conflitos pelos Juízes Brasileiros*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- DAVID**, René. *Le Droit du Commerce International – Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris: Economica, 1987.
- DIENA**, J.. *Derecho Internacional Público*, trad. de la cuarta edición italiana por J. M. Trías de Bes, Barcelona: Bosch, 1946.
- DICEY**, A. V.; **MORRIS**, J. H. C.. *The Conflict of Laws*, Londres: Stevens & Sons, 1967.
- DINIZ**, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- DOLINGER**, Jacob. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- _____. *Direito Internacional Privado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1996.
- DOMINGUEZ**, Manuel Serra. *Intervención de Tercero en el Proceso*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona: Ariel, 1969.

- DROMI**, Roberto; **EKMEKDJIAN**, Miguel A.; **RIVERA**, Julio César. *Derecho Comunitario*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- ECO**, Umberto. *Como se faz uma tese*, 10ª ed., São Paulo: Ed. Perspectiva, 1993.
- EISEMANN**, F.. *Los usos de la venta comercial internacional. Incoterms*, trad. española, 2ª ed., Madrid, 1995.
- ESCARRA**, Jean. *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, Arthur Rousseau éditeur, 1910.
- ESCOBAR**, Jorge H.. *Derecho Comercial*, Asunción: La Ley Paraguaya, 1991.
- ENGELBERG**, Esther. *Contratos internacionais do comércio*, São Paulo: Atlas, 1992.
- FAZIO**, Silvia. *Os Contratos Internacionais na União Européia e no Mercosul*, São Paulo: LTr, 1998.
- FERRARI**, Franco. *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, Valencia, 1999.
- FLORÊNCIO**, Sérgio Abreu e Lima; **ARAÚJO**, Ernesto Henrique Fraga. *Mercosul hoje*, São Paulo: Alfa Omega, 1996.
- FRANÇA**, Limongi. *La Unificación del Derecho Obligacional y Contractual Latinoamericano*, São Paulo: RT, 1976.
- FRATALOCHI**, Aldo. *INCOTERMS y Comercio Exterior*, Buenos Aires, 1994.
- GAIO**. *Institutas* 4.30.
- GALBRAITI**, John Kenneth Galbraiti. *Historia de la economía*, Buenos Aires: Ariel, 1994.
- GALGANO**, Francesco. *Il Diritto privato fra codice e costituzione*, 2ª ed., Bologna, 1980.
- GARAU**, Guillermo Alcover. *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Mercantil*, Madrid: Civitas, 1991;
- GARCEZ**, José Maria Rossani. *Contratos internacionais comerciais: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- GARCIA**, Ricardo Alonso (prep.). *Tratado de Amsterdam y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea*, 1ª ed., Madrid: Civitas, 1998.
- GARRO**, Alejandro Miguel; **ZUPPI**, Alberto Luis. *Compraventa Internacional de Mercaderías – Convención de Viena de 1980*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1990.
- GÉNY**, F.. *Métodos de Interpretación y Fuentes en Derecho Positivo*, Granada: Editorial Comares, S.L., 2000.

- GOLDMAN**, B.. *Frontières du droit et lex Mercatoria*, in Archivos de la Philosophie du Droit, t. IX, 1964.
- GOLDSCHMIDT**, Werner. *Derecho Internacional Privado*, 8ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1999.
- _____. *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1990.
- GONZÁLEZ**, J. Carrascosa. *El contrato internacional – fraccionamiento versus unidad -*, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ**, Santiago Alvarez. *Condiciones Generales en la Contratación Internacional*, Madrid: La Ley, 1992.
- GUGGENHEIM**, P.. *Traité de Droit International Public*, tomo I, Genève, 1967.
- GUILLEN**, Victor Fairen. *Doctrina General del Derecho Procesal – Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Barcelona: Bosch, 1990.
- HARGAIN**, Daniel; MIHALI, Gabriel. *Régimen Jurídico de la Contratación Mercantil Internacional en el MERCOSUR*, Montevideo: Julio César Faire Ed., 1993.
- HONNOLD**, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer, 1991.
- _____. *Derecho Uniforme sobre Compraventa Internacional de Mercaderías – Convención de las Naciones Unidas de 1980 -*, Madrid, 1987.
- _____. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Deventer: Kluwer, 1989.
- HONRUBIA**, Victoria Abellán; COSTA, Blanca Vilà (coord.). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 3ª edición revisada y actualizada, Barcelona: Editorial Ariel S/A, 1998.
- IHERING**, Rudolph Von. *El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de Su Desarrollo*, trad. Enrique Príncipe y Satorres, t. 1º, Granada: Editorial Comares S.L., 1998.
- INCOTERMS 2000** – *Reglas Oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales*, Cámara de Comercio Internacional – Comité Español, Barcelona, octubre de 1999.
- JACKSON**, John H.. *World Trade and the Law of GATT*, New York: The Bobbs – Merrill Company, Inc., 1969.
- JADAUD**, Bernard; PLAISANT, Robert. *Droit du Commerce International*, 4eme. De., Paris: Dalloz, 1910.
- JO**, Hee Moon. *Introdução do Direito Internacional*, São Paulo: LTr, 2000.
- KACZOROWSKA**, Alina. *International Trade Conventions and their Effectiveness – Present and Future*, The Hague, 1995.

