

# LOS CONTRATOS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

María Mercedes ALBORNOZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Jurisdicción internacional*. III. *Derecho aplicable*. IV. *Conclusión*.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, en la República Argentina ha habido diversos intentos de contar con una Ley especial o con un Código de Derecho Internacional Privado. En esta ocasión nos ocuparemos solamente del más reciente, dado que es el que aún tiene posibilidades de convertirse en derecho positivo.

El “Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado”<sup>1</sup> ha sido elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado. Dicha Comisión, designada por la Resolución 191/02 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos<sup>2</sup> y por la Resolución 144/02 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos,<sup>3</sup> fue integrada por los doctores Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo Leopoldo Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manovil, María Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia M. Perugini Zanetti, Horacio Daniel Piombo, Julio César Rivera, Amalia Uriondo de Martinoli e Inés M. Weinberg de Roca.

\* Candidata a doctora por la Universidad Panteón-Assas, París II. Profesora e investigadora de la Universidad Anáhuac del Sur.

<sup>1</sup> En adelante, denominado indistintamente “Proyecto” o “Proyecto de Código”.

<sup>2</sup> Del 5 de abril de 2002.

<sup>3</sup> Del 3 de octubre de 2002.

El Proyecto fue presentado ante el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo del año 2003 e ingresó a la Cámara de Diputados en el mes de abril de 2004, bajo el número 2016-D-04,<sup>4</sup> firmado por el doctor Jorge Reinaldo Vanossi, Diputado de Compromiso para el Cambio por Capital Federal.

La importancia de contar con un instrumento debidamente sistematizado, que recoja las tendencias modernas perceptibles en derecho comparado y que reúna la totalidad de las normas de derecho internacional privado de fuente interna, hoy dispersas en diversos códigos y leyes,<sup>5</sup> es crucial. En efecto, facilitaría a la sociedad toda el conocimiento de las reglas de una materia que de por sí resulta compleja y suele ser considerada como una maraña sólo reservada a un reducido número de expertos, lo que contribuiría al desarrollo armónico de las relaciones iusprivatistas con elementos de extranjería. Asimismo, un Código sería de innegable utilidad para quienes deben interpretar y aplicar normas de derecho internacional privado al resolver casos concretos.

El Proyecto de Código consta de cuatro títulos, dedicados a Disposiciones generales (Título I), Jurisdicción internacional (Título II), Derecho aplicable (Título III) y Disposiciones transitorias (Título IV). El objeto de este cuerpo de normas se limita a “los casos privados con elementos extranjeros”, regulando con respecto a ellos “la jurisdicción internacional y el derecho aplicable” (artículo 1o.).

En esta ponencia nos proponemos analizar brevemente lo que el Código dispone en materia de contratos internacionales en general. El contrato internacional es definido por el artículo 68 como aquél que “tiene contactos objetivos con más de un Estado”. Se requiere que el contrato en cuestión esté vinculado a una pluralidad de ordenamientos jurídicos estatales. La misma norma hace una enumeración meramente enunciativa de ciertos contactos objetivos. Precisamente, dispone: “Son contactos objetivos, entre otros, los lugares de celebración y de cumplimiento, y los domicilios, establecimiento o residencia habitual de las partes y la situación de los bienes objeto del contrato”. El punto de conexión “nacionalidad” no figura

<sup>4</sup> *Cf.*: Base de Datos Documentales de la Dirección de Información Parlamentaria, <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/bases.htm>, sitio consultado en agosto de 2005.

<sup>5</sup> Código Civil, Código de Comercio, Código Procesal Civil, Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, Ley 24.522 de Concursos y Quiebras.

entre los contactos enumerados; sin embargo, podría quedar incluido en el campo de aplicación de esta norma que deja el listado abierto. Ahora bien, al día de hoy, la nacionalidad de las partes no es un elemento relevante para determinar la internacionalidad de un contrato según el derecho internacional privado argentino. Queda abierto el interrogante de si el Proyecto de Código implicaría —o no— una modificación de tal criterio.

Tomando en cuenta lo dispuesto en el referido artículo 1o., y la trascendental importancia del contexto jurisdiccional a los fines de identificar el derecho aplicable a un contrato, fijaremos nuestra atención primero en la jurisdicción internacional y luego en el derecho aplicable a los contratos internacionales.

## II. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

El derecho aplicable a un contrato internacional y, por ende, la solución sustancial a la que se arribe, dependen de cuál sea el tribunal con jurisdicción internacional para resolverlo.<sup>6</sup> De ahí que, si las partes de una controversia contractual internacional desean intentar prever cuál será su solución, deben ante todo ubicarse en un contexto jurisdiccional determinado.

Para identificar el tribunal con jurisdicción en materia de contratos, el artículo 24 del Proyecto establece como regla general el foro elegido por las partes. Luego, subsidiariamente, en ausencia de acuerdo de elección de foro, el actor podrá optar entre los tribunales del domicilio o residencia habitual del demandado, los del lugar de cumplimiento de la obligación y los del lugar en el que el demandado tenga sucursal o establecimiento.

### 1. *Foro elegido por las partes*

En virtud del acuerdo de elección de foro o pacto de prórroga de jurisdicción, las partes en una controversia actual<sup>7</sup> o futura<sup>8</sup> deciden ante qué tribunal la plantearán. En consecuencia, con fundamento en la voluntad de las partes, el tribunal que ellas designen resultará investido de jurisdicción internacional para conocer y resolver el caso en cuestión.

<sup>6</sup> Cfr: Boggiano, Antonio, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 113.

<sup>7</sup> Prórroga “*post litem natam*”.

<sup>8</sup> Prórroga “*ante litem natam*”.

El artículo 24 del Proyecto acoge en materia de contratos internacionales la prórroga de jurisdicción y le confiere el carácter de regla general, ya que sólo en defecto de elección de foro por las partes entrarán en juego los criterios que el mismo artículo prevé (“No existiendo acuerdo de elección de foro”). Dicha elección del tribunal que tendrá jurisdicción internacional recibida en el artículo 24, está contemplada en el primer párrafo del artículo 17 para todo caso patrimonial. En efecto, según esta última norma, “En materia patrimonial tienen jurisdicción los tribunales elegidos por las partes, salvo la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República”. Si confrontamos esta regla con la actualmente vigente, que dispone que en los asuntos exclusivamente patrimoniales “...de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley” (artículo 1o. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), una diferencia salta a la vista.

Efectivamente, mientras el artículo vigente permite a las partes elegir un tribunal de la órbita estatal o bien un tribunal arbitral, la norma propuesta se refiere únicamente a “tribunales”. ¿Cómo habremos de interpretar dicho término?, ¿incluye la justicia privada o se limita a la justicia impartida en nombre del Estado? En el último párrafo del artículo 25 del Proyecto se hace alusión a los pactos de elección de foro y a los acuerdos arbitrales por separado por lo que, interpretando el artículo 17 en conjunto con el 25, deberíamos excluir el arbitraje del primero de ellos. Sin embargo, dada la expansión actual del arbitraje como medio para solucionar controversias internacionales, deberíamos entender que la justicia arbitral queda incluida como tribunal elegible por las partes, ya que lo contrario implicaría un retroceso en lugar de un *aggiornamento* de la legislación argentina. Esta última interpretación queda confirmada por la calificación autónoma de “tribunales” contenida en el artículo 6 del Proyecto, que en su inciso a) los define como “los órganos judiciales, administrativos o arbitrales, según corresponda”. Es por eso que la diferencia señalada entre la norma que se encuentra en vigor y la nueva norma propuesta en cuanto a este punto no llega a ser una diferencia sustancial.

El Proyecto acoge tanto la prórroga expresa como la tácita. Con respecto a la primera dispone que “La elección puede hacerse por cualquier medio de comunicación que permita asegurar la identidad de las partes y la aprobación del contenido del acuerdo por cada una de ellas” (2o. párrafo

del artículo 17). Aquí se pretende abrir la puerta a la utilización de medios que las nuevas tecnologías ponen al alcance de las partes facilitando la comunicación entre ellas y, sobre todo, acortando notablemente los tiempos. Por ejemplo, las partes podrían acordar la elección del tribunal vía fax o correo electrónico.