- KASSIS**, Antoine. *Théorie générale des usages du commerce; droit compare, contrats et arbitrages internationaux*, Lex Mercatoria, LGDJ, 1984.
- KAUFMANN-KOHLER**, G.. *La clause d'élection de for dans les contrats internatiounaux*, Basilea/Frankfurt-am-Main: Helbing & Lichtenhahn, 1980.
- KAYE**, P.. *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993.
- KELSEN**, Hans. *Teoría pura del derecho*. 6ªed. México: UNAM, 1991.
 _____. *Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: El Ateneo, 1965.
- KLOR**, Adriana Dreyzin de. *La cooperación jurídica internacional en el MERCOSUR*, in *Temas de Derecho de la Integración – Derecho Internacional Privado*, Córdoba: Ed. Advocatus, 1998.
- LANDO**, Ole. *Contracts, International Enciclopedia of Comparative Law*, vol. III, Private International Law, nº 3, p. 3.
- LARENZ**, Karl. *Metodología de la ciência del Derecho*, trad. De Gimbernat Ordeig, Barcelona, 1966.
- LÉPINETTE**, Tomás Vázquez. *La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional*, Madrid, 1995.
 _____. *Compraventa Internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial*, Revista de Derecho Patrimonial, número 2, Navarra: Aranzadi Editorial, 2000.
- LIEBMAN**, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJE, 1980.
- LODI**, João Bosco; LODI, Edna Pires. *HOLDING*, 2ª ed. Revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Livraria Pioneira, 1991.
- LOPES**, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à Lei de introdução ao Código Civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- LOUSSOUARN**, Yvon; BREDIN, Jean Denis. *Droit du Commerce International*, Paris: Sirey, 1969.
- LOWENFELD**, Andreas. *International Litigation and the quest for Reasonableness*, Oxford: Clarendon Press, 1996.
- LUZÁRRAGA**, Francisco Aldecoa. *El Acuerdo de Guatemala, primera institucionalización del proceso de Paz en Centroamérica*, Madrid: Tiempo de Paz, 1988.
- MARQUES**, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 1ª ed. Atualizada, vol. I, Campinas: Bookseller, 1997.

- MARZORATI**, Osvaldo J.. *Derecho de los negocios internacionales*, Buenos Aires: Astrea, 1993.
- MÁYNEZ**, Eduardo García. *Introducción al Estudio del Derecho*, México: Editorial Porrúa, 1996.
- MCGREGOR**, Harvey. *Contract Code – Proyecto redactado por encargo de la Law Commission Inglesa*, Barcelona: J.M. Bosch Editor S.L., 1997.
- MENDICOA**, Gloria Edel, (compiladora). *Manual Teórico-Práctico de Investigación social*, Buenos Aires: Edit. Espacio, 1998.
- MENDONÇA**, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. 1, livro 1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Rodrigues & C. editores, 1930.
- MENÉNDEZ**, Aurelio. *La Venta CIF*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- MIRANDA**, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, 3ª ed. - revista e ampliada -, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MORO**, Maitê Cecília Fabbri. *Considerações sobre o Mercosul*, Revista Direito e Mercosul, Curitiba, a. 1, nº 1, 1996, pp. 49-67.
- MOSCO**, L. *Scienza giuridica e metodologia giuridica*, Napoli, 1954.
- MUELA**, Adolfo Miaja de la. *Consideraciones sobre el concepto y didáctica del Derecho Internacional*, Anales de la Universidad de Valladolid, nº 18-19, 1934.
- _____. *Derecho Internacional Privado*, t. II, Parte Especial, 10ª ed. – revisada -, Madrid: Atlas, 1987.
- NASSER**, Rabih Ali. *A Liberalização do Comércio Internacional nas Normas do GATT – OMC*, São Paulo: LTr, 1999.
- NAVARRO**, Mariano Aguilar. *Derecho Internacional Privado*, vol. I, t. II, Parte Segunda, Madrid, 1982.
- NIBOYET**, J. P.. *Principios de Derecho Internacional Privado*, trad. Andrés Rodríguez Ramón, 1ª ed., Madrid: Editora Reus, 1930.
- PALLARES**, Beatriz. *La incorporación de las normas del Mercosur a los Derechos internos y la seguridad jurídica*, Economía globalizada y Mercosur, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
- PLANIOL**, Marcelo; RIPERT, Jorge. *Tratado Practico de Derecho Civil Francés*, tomo XI, Habana: Editora Cultural S.A., 1945.
- PLENDER**, R.. *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Londres, 1991.
- POLLOCK**, Frederic. *Principles of contract at law and equity*, New York: Baker, Voorhis & Company

- QUENAN**, Carlos et al. *Las reglas del juego: América Latina, globalización y regionalismo*. Argentina: Corregidor, 1994.
- RABEL**, Ernst. *The Conflicts of Laws*, vol. II, Chicago: Callaghan & Co., 1947.
- RAIGÓN**, Rafael Casado. *Notas sobre el IUS COGENS internacional*, 1ª ed. (reimp.), Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1999.
- REAL**, M. Desantes. *La Competencia Judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1986.
- REZEK**, José Francisco. *Direito internacional público*, São Paulo: Saraiva, 1991.
- RIBEIRO**, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- RIGAUX**, François. *Droit International Privé*, Précis de la Faculte de Droit de l'Université Catholique de Louvain, 1968.
- _____. *Derecho Internacional Privado – Parte General*, trad. Alegría Borrás Rodríguez, Madrid: Civitas, 1985.
- ROSA**, Luis Fernando Franceschini da. *MERCOSUL e Função Judicial – Realidade e Superação*, São Paulo: LTr, 1997.
- SACARRERA**. Enrique Guardiola. *La Compraventa Internacional – Importaciones y Exportaciones*, Barcelona: Bosch, 1994.
- SCHMITTHOFF**, C. M.. *Export Trade – The Law and Practice of International Trade*, 9ª ed, Londres: Ed. Steve and Sons, 1990.
- _____. *The Law of International Trade*, in *The Sources of International Trade with special reference to East-West Trade*, London, 1964.
- _____. *International Business Law: a New Law Merchant*, in *Current Law and Social Problems*, London: Stevens & Sons Ltd., 1961.
- SCIALOJA**, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*, Buenos Aires: EJEJA, 1954.
- SILVA**, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.
- SILVEIRA**, Paulo Antonio Caliendo V. da. *Defesa da Concorrência no Mercosul – acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, São Paulo: LTr, 1998.
- SORIANO**, Miguel Virgós; PINEAU, Elena Rodríguez. *Competencia Judicial Internacional y Reconocimiento de Resoluciones Judiciales Extranjeras: Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*, Madrid: McGraw-Hill, 1999.
- STRENGER**, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*, São Paulo: RT, 1992.
- _____. *Direito Internacional Privado*, 2ª ed., vol. I, São Paulo, 1991.