De conformidad con el artículo 18, se entiende que existe prórroga tácita a favor de los tribunales de un país cuando el demandado comparece ante los mismos “sin cuestionar la jurisdicción en el momento procesal oportuno”. Es decir que el demandado, con su actitud, consiente la jurisdicción del tribunal donde el actor ha decidido unilateralmente plantear su pretensión. El artículo 18 finaliza haciendo la siguiente aclaración: “salvo la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República”. Consideramos que no era necesario repetir esa salvedad al tratar la prórroga tácita, siendo que la misma se aplica también para la prórroga expresa y que justamente por eso ya ha sido incluida en el primer párrafo del artículo 17.

Ahora bien, dijimos que el artículo 24 acoge el acuerdo de elección de foro para los contratos internacionales. En principio, los contratantes tienen derecho a designar el tribunal que solucionará sus diferencias. No obstante, el mismo Proyecto prohíbe la prórroga de jurisdicción para algunos contratos, tales como el de consumo (último párrafo del artículo 27) y el de trabajo (artículo 28), para proteger a la parte débil (consumidor, trabajador) de los abusos que podría sufrir si la parte fuerte le impusiera un “acuerdo” de elección del tribunal. Pensamos que, con respecto a estos contratos caracterizados por una desigualdad entre las partes, sería preferible autorizar el pacto de elección de foro y establecer criterios que orienten al juez en la evaluación de si hubo un verdadero acuerdo de partes o si la parte fuerte impuso su postura a la parte débil. Mientras no haya habido abuso, el pacto podría ser válido y ello redundaría en beneficio de las dos partes.

En los contratos en los que el acuerdo de elección de foro está permitido, si las partes no pactan la jurisdicción de un tribunal determinado, se abre un menú de opciones a favor del actor quien podrá, a su arbitrio, demandar ante cualquiera de los tribunales estatales que el artículo 24 prevé.

## *2. Tribunales del domicilio o residencia habitual del demandado*

A falta de elección convenida, el actor podrá entablar la acción ante “los tribunales del domicilio o residencia habitual del demandado” y, si hubiera una pluralidad de demandados, ante “los tribunales del domicilio o resi-

dencia habitual de cualquiera de ellos” (inciso a del artículo 24). Esta disposición está destinada a las personas físicas, únicos sujetos susceptibles de tener “domicilio o residencia habitual”,<sup>9</sup> y recoge un criterio de atribución de jurisdicción internacional que goza de aceptación en el derecho comparado.<sup>10</sup>

Llama la atención que esta norma del Proyecto de Código esté formulada de manera bilateral, mientras que las normas de jurisdicción internacional de fuente nacional deben unilaterales.<sup>11</sup> En efecto, no es posible imponer normas argentinas de jurisdicción internacional a un juez extranjero, obligado por las normas de jurisdicción internacional de su propio sistema de derecho internacional privado. Semejante imposición implicaría atentar contra la soberanía de un Estado extranjero.

La jurisdicción internacional de los tribunales del domicilio o residencia habitual del demandado está prevista en el Código Civil argentino vigente, en normas unilaterales, que se caracterizan por vincular estrechamente el domicilio o residencia del demandado con el lugar de cumplimiento del contrato.

Veamos: el artículo 1215 del Código Civil instituye la jurisdicción internacional de los tribunales argentinos “En todos los contratos que deben tener su cumplimiento en la República, aunque el deudor no fuere domiciliado o residiere en ella...”. Por lo tanto, también tienen jurisdicción los tribunales de la República cuando coinciden en su territorio el lugar de cumplimiento y el domicilio o residencia del deudor demandado. Este artículo se complementa con el siguiente, que dispone que “Si el deudor tuviere su domicilio o residencia en la República, y el contrato debiese cumplirse fuera de ella, el acreedor podrá demandarlo ante los jueces de su domicilio, o ante los del lugar del cumplimiento del contrato...” (artículo 1216 del Código Civil). Aunque no haya coincidencia entre domicilio o residencia del demandado —en la República— y lugar de cumplimiento del contrato —en el exterior—, pueden tener jurisdicción los tribunales argen-

<sup>9</sup> Además, el mismo artículo contiene otro inciso especialmente dedicado a las personas jurídicas.