- _____. *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, São Paulo: RT, 1968.
- _____. *Arbitragem Comercial Internacional*, São Paulo: RT, 1996.
- TAMAMES**, Ramón. *La Unión europea*, 2ª ed., Madrid: Alianza, 1994.
- TAQUELA**, María Blanca Noodt. *Mercosur Cómo empezar?*, La Ley, Doctrina Judicial, 1997 - 1 – 903.
- _____. *Arbitraje Internacional en el MERCOSUR*, Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1999.
- TENÓRIO**, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Borsói, 1955.
- THIEFFRY**, Jean; **GRANIER**, Chantal. *La Venta Internacional*, trad. J. M. Fernández López, 1ª ed., Bilbao: Instituto Español de Comercio Exterior (ICES), 1989.
- THUROW**, Lester C.. *El futuro del Capitalismo*, Buenos Aires: Javier Vergara Editor, 1996.
- TORNAGHI**, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo: RT, 1974.
- TRUYOL**, A.. *La integración Europea. Idea y Realidad*, Madrid: Tecnos, 1972.
- TUCCI**, José Cruz e; **AZEVEDO**, Luiz C.. *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo: RT, 1996.
- URIA**, R.. *Derecho Mercantil*, 16ª ed., Madrid, 1989.
- UZAL**, María Elsa. *El Mercosur en el camino de la integración*, Cuadernos de la Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires: Depalma, 1998.
- VALLADÃO**, Haroldo. *Estudos de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1947.
- _____. *Direito Internacional Privado*, vol. I, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1980.
- VENTURA**, Deisy de F. Lima. *Eficácia jurídica*, in Revista Jurídica CONSULEX, Brasília, a. I, nº 10, out. 1997, p. 62.
- VERGARA**, Marta Díez. *Manual Práctico de Comercio Internacional*, Bilbao: DEUSTO S/A, 1996.
- VIGNALI**, Heber Arbuét; **ARECHAGA**, Eduardo; **RIPOLL**, Roberto Puceiro. *Derecho Internacional Público*, Montevideo: Fundación de la Cultura Universitária, 1993.
- VINER**, Jacob. *The Customs Union Issue*, Nueva York: Carnegie Endowment for International Peace, 1950.
- VISCASILLAS**, María Pilar Perales. *“La Formación del contrato en la Compraventa Internacional de Mercaderías”*, Valencia, 1996.

ARTÍCULOS Y PUBLICACIONES EN PERIÓDICOS

- ALEGRÍA**, Héctor. *Armonización de las legislaciones en el MERCOSUR*, Revista de la Bolsa de Comercio de Rosario, año XLI, nº 1.466, agosto de 1995, pp. 3 y ss.
- _____. *La Solución de Controversias en el MERCOSUR*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, nº 1, Santa Fe, 1992.
- ÁLVAREZ**, Miguel-Ángel Michinel. *El Art. 6.3.º del Convenio de Bruselas*, in BORRAS, Alegría (ed.). *La Revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre Competencia Judicial y Ejecución de Resoluciones Judiciales: una reflexión preliminar española*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, pp. 351-369.
- ANCEL**, B.. *La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles*, Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1991, pp. 263-294.
- ANDERSON**, Michael. *Estimación de los beneficios de la integración económica en América Latina*, Revista Integración Latinoamericana, n. 113, junio de 1986.
- ARAGÃO**, José Maria. *La teoría económica y el proceso de integración de América Latina*, Revista de la Integración nº 2, Buenos Aires, mayo de 1968.
- ARAUJO**, Nádia de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo R.. *Cooperação interjurisdicional no Mercosul – cartas rogatórias, homologação de sentença e informação do Direito Estrangeiro*, in BASSO, Maristela (org.). *MERCOSUL – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, pp. 339-369.
- ARAUJO**, Nadia de. *O Direito do Comércio Internacional e o Mercosul*, en RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos Internacionais*, 2ª ed. Revista e ampliada, São Paulo: RT, 1995, pp. 279-303.
- ARROYO**, Diego; FERNÁNDEZ, P.. *La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome*, in Revue Critique de Droit International Privé, 84 (1), 1995, pp. 178-186;
- AVOORT**, Alexandre S. Van Der. *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea*, in El Derecho, tomo 142, 1991, pp. 871/876.

- BAPTISTA**, Luis Olavo. *Contratos Internacionais*, Revista Forense, vol. 270, 1980.
- BASALDUA**, Ricardo Xavier. *En Torno al Derecho de la Integración*, in EL DERECHO, año XXXIV, Buenos Aires, 6 de junio de 1996.
- BASSO**, Maristela. *Harmonização do direito dos países do Mercosul*, Revista de Derecho Del Mercosur, La Ley, año 4, nº 6, diciembre de 2000, pp. 119/128.
- _____. *Mecanismos de Solução das Controvérsias no Mercosul*, Revista Consulex, ano I, nº 9, setembro de 1997, pp. 52-55.
- _____. *Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais de Comércio*, in BAPTISTA, Luis Olavo; HUCK, H. M.; CASELLA, Paulo Borba (coords.). *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas – estudos em homenagem a Irineu Strenger*, São Paulo: LTr, 1994, pp. 42-66.
- BELANDRO**, Rubem. *Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo*, in Revista de la Facultad de Derecho, nº 8, 1995, pp. 25-108.
- BENOT**, Andrés Rodríguez. *Acuerdos para la Determinación del Lugar de Ejecución de las Obligaciones Contractuales y Acuerdos Atributivos de Competencia en los Convenios de Bruselas y de Lugano*, in BORRAS, Alegría (ed.). *La Revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre Competencia Judicial y Ejecución de Resoluciones Judiciales: una reflexión preliminar española*, Barcelona: Marcial Pons, 1998, pp. 165-197.
- BERNARDINI**, Piero. *La compravendita internazionale*, in MIRABELLI, Giuseppe et al. (eds.). *Rapporti Contrattuali nel Diritto Internazionale*, Milano, 1991, pp. 77/93.
- BIEBER**, León E.. *Paralelos e Diferenças na conformação de blocos de Integração Regional na Europa e na América Latina*, in PLÁ, Juan Algorta (coord.). *O Mercosul e a Comunidade Européia. Uma abordagem comparativa*, Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Instituto Goethe, 1994.
- BOGGIANO**, Antonio. *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en el ámbito del derecho internacional privado argentino*, RDCO, Buenos Aires: Depalma, 1980.
- BONELL**, Michael Joachim. *Introduction to the Convention*, in BIANCA / BONELL (eds.). *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987.
- _____. *Art. 7*, in BIANCA / BONELL (eds.). *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987.