<sup>10</sup> Artículos 42 y 43 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés; artículo 3148, inciso 1o. del Código Civil de Québec.

<sup>11</sup> *Cfr.* Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, *Derecho internacional privado*, vol. I, 5a. ed., Granada, Comares, 2004, pp. 73 y 74; Rigaux, François, *Derecho internacional privado, Parte General*, Madrid, Civitas, 1985, p. 180.

tinios. De estas dos normas se colige que los tribunales de la República Argentina tienen jurisdicción internacional en materia de contratos cuando el deudor demandado se domicilia o reside en territorio nacional.

El actor también puede elegir los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación.

### 3. *Tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación*

El menú de opciones que, a falta de acuerdo de elección de foro, el artículo 24 del Proyecto despliega a favor del actor, continúa en el inciso b) con “los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación reclamada”. Se advierte aquí una divergencia sustancial con respecto a los referidos artículos 1215 y 1216 del Código Civil: éstos aluden al lugar de cumplimiento del contrato dentro o fuera de la República para atribuir jurisdicción internacional a los tribunales nacionales o extranjeros, que la doctrina<sup>12</sup> y la jurisprudencia<sup>13</sup> interpretan como cualquier lugar de cumplimiento del contrato, es decir, el lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato. En cambio, en la norma propuesta se atiende al lugar de cumplimiento de la obligación reclamada. Si bien es cierto que el lugar de cumplimiento del contrato y el lugar de cumplimiento de la obligación reclamada pueden coincidir, se trata de conceptos diferentes.

Uno de los antecedentes más relevantes de la atribución de jurisdicción internacional a los tribunales del lugar donde debe cumplirse la obligación reclamada es la Convención de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, cuyo artículo 5.1 disponía que las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro “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”. El criterio de la obligación que sirviere de base a la demanda ha originado dificultades de interpretación, mismas que el legislador europeo trató de paliar en ocasión de la transformación de dicha convención en Reglamento (núm. 44/2001), introduciendo en dicho artículo presunciones acerca de cuál es el lugar de

<sup>12</sup> Boggiano, Antonio, *op. cit.*, nota 6, pp. 132 y ss.

<sup>13</sup> “*Exportadora Buenos Aires*”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de enero de 1998, *La Ley*, 2000-A, p. 404.

cumplimiento de la obligación en cuestión. Tales presunciones se refieren a los contratos de compraventa de mercaderías y prestación de servicios, y las partes pueden desvirtuarlas mediante pacto en contrario.

Finalmente, el actor también puede optar por los tribunales del lugar en el que el demandado tenga sucursal o establecimiento.

#### 4. *Tribunales del lugar en el que el demandado tenga sucursal o establecimiento*

Las opciones que el artículo 24 del Proyecto de Código de derecho internacional privado pone en cabeza del actor se completan en el inciso c) con la posibilidad de demandar ante “los tribunales del lugar en el que el demandado tenga sucursal o establecimiento respecto a las acciones relativas a una obligación derivada de la explotación de esa sucursal o establecimiento”. Es evidente que esta disposición toma exclusivamente en cuenta las personas jurídicas: el demandado debe ser una persona moral que haya contratado con una persona física o con otra persona moral.

Resulta de suma importancia el límite que fija la última parte de la norma, en cuanto a que la acción debe derivar de la explotación de la sucursal o establecimiento cuya ubicación justifica la jurisdicción internacional de los tribunales en cuestión. En efecto, si no existiera ese requisito, una sociedad con sucursales en varios países diferentes, podría ser sorpresivamente demandada en el país A donde tiene una sucursal, por incumplimiento de un contrato internacional relacionado con la explotación de su sucursal en el país B. Esto dificultaría su defensa en juicio, ya que razonablemente no habrá podido prever una demanda en A por un contrato que en nada se relaciona con su giro en ese país y, en consecuencia, tampoco habrá podido organizar correctamente su defensa allí. Su situación se tornaría todavía más delicada debido a “la inminente ejecutabilidad de esa sentencia sobre sus bienes sitos en el lugar del juez”.<sup>14</sup>