- BORRAS**, Alegría. *La Revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano: una reflexión preliminar española*, in BORRAS, Alegría (ed.). *La Revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre Competencia Judicial y Ejecución de Resoluciones Judiciales: una reflexión preliminar española*, Barcelona: Marcial Pons, 1998, pp. 11-27.
- BUHIGUES**, José L. Iglesias; REAL, Manuel Desantes. *Competencia judicial y ejecución de Sentencias en Europa*, en IGLESIAS, Rodríguez y otro (coord.). *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas, 1993.
- BUTTIGLIONE**, Rocco Buttiglione. *IDENTIDAD Y GLOBALIZACIÓN*, palestra llevada a cabo en Buenos Aires, Argentina, en el día 2 de Julio de 1997.
- CALDANI**, Miguel A. Ciuro. *Comprensión básica de las tendencias del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo y de la jurisdicción internacional*, Revista Investigación y Docencia, nº 24, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1994.
- CAMBÓ**, Ignasi Guardans. *Art. 2º*, in CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo (ed.). *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil*, Madrid, 1995, pp. 61-67.
- CAPUTO**, Dante. *Notas sobre la globalización*, diciembre de 1996, Fundación Raúl Prebisch, Buenos Aires, Argentina.
- CARAVACA**, Alfonso-Luis Calvo. *Art. 17*, in CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo (ed.). *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil*, Madrid, 1995, pp. 343-371.
- _____; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. *El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de Junio de 1980*, in CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GÁNDARA, Luis Fernández de la (dircs.), Madrid: Tecnos, 1997, pp. 41-143.
- _____. *Ley Aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)*, Derecho de los Negocios, año 5, nº 43, pp. 01-18.
- CÁRDENAS**, Sara Lidia Feldstein de. *MERCOSUR – bases para un Instrumento de Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales*, Síntesis Forense, Colegio de Abogados de San Isidro, julio de 1997, pp. 52-56.
- _____. *Jurisdicción Internacional en Matéria Contractual en los espacios integrados*, Síntesis Forense, Colegio de Abogados de San Isidro, Buenos Aires, diciembre de 1995, pp. 32-37.

- _____. *El Arbitraje en el Mercosur*, Síntesis Forense, Colegio de Abogados de San Isidro, Bs. As., nº 84, agosto de 1998, pp. 18-27.
- CASSELLA**, Paulo Borba. *Significado do Mercosul para advogados europeus*, in *Direito Internacional – vertente jurídica da globalização*, Porto Alegre: Ed. Síntese, 2000.
- _____. *Internacionalização do direito e impacto da harmonização legislativa no Mercosul – o desafio para os profissionais da área jurídica*, in *Direito Internacional – vertente jurídica da globalização*, Porto Alegre: Síntese, 2000.
- _____. *Utilização no Brasil dos Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais*, in *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*, LTr, São Paulo, 1996.
- CATALANI**, Gabriela A.; **GINZBURG**, Clara A. de; **ALBRIEU**, María Liliana H.; **RIBEIRO**, João Batista P.. “*Aspectos Jurídicos Generales Relativos al Transporte Multimodal*”, *APORTES para la Integración Latinoamericana*, año V, nº 5, Instituto de Integración Latinoamericana, Universidad Nacional de La Plata, julio de 1999, pp. 59-73.
- CONSOLO**, Analía N.. *Sobre los Acuerdos de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur y del Mercosur y Asociados*, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XL, nº 61, enero-diciembre de 2000, pp. 299/305.
- CONSOLO**, Analía; **FAZLO**, Mónica; **TORRES**, Elizabet. *Mercosur Institucional. Solución de Controversias*, Cuaderno de Ponencias del Primer Encuentro de la Abogacía del Mercosur, San Isidro, Prov. Bs. As., Argentina, 4 al 7 de noviembre de 1998, Comisión 1-B.
- DAVEREDE**, Alberto Luis. *El Sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR*, *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1992 – B, Sec. Doctrina.
- DELAUME**, G. R.. *L'autonomie de la volonté en Droit International Privé*, *Rev. Crit.*, 1950, pp. 321-340.
- _____. *The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Why a Convention?*, *Virginia Journal Of International Law*, 1981, pp. 105-121.
- DERAINS**, Y.. *Le estatut des usages du contrat international devant les juridictions arbitrales*, *Rev. Arb.*, 1973.
- DÍEZ-PICAZO**, Luis. *Comentario al art. 14*, in **DÍEZ-PICAZO**, Luis (coord.). *Compraventa Internacional de Mercaderías – Comentario de la Convención de Viena de 1980*, Madrid: Civitas, 1998.

- _____. *Comentario al art. 18*, in DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.). *Compraventa Internacional de Mercaderías – Comentario de la Convención de Viena de 1980*, Madrid: Civitas, 1998.
- _____. *Comentario al art. 64*, in DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.). *Compraventa Internacional de Mercaderías – Comentario de la Convención de Viena de 1980*, Madrid: Civitas, 1998.
- DRUMMOND**, Maria Claudia. *A Comissão Parlamentar Conjunta: Origem e História*, in Mercosul Informativo, Caixa Econômica Federal e Comissão Parlamentar Conjunta – Seção brasileira, ano 2, número 4, Fev/Março de 1997, pp. 12-18.
- DUTOIT**, Bernard. *The Rome Convention on the Choice of Law Contracts*, in HOFFMANN, Bernd von (ed.). *European Private International Law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, , 1998, pp. 39-65.
- EÖRSI**, Gyula. *Art. 55*, in BIANCA / BONELL (eds.). *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987, pp. 401 y ss.
- ESCAMES**, Ana Quiñónez. *La Revisión del Art. 6º, Apartado Primero, del Convenio de Bruselas: Pluralidad de Demandados*, in BORRAS, Alegría (ed.). *La Revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre Competencia Judicial y Ejecución de Resoluciones Judiciales: una reflexión preliminar española*, Barcelona: Marcial Pons, 1998, pp. 341-350.
- FARIA**, Werter. *Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e a incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas*, in BASSO, Maristela (org.). *MERCOSUL – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, pp. 77/88.
- _____. *Harmonização Legislativa no Mercosul*, Associação Brasileira de Estudos da Integração, 8º v., Brasília, 1995.
- FERNÁNDEZ**, M. A.. *La competencia territorial*, in OLIVA, A. de la; FERNÁNDEZ, M. A.. *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., I, Madrid, 1992.
- FERRARI**, Franco. *Applicability and Applications of the Vienna Sales Convention (CISG)*, International Legal Forum, issue 4, 1998.
- _____. *Vendita internazionale di beni mobili*, in GALGANO (coord.): *Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1994.
- FONSECA**, Patrícia Galindo da. *O Brasil perante uma nova perspectiva de direito mercantil internacional*, Revista Forense, vol. 341, nº 94, jan-março de 1998, pp. 193-211.

- _____. *Formação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias*, Revista de Derecho del Mercosur, año 4, nº 2, abril de 2000, pp. 149-166.
- FOUCHARD**, Philippe. *Les usages, l'arbitre et le juge*, en *Le Droit des Relations Économiques Internationales*, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, 1982.
- FOYER**, J.. *Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Clunet, 1991, pp. 601-631;
- FRANCESCHINI**, José Inácio Gonzaga. *A Lei e o Foro de eleição em tema de Contratos Internacionais*, in RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos Internacionais*, 2ª ed. Revista e ampliada, São Paulo: RT, 1995, pp. 91-145.
- FRIEDMANN**, F.. *General Course in Public International Law*, RCADI, 1969-II, T. 127, pp. 91 y ss.
- GABRICCI**, Leonello. *A Integração Européia*, in PLÁ, Juan Algorta (coord.). *O Mercosul e a Comunidade Européia. Uma abordagem comparativa*, Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Instituto Goethe, 1994.
- GAJATE**, Rita Marcela. *El rol Del Derecho em um proceso de integración*, in APORTES para la Integración Latinoamericana, año I, nº 2, Instituto de Integración Latinoamericana, La Plata, diciembre de 1995, pp. 117-144.
- GALGANO**, Francesco. *Il Diritto Uniforme: la vendita internazionale*, in GALGANO, F.; FERRARI, F. (eds.). *Atlante de Diritto Privato Comparato*, 2ª ed., Bologna, 1993, pp. 211-220.
- GANÁ**, Eduardo; **BERMÚDEZ**, Augusto. *Opciones para la integración regional*, Revista de la Cepal nº 37, abril de 1989.
- GÁNDARA**, Luis Fernández de la; **CARAVACA**, Alfonso-Luis Calvo. *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías*, in **CARAVACA**, Alfonso-Luis Calvo; **GÁNDARA**, Luis Fernández de la (dirs.). *Contratos Internacionales*, Madrid: Tecnos, 1997, pp. 144-399.
- GARRO**, Alejandro. *La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su incorporación al ordenamiento jurídico argentino – cuarta parte -*, in *La Ley*, Buenos Aires, 1985, pp. 3/4;
- _____. *Unification and Harmonization of Private Law in Latin America*, American Journal of Comparative Law, vol. 40, 1992, pp. 587/616.
- GONZÁLEZ**, Javier Carrascosa. *Art. 5º*, in **CARAVACA**, Alfonso-Luis Calvo (ed.). *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y*

- a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, Madrid, 1995, pp. 77-101.
- _____. Art. 4º, in CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo (ed.). *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil*, Madrid, 1995, pp. 319-342.
- GONZALO**, Marco Lopez de. *La vendita Internazionale*, in ALPA, Guido; BESSONE, Mario (eds.). *2/ II I contratti in generale*, Turin, 1991, pp. 901 y ss.
- GOODE**, Roy. *Usage and its Reception in Transnational Commercial Law*, I.C.L.Q., vol. 46, issue 1, 1997.
- GRANZIERA**, Maria Luiza Machado. *INCOTERMS*, RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos Internacionais*, 2ª ed. Revista e ampliada, São Paulo: RT, 1995, pp. 147-221.
- GREBLER**, Eduardo. *A Solução de Controvérsias no Tratado do Mercosul*, in CASSELA, Paulo Borba et alii (org.). *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*, São Paulo: LTr, 1996.
- HARGAIN**, Daniel. *Contratos Comerciales en el Mercosur: Ley aplicable y juez competente*, Revista de Derecho del MERCOSUR, La Ley, año 1, nº 1, mayo de 1997, pp. 90-99.
- HONNOLD**, John. *The Sales Convention in Action – Uniform International Words: Uniform Application?*, J. L. & Com. 8, 1988, pp. 207-212.
- HUCK**, Hermes Marcelo e SILVA FILHO, Antonio Carlos Monteiro da. *A Citação por Carta Rogatória*, in BAPTISTA, Luiz Olavo et alii (cords.). *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas – Estudo em Homenagem ao Prof. Irineu Strenger*, São Paulo: LTr, 1994, pp. –146-160.
- IDIARTE**, Gonzalo A. Lorenzo. *¿Cuándo um Contrato es Internacional? Análisis desde una perspectiva regional*, in KLEINHEISTERKAMP, Jan e IDIARTE, Gonzalo A. Lorenzo (coords.). *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina – Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo: FCU, 2002, pp. 105-132.
- IRWIN**, Douglas A.. *The GATT in Historical Perspective*, in *Historical Perspectives on International Institutions*, AEA papers and proceedings, vol. 85, nº 2, may 1995.
- IUD**, Carolina Daniela. *Contrato Internacional y Juez Competente*, La Ley, año LXIV, nº 48, miércoles 8 de marzo de 2000, Buenos Aires, pp. 1-8.