En la legislación vigente no hallamos norma alguna similar al artículo 24, inciso c, del Código de Derecho Internacional Privado, por lo que la cuestión de la jurisdicción en materia contractual debe ser resuelta con las herramientas disponibles, que son los artículos 1215 y 1216 del Código Civil. Creemos que sería positivo contar con una disposición como la pro-

<sup>14</sup> Boggiano, Antonio, *op. cit.*, nota 6, p. 118.



puesta, que le permita al actor optar por entablar la acción ante los tribunales del país donde el demandado tenga sucursal o establecimiento.

Identificado el tribunal con jurisdicción internacional para resolver una controversia contractual internacional en particular, si es un tribunal estatal, éste hará su labor aplicando sus normas de derecho internacional privado.<sup>15</sup> Como vamos a estudiar las normas que el Proyecto propone para determinar el derecho aplicable a los contratos internacionales, nos situaremos en el contexto jurisdiccional argentino, suponiendo que es un tribunal argentino el que tiene jurisdicción internacional.

### III. DERECHO APLICABLE

A los fines de determinar el derecho aplicable al contrato internacional, el Proyecto de Código contiene una innovación con respecto a la legislación que hoy en día continúa vigente en la República Argentina: acoge el principio de autonomía de la voluntad permitiendo que las partes elijan el derecho que regirá su contrato. Si el Proyecto llegase a convertirse en derecho positivo, las leyes se pondrían a tono con la jurisprudencia local que desde 1976 permite la autonomía conflictual,<sup>16</sup> y con la corriente pro-autonomía que predomina en derecho comparado —tanto a nivel de leyes como de convenciones internacionales, jurisprudencia y doctrina—. <sup>17</sup> Una de las fuentes de inspiración de los redactores del Código de Derecho Internacional Privado en el tema de contratos internacionales ha sido la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, concluida en la Ciudad de México el 17 de marzo de 1994,<sup>18</sup>

<sup>15</sup> En cambio, los tribunales arbitrales no están obligados a aplicar el derecho internacional privado de ningún país en particular, dado que carecen de foro. Santos Belandro, Rubén, *Arbitraje comercial internacional*, 3a. ed., México, Oxford University Press, 2000, p. 186.

<sup>16</sup> Sentencia pronunciada en la causa “Treviso, Pablo S.A.F.A.C.I.M.I. y otros c. Banco Argentino de Comercio”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial núm. 13, 31 de agosto de 1976, *El Derecho*, t. 77, p. 426, nota Malbrán.

<sup>17</sup> El principio de autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales es considerado un principio de aceptación universal. Araújo, Nádia de, “AAutonomia da Vontade nos Contratos Internacionais, Direito Brasileiro e Países do Mercosul: Considerações sobre a Necessidade de Alterações no Direito Internacional Privado Obrigacional do Bloco”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 17, Porto Alegre, 1999, p. 234.

<sup>18</sup> Esta Convención, también conocida como “CIDIP V sobre contratos internacionales”, a la fecha es obligatoria solamente para México y Venezuela.

que proclama la autonomía de la voluntad en el artículo 7, según el cual “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes”.

La adopción del principio de la autonomía de la voluntad implica el establecimiento de un sistema dualista, que habrá de prever disposiciones subsidiarias para el caso de que las partes no hayan ejercido —o al menos no hayan ejercido válidamente— el derecho subjetivo de elegir el derecho objetivo aplicable al contrato internacional.

Siguiendo un esquema dualista, analizaremos las normas proyectadas que se refieren a los contratos internacionales en general, regulando la elección del derecho aplicable, y el derecho aplicable a falta de elección y luego haremos una referencia a la autonomía material.