- JAYME**, Erik. *The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980)*, in SARCEVIC, Petar (ed.). *International Contracts and Conflicts of Laws – a collection of essays*, Londres/Dordrecht/Boston: Graham & Trotman Martinus Nijhoff, 1990, pp. 36-50.
- JIMENEZ**, Martha Lucía Olivar. *La comprensión del concepto de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur*, in BASSO, Maristela (org.). *MERCOSUL – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, pp. 15/76.
- JÚNIOR**, Alfredo Lupatelli; MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Globalização e Direito: União Européia e Mercosul*, Revista de Derecho del Mercosur, La Ley, año 4, nº 4, agosto de 2000.
- JUNIOR**, Ruy Rosado de Aguiar. *A Convenção de Viena (1980) e a Resolução do Contrato por Incumprimento*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 10, 1994.
- KAHN**, Philippe. *La Convention de Vienne du 11 avril 1980: caractères et domaine d'application*, Droit et Pratique du Comerce International, 1989, pp. 385 y ss.
- KELSEN**, Hans. *La Esencia del Derecho Internacional*, trad. Yolanda Frías, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXV, Núms. 99-100, julio-diciembre de 1975, pp. 735/742.
- KIRMSER**. José Raúl Torres. *Sistema de Solución de Controversias en el Ámbito del MERCOSUR*, en *Magistratura e Mercosul*, Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS – Edição Especial, novembro de 1998, Porto Alegre, pp. 55-84.
- KLOR**, Adriana Dreyzin de. *El Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa con particular referencia al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales*, Revista de Derecho del MERCOSUR, La Ley, año 4, nº 2, abril de 2000, Buenos Aires, pp. 85-104.
- _____. *Los Principios Subyacentes a la Legislación Jusprivatista del MERCOSUR*, in PROENÇA, Alencar Mello.; BIOCCA, Stella Maris (org.). *“La Integración Hacia el Siglo XXI”*, Pelotas: EDUCAT, 1996, pp. 503-527.
- KNAPP**, Víctor. “Art. 64”, in BIANCA / BONELL (eds.). *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987.

- LAGARDE**, Paul. *Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain*. in *Cours Général de Droit International Privé, Recueil des Cours*, T. 196, 1986 I, pp. 9-237.
- LAHERA**, Eugenio. *Dinámica, restricciones y políticas de la integración*, Revista Integración Latinoamericana, noviembre de 1992.
- LANDO**, Ole. *Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law*, European Review of Private Law, vol. 8, nº 1, 2000, pp. 59/69.
- _____. *Art. 31*, in BIANCA/BONELL (eds.). *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987, pp. 253 y ss.
- _____. *Lex Fori in Foro Proprio*, Maastricht Journal, 1995, pp. 359-375.
- _____. *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, I.C.L.Q, 34, 1985.
- LAVOPA**, Jorge H.. *La integración regional y los derechos nacionales. Conflictos y soluciones*, in PLENARIO – Revista de la Asociación de los Abogados de Buenos Aires, Febrero de 1995.
- _____. *Creación del Derecho del Mercosur*, in Gaceta del MERCOSUR, año 3, núm. 15, julio de 1995.
- LIJPHART**, Arend. *The comparables Cases Strategy in Comparative Research*, en CANTORI, Louis J; SIEGLER, Andrew H. (eds.). *Comparative Politics in the PostBehavioral Era*, Boulder, Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1975-1988.
- LÓPEZ**, Angel López y. *Comentario al art. 45*, in DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.). *Compraventa Internacional de Mercaderías – Comentario de la Convención de Viena de 1980*, Madrid: Civitas, 1998.
- LUGO**, Mariano Aguilar Benítez de; BENOT, Andrés Rodríguez. *La Revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre Competencia Judicial y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil: una Primera Lectura*, R.E.D.I., vol. L, 1998, nº 2, pp. 35-68.
- _____. *La Pluralidad de Demandados en el Derecho Internacional Privado*, Justicia 92, 1992, II.
- LUZARRAGA**, Francisco Aldecoa. *El Acuerdo entre la Unión Europea y el Mercosur en el Marco de la intensificación de Relaciones entre Europa y América Latina*, Revista de Instituciones Europeas, vol. 22, Núm. 3, Septiembre-Diciembre de 1995, Madrid, pp.
- MARCHESINI**, Gualtiero Martín. *El arbitraje como método de solución de controversias en el MERCOSUR*, Revista de Derecho del MERCOSUR, La Ley, año 4, nº 4, agosto de 2000, Buenos Aires, pp. 182-195.

- MARTINO**, Amalia Uriondo de. *Competencia Judicial Internacional en el MERCOSUR*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, nº 14, Ed. Rubinzal – Culzoni, mayo de 1997.
- MASKOW**, Dietrich. Art. 54, in BIANCA / BONELL (eds.). *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987.
- _____. Art. 60, in BIANCA / BONELL (eds.). *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987.
- MASSAD**, Carlos. *Una nueva estrategia para la integración*, Revista de la Cepal nº 37, abril de 1989.
- MATEO**, Fernando. *Integración económica regional e inserción económica internacional*, Revista Integración Latinoamericana, octubre de 1978.
- MELÉNDEZ**, Miguel Angel Pendón. *Preámbulo y artículo 1º*, in BOVIO, David Morán (coord.). *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999.
- MELLADO**, NOEMI B. “*El modelo del Mercosur*”, in APORTES para la Integración Latinoamericana, Año I, Nº2, Instituto de Integración Latinoamericana, La Plata, diciembre 1995, pp. 7-46.
- MENDES**, Errol P.. *The U.N. Sales Convention & U.S-Canada Transactions; Enticing the World’s Largest Trading Bloc to do Business under a Global Sales Law*, Journal of Law and Commerce 8, 1988, pp. 109-144.
- MIDÓN**, Mario A. R.. *El tratamiento Constitucional de la Integración entre los signatarios del MERCOSUR*, La Ley, Buenos Aires, año LXI, nº 58, 24 de marzo de 1997.
- MORO**, Lucía Millán. *Aplicabilidad directa y efecto directo en derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Revista de Instituciones Europeas, nº 11, vol. 2, 1984.
- NICHOLAS**, Barry. Art. 69, in BIANCA / BONELL (eds.). *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987.
- PALLARÉS**, Beatriz ; ARAGÓN, Enrique. “*Problemas Procesales en el Ambito del MERCOSUR. El acceso a la Jurisdicción*”, in CALDANI, Miguel Angel Ciuro (coord.). *DEL MERCOSUR – Aduana, Jurisdicción, Informática y Relaciones Intercomunitarias* -, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 269-278.
- PENADES**, Vicente Luis Montes. *Comentario al art. 82*, in DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.). *Compraventa Internacional de Mercaderías – Comentario de la Convención de Viena de 1980*, Madrid: Civitas, 1998.

- PERUGINI**, Alicia M. *Aspectos jurídicos-económicos de la Jurisdicción Internacional en el ámbito del Consumidor*, in CALDANI, Miguel Angel Ciuro (coord.). *DEL MERCOSUR – Aduana, Jurisdicción, Informática y Relaciones Intercomunitarias* -, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 317-328..
- PESCATORE**, Pierre. *La Interpretación del Derecho Comunitario por el Juez nacional*, Revista de Instituciones Europeas, vol. 23, nº 1, enero/abril de 1996, pp. 7-31.
- PORTINHO**, Luiz Claudio. *A Aplicação das normas do Mercosul pelo juiz nacional*, Revista de Derecho del Mercosur, La Ley, año 4, nº 3, junio de 2000, pp. 59-63.
- REAL**, M. Desantes. *España ante el proceso de elaboración del DIPr. Intracomunitario*, España y la Codificación internacional del DIPr. (III Jornadas de DIPr.), pp. 203-224.
- REYES**, Jorge E. Fernández. *Evaluación de los mecanismos de solución de controversias en el MERCOSUR*, Revista de Derecho del Mercosur, La Ley, año 4, nº 4, agosto de 2000, Buenos Aires, pp. 139-163.
- RIBEIRO**, Darci Guimarães. *Audiencia Preliminar y Oralidad en el Derecho Brasileño*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XL, nº 61, pp. 175/211.
- _____. *O Processo Cautelar no Mercosul*, Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. 175, Março/Abril – 2000, pp. 39/52.
- RIOS**, Aníbal Sierralta. “*Comentarios Liminares del Derecho Internacional del Comercio: un enfoque latinoamericano*”, in KLEINHEISTERKAMP, Jan e IDIARTE, Gonzalo A. Lorenzo (coords.). *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina – Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo: FCU, 2002, pp. 255-286.
- RODAS**, João Grandino. *Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às Obrigações Contratuais*, in RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos Internacionais*, 2ª ed. Revista e ampliada, São Paulo: RT, 1995, pp. 09-49;
- RODGER**, Barry J.; DOORN, Juliette Van. *Proof of Foreign Law: the impact of the London Convention*, I.C.L.Q., vol. 46, part 1, January 1997, pp. 151/173.
- ROSENTHAL**, Gert. *La integración regional en los años noventa*, Revista de la Cepal nº 50, agosto de 1993.
- ROVIRA**, Suzan Lee Zaragoza de. *Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: Aspectos doutrinários e práticos*, in RODAS, João

- Grandino (coord.). *Contratos Internacionais*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1995.
- SAIEG**, Mónica F.; FRUSTAGLI, Sandra A.; ESBORRAZ, David F.; HERNÁNDEZ, Carlos A.. *Hacia la unificación del Derecho de las Obligaciones y de los Contratos en el MERCOSUR*, in CALDANI, Miguel Angel Ciuro (coord.). *DEL MERCOSUR – Aduana, Jurisdicción, Informática y Relaciones Intercomunitarias*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 253/262.
- SALERNO**, Francesco. *The Brussels Jurisdiction and Enforcement Convention – the Judicial Outlook*, in HOFFMANN, Bernd von (ed.). *European Private International Law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1998, pp. 115-158.
- SAMTLEBEN**, Jürgen; FILHO, Calixto Salomão. *O Mercado Comum Sul Americano – uma análise jurídica do Mercosul*, in RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1995.
- _____. *Questões atuais de Arbitragem Comercial no Brasil*, in CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem, a Nova Lei Brasileira (9.307/96) e a Praxe Internacional*, São Paulo: LTr, 1996.
- SÁNCHEZ**, Antonio Cabanillas. *Comentario al art. 25*, in DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.). *Compraventa Internacional de Mercaderías – Comentario de la Convención de Viena de 1980*, Madrid: Civitas, 1998.
- SOARES**, Guido Fernando da Silva. *As instituições do Mercosul e a solução de litígios no seu âmbito – sugestões de lege ferenda*, in BAPTISTA, Luiz Olavo et alii. *Mercosul – das negociações à implantação*, São Paulo: LTr, 1994.
- _____. *Contratos Internacionais de Comércio: Alguns aspectos normativos da compra e venda internacional*, en CAHALI, Yussef Said (coord.). *Contratos Nominados – Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo: Saraiva, 1995.
- SOBRINO**, Frederico F. Garau. *Art. 6º*, in CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo (ed.). *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil*, Madrid, 1995, pp. 166-191.
- SORIANO**, Miguel Virgós; ALFÉREZ, Francisco Garciamartín. *El Convenio de Bruselas y las Propuestas para su Reforma: Una Crítica Radical. Arts. 5.1.1, 21, 24 y 27.2*, in BORRAS, Alegría (ed.). *La Revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre Competencia*

Judicial y Ejecución de Resoluciones Judiciales: una reflexión preliminar española – Seminario realizado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Barcelona: Marcial Pons, 1998, pp. 77-136.