### 1. Elección del derecho aplicable

En una región, el sur del continente americano, donde aún predominan las leyes que rechazan la autonomía de la voluntad o prescinden de ella, la jurisprudencia argentina ha sido pionera al permitir que las partes de un contrato internacional designen el derecho al que lo someterán. Como las normas del Código Civil que regulan la materia (artículos 1205 y ss., especialmente los artículos 1209 y 1210) nada disponen en cuanto a la autonomía, la norma proyectada en materia de elección del derecho del contrato es en sí misma una novedad.

El artículo 69 del Proyecto consagra en su primer párrafo el principio de la autonomía de la voluntad, en los siguientes términos: “La forma, la validez intrínseca y los efectos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes...”. La facultad de elegir libremente el derecho aplicable al contrato comporta el ejercicio de la autonomía conflictual de las partes.<sup>19</sup> Con fundamento en la voluntad de los contratantes —acogida, claro está, por la ley— se excluye la aplicación del derecho designado por la norma de conflicto del artículo 72 del Proyecto de Código, alcanzando las normas imperativas del derecho excluido. Ese derecho elegido por las partes regirá no sólo la validez intrínseca y los efectos del contrato sino también la forma<sup>20</sup> del mismo.

<sup>19</sup> *Cfr.* Boggiano, Antonio, *op. cit.*, nota 6, p. 677.

<sup>20</sup> En materia de forma, el Proyecto contiene además una norma de conflicto alternativa. Se trata del artículo 74, que reza: “El contrato es válido en cuanto a su forma si

Las reglas proyectadas son flexibles en lo atinente al momento de la elección del derecho aplicable. Se faculta a los contratantes para designar el derecho del contrato “en cualquier momento” (artículo 73), “incluso durante el proceso” (primer párrafo del artículo 69). De manera que las partes pueden, habiendo ya efectuado una elección, modificarla luego o, en caso de no haber elegido derecho —hipótesis en la que el contrato estaría regido por el derecho aplicable en defecto de elección—, optar por alguno. La consecuencia será siempre una modificación del derecho que rige el contrato. “Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato ni los derechos de terceros” (artículo 73, *in fine*). Este límite es necesario para garantizar un mínimo de seguridad jurídica.

La elección, que las partes pueden hacer en cualquier momento, podrá ser expresa o tácita. A este segundo modo se refiere el 4o. párrafo del artículo 69 al admitir que la voluntad de designación de un derecho determinado puede “resultar claramente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”.

Según lo que dispone el artículo 71 del Proyecto de Código, el consentimiento de las partes relativo a la elección del derecho aplicable, que puede ser expreso o tácito, estará regido en cuanto a su existencia y validez sustancial por el mismo derecho elegido. No obstante, si de establecer que una parte no ha prestado debidamente su consentimiento se trata, la cuestión será dirimida aplicando el derecho del domicilio de esa parte.

Ahora bien, el derecho expresa o tácitamente elegido ha de ser un derecho estatal. Esto surge de los párrafos 3o. y 5o. del artículo 69. El primero dispone que “La elección puede recaer en el derecho de un tercer Estado sin vinculación con el caso” y el segundo, que “Por derecho elegido se entiende, salvo pacto en contrario, el derecho interno del país de referencia”. Estas normas se refieren al derecho de un Estado o de un país. Queda claro entonces que las partes no podrían someter su contrato exclusivamente a un “derecho” no estatal. Por consiguiente, si declararan que el contrato internacional se sujetará sólo a la *lex mercatoria*, tal designación

satisface las exigencias del derecho que lo rige en cuanto al fondo o las del derecho del Estado en el que ha sido celebrado. Cuando el contrato no tiene lugar de celebración determinado será válido también, si lo es de acuerdo al derecho del Estado en el que se encuentra alguna de las partes o al derecho del Estado en que alguna de ellas tiene su domicilio, residencia habitual o establecimiento”.

no será considerada “elección” en los términos del artículo 69<sup>21</sup> y el derecho aplicable habrá de determinarse en virtud del artículo 72 del Proyecto de Código.

De manera que el derecho elegido para regir el contrato será siempre el derecho de un Estado. Ese Estado puede carecer de toda conexión con el contrato y a pesar de ello las partes pueden preferir su derecho frente a los de los Estados objetivamente vinculados con él. En principio, el Proyecto excluye el reenvío; pero lo respeta si responde a la voluntad de las partes. Aunque lo más usual será que cuando los contratantes elijan el derecho de un país tengan en vista el derecho interno del Estado en cuestión y no sus normas de derecho internacional privado que podrían conducir a la aplicación de un derecho sustantivo diferente.

El artículo 69 consagra en su 2o. párrafo la institución del “*dépeçage*” o desmembramiento del contrato, consistente en la posibilidad de “elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato”. Mas no sólo permite un “*dépeçage*” restringido al todo o a una sola parte del contrato, sino también que las partes puedan “establecer que diversos aspectos se rijan por derechos diferentes”. Nos parece adecuada la admisión de un “*dépeçage*” amplio aunque es necesario tener presente el peligro de que lleve a la atomización del contrato en múltiples partes regidas por derechos diferentes —que inclusive podrán contener disposiciones contradictorias o incompatibles entre sí—, lo que transformaría al contrato en un contrato sin ley. Para evitar caer en esto, el “*dépeçage*” debe practicarse dentro de los límites de la coherencia.<sup>22</sup>

Pero no siempre las partes eligen el derecho aplicable a su contrato internacional. En tales casos, el mismo quedará subsidiariamente regido por el derecho aplicable a falta de elección.

## 2. Derecho aplicable a falta de elección

En el régimen actualmente vigente en Argentina, las normas del Código Civil que rigen la determinación del derecho aplicable al contrato interna-

<sup>21</sup> Esto no implica que la referencia a la *lex mercatoria* esté prohibida. Pero no hace a la autonomía conflictual sino a la autonomía material de las partes. Artículo 70 del Proyecto. *Infra*, punto 3.

<sup>22</sup> Pommier, Jean-Christophe, *Principe d'autonomie et loi du contrat en Droit International Privé conventionnel*, París, Economica, 1992, p. 123.

cional se aplican —en la práctica jurisprudencial— en defecto de elección, aun cuando ellas no consagran expresamente la libertad de designación del derecho del contrato.

Los artículos más relevantes en esta materia son el 1209 y el 1210 del Código Civil que, respectivamente, disponen lo siguiente: “Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban 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” y “Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, su naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros”. La norma de conflicto que se encuentra desdoblada en estos dos artículos nos indica que el contrato internacional será regulado por la ley del lugar de cumplimiento.

En el Proyecto de Código se abandona el criterio lugar de cumplimiento y se lo sustituye por el principio de proximidad. Es así que “el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual presenta los vínculos más estrechos” (primer párrafo del artículo 72 del Proyecto). Ese derecho se aplicará a la totalidad del contrato a falta de elección válida o bien, si como consecuencia de un “*dépeçage*” practicado por las partes han quedado algunos aspectos del contrato sin ley elegida para regirlos, a esos aspectos para los que la elección no se haya realizado.

Con la intención de ayudar al juez a identificar el Estado con el cual el contrato está más estrechamente conectado, el 2o. párrafo del artículo 72 prevé un par de presunciones que lo guiarán en su tarea: 1) se presume que los vínculos más estrechos existen con el Estado en donde se encuentre el lugar —determinado o determinable— de cumplimiento de la prestación característica, y 2) si dicho lugar de cumplimiento no pudiera determinarse, se presume que los vínculos más estrechos existen con el Estado donde el deudor de la prestación característica tiene su establecimiento o residencia habitual. En este último supuesto, si la parte que debe cumplir la prestación característica es una persona jurídica que tiene más de un establecimiento, el tercer párrafo del mismo artículo establece que “se tomará en cuenta aquél que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento”. Aquí observamos que se guarda coherencia con relación a lo establecido en el inciso c) del artículo 24 en materia de jurisdicción internacional cuando no ha habido acuerdo de elección de foro y el demandado no es una persona física.

Para aplicar estas presunciones es necesario identificar la prestación característica del contrato. Se trata de aquella prestación que distingue a cada contrato de los demás.<sup>23</sup> Por ejemplo, en una compraventa internacional la prestación característica es la entrega de la cosa vendida, y no el pago del precio.