STRENGER, Irineu. *La Notion de Lex Mercatoria en Droit du Commerce International*, in *Recueil des Cours*, t. 227, 1991, II, pp. 211-355.

_____. *Extraterritorialidade do Direito Processual*, in *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina – Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, KLEINHEISTERKAMP, Jan e IDIARTE, Gonzalo A. Lorenzo (coords.), Montevideo: FCU, 2002, pp. 471-488.

TALLON, Denis. *Art. 81*, in BIANCA / BONELL (eds.). *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987.

TAQUELA, Maria Blanca Noodt. *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires: Depalma, tomo 1996, pp. 397-434.

_____. *Contratos Internacionales en el MERCOSUR. Conveniencia de adoptar la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, CIDIP-V, in *Doctrina Judicial*, 1996-2, pp. 929-931.

_____. *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994)*, in *Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la AADI*, nº 5, Rosario, 1995, pp. 9/27.

_____. *MERCOSUR – Unión Europea: cuestiones de Derecho Internacional Privado*, Revista de Derecho del Mercosur, La Ley, año 2, nº 3, junio de 1998, pp. 17-27.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Arbitragem como Meio de Solução de Conflitos no Âmbito do Mercosul e a Imprescindibilidade da Corte Comunitária*, RJ, nº 236, junho de 1997.

TETLEY, William. *Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncodified)*, Part II, *Uniform Law Review*, vol. IV, 1999-4, pp. 877/906.

TONIOLLO, Javier A.. *Reflexiones acerca de la función jurisdiccional en el MERCOSUR*, in CALDANI, Miguel Angel Ciuro (coord.). *DEL MERCOSUR – Aduana, Jurisdicción, Informática y Relaciones Intercomunitarias -*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 243-251.

VANOLI, Alejandro. *Globalización e integración económica. Causas y efectos e incidencia en el Mercosur*, in PROENÇA, Alencar Mello; BIOCCA, Stella Maris (org.). *La Integración hacia el siglo XXI*, Pelotas: EDUCAT, 1996.

- VENTURA**, Deisy de F. Lima. *Eficácia jurídica*, Revista Jurídica CONSULEX, Brasília, a. I, nº 10, outubro 1997.
- VISCASILLAS**, Maria del Pilar Perales. *La información sobre la Convención de Viena de 1980 – compraventa internacional de mercaderías – aumenta. Una llamada a los operadores jurídicos españoles*, Derecho de los Negocios, nº 63, diciembre de 1995, pp. 15-22;
- WALD**, Arnold. *Validade das convenções sobre foro do contrato*, Estudos e Pareceres de Direito Comercial, vol. I, São Paulo: RT, 1972, pp. 261/271.
- _____. *A Introdução da Lex Mercatoria no Brasil e a Criação de uma Nova Dogmática*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XXXIV, nº 100, outubro-dezembro de 1995, São Paulo: RT, pp. 20-23.
- WILL**, Michael. Art. 25, in BIANCA / BONELL (eds.). *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987.
- _____. Art. 50, in BIANCA / BONELL (eds.). *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987.
- ZALDUENDO**, Susana Czar de; BOLDORINI, Maria Cristina. *La estructura jurídica-institucional del Mercosur después del Protocolo de Ouro Preto*, Boletín Informativo TECHINT, nº 283, jul-ago de 1995.
- ZANETTI**, Alicia M. Perugini. *Aspectos Jurídico-Económico de la Jurisdicción Internacional en el Ámbito del Consumidor*, Notarius International, vol. 5, nº 1, Kluwer Law International, 2000.
- ZEBALLOS**, Carlos. *El Protocolo de Brasilia*, Integración Latinoamericana – INTAL, Buenos Aires, diciembre de 1992, nº 185.

ARTÍCULOS PUBLICADOS EN INTERNET

- GARCÍA**, Carlos Arellano. *La Cláusula Federal en Convenciones Interamericanas de Derecho Privado*, in <http://legal.infosel.com/Legal/EnLinea/Articulos/articulo/0008/>.
- FERRARI**, Franco. *Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing*, publicado in <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>, 1995;
- ROMERO**, Fabiola. *Las Personas Jurídicas y las Obligaciones en la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana*, in <http://www.zur2.com/users/fipa/objetivos/leydip1/faromero.htm>.

VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. *El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: Los Principios de UNIDROIT – ámbito de aplicación y disposiciones generales*, in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/biblio-spa.html>.

_____. *Una Aproximación al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional - Aplicaciones concretas en la parte II de la Convención*, Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 16, abril de 1995, 55-58, Madrid, in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/biblio-spa.html>.

DOCUMENTOS OFICIALES

United Nations Conference on Contracts for the International Sales of Goods, Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees, (Vienna, 10 March – 11 April 1980), United Nations ed., 1981;

UNCITRAL Yearbook, vol. I, 1968-1970, ps. 159-176, específicamente en A/CN.917 y A/CN.9/31 – “Análisis of Replies and Comments by Governments on the Hague Conventions of 1964.

M. GIULIANO y P. LAGARDE. *Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, DOCE, nº 327 de 11 de diciembre de 1992, versión española.

Informe del Relator de la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional, celebrada en Tucson, Arizona, noviembre de 1993. OEA/Ser K/XXI CIDIP-V/14/93, 30-12-93.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), World Investment Report 1995: Transnational Corporations and Competitiveness (UNCTAD/DTCI/26), Ginebra, Naciones Unidas, 1995, cuadro I.13, p. 37. Publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta: E.95.II.A.9.

Anuario de UNCITRAL, vol. I, 1968-1970.