Las presunciones del artículo 72 del Proyecto constituyen una guía más concreta y por eso mismo más útil para el juez que la prevista en el segundo párrafo del artículo 9 de la CIDIP V sobre contratos internacionales, de acuerdo con el cual “El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. De acuerdo con el artículo 4.2 de la Convención de Roma sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales, convención europea del 19 de junio de 1980, se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde el deudor de la prestación característica tiene, al momento de la celebración del contrato, su residencia habitual —si es una persona física— o su administración central —si se trata de una persona moral—. La huella de la referida norma de la Convención de Roma es perceptible en la presunción del artículo 72 del Proyecto de Código de derecho internacional privado para los casos en que es imposible determinar el lugar de cumplimiento de la prestación característica. Sin embargo, como vimos, a dicha presunción se le ha antepuesto otra que remarca la importancia de dicho lugar de cumplimiento cuando, claro está, se lo puede determinar.

Antes de finalizar, comentaremos brevemente la norma del Proyecto que consagra la autonomía material de las partes.

### 3. *Autonomía material*

El artículo 70 del Proyecto de Código reconoce la autonomía material de las partes. En efecto, dispone: “Haya o no elección del derecho aplicable las partes pueden generar nuevos tipos contractuales y elaborar normas del contrato que desplacen las normas coactivas del derecho aplicable. Son

<sup>23</sup> Feldstein de Cárdenas, Sara, *Derecho internacional privado. Parte Especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000, p. 357.

también aplicables los principios y los usos contractuales en los términos del artículo 4, segundo párrafo”. Y según este último artículo: “En materia contractual son aplicables los principios y los usos de general aceptación, cuando razonablemente las partes hayan entendido sujetarse a ellos”.

La autonomía material es aquella en virtud de la cual las partes pueden diseñar libremente el contenido de su contrato, crear contratos atípicos, incorporar reglas ajenas al derecho aplicable, aun si son contrarias a las normas coactivas de este derecho.<sup>24</sup> Mediante este tipo de autonomía, los contratantes pueden incorporar reglas de la *lex mercatoria* al contrato. Pero eso no significa que dichas reglas sean “el derecho” del contrato; estarán subordinadas a las normas internacionalmente imperativas del derecho aplicable, trátase de un derecho elegido por las partes o elegido por el legislador.

Con respecto al segundo párrafo del artículo 4 del Proyecto, observamos que está formulado de manera tal que aun en ausencia de estipulación expresa, el juez pueda interpretar que “razonablemente” las partes han entendido sujetarse a los “principios y usos de general aceptación”. Si las partes han pactado expresamente la aplicación de dichos principios y usos, el juez debe sin duda atenerse a lo que ellas han acordado. Sin embargo, pueden presentarse dificultades ante la carencia de pacto expreso al respecto. En tal situación, creemos que sería útil para el juez contar con una norma que lo orientara de manera más precisa que el referido artículo del Proyecto de Código. Podría adoptarse, por ejemplo, una norma similar al artículo 1.9.(2)<sup>25</sup> de los Principios UNIDROIT relativos a los contratos del comercio internacional, que dispone que los contratantes están obligados por todo uso que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en los contratos del ramo mercantil del que se trate, a menos que su aplicación no sea razonable.

#### IV. CONCLUSIÓN

A modo de colofón diremos que las normas propuestas por la Comisión que ha redactado el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado para la República Argentina en materia de contratos internacionales, tanto

<sup>24</sup> Boggiano, Antonio, *op. cit.*, nota 6, pp. 682 y ss.

<sup>25</sup> Numeración correspondiente a la versión 2004 de los Principios.

en lo atinente a la jurisdicción internacional como al derecho aplicable, merecen en general una valoración positiva por el esfuerzo que su elaboración ha implicado, a pesar de que en algunas cuestiones puntuales podrían hacer gala de mayor precisión.

Si dicho Proyecto se convirtiera en ley, la regulación de los contratos internacionales se vería actualizada y gozaría de una sistematización que, aunque perfectible, sería mejor que la regulación actualmente vigente.