

**RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES
EN EL MERCOSUR Y EN LA UNIÓN EUROPEA**

por **DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO**

SUMARIO

- I. UBICACIÓN CONTEXTUAL DEL TEMA
 1. **Disparidades institucionales y normativas**
 2. **Alcance de la integración y situación de los mercados**
 3. **Sistemas de Derecho internacional privado y relaciones privadas internacionales afectadas**

- II. EL MARCO PARA EL DESARROLLO DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES: LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN EN EL ESPACIO INTEGRADO
 1. **Fundamentos y reglas**
 2. **Controversias suscitadas y aplicación práctica de los mecanismos de solución**
 3. **Problemas estructurales y funcionales**

- III. LOS CONTRATOS INTERNACIONALES COMO CAUCE JURÍDICO DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES DE CONTENIDO PATRIMONIAL
 1. **Reglamentación de los contratos internacionales**
 2. **Enquadre sistemático y dificultades operativas**
 3. **Alcance de la autonomía de la voluntad**

- IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

I. UBICACIÓN CONTEXTUAL DEL TEMA

1. Disparidades institucionales y normativas

Aunque a primera vista pueda parecer una cuestión demasiado trillada, es imprescindible, en un curso de esta naturaleza, abordar antes que cualquier otro desarrollo los elementos esenciales que permiten ubicar el tema a tratar dentro de sus parámetros correspondientes. Si en general esta actividad resulta necesaria para empezar a elaborar cualquier discurso, lo es mucho más cuando el mismo se construye con referencia a dos realidades sólo parcialmente comparables. Precisamente, como la manida afirmación de que sólo se puede comparar lo comparable encierra, a mi entender, un gran sofisma, es preciso dejar claro desde el principio cuáles son las características que diferencian y cuáles las que aproximan a los dos sistemas de integración a los que me voy a referir: el MERCOSUR y la Unión Europea¹. Teniendo en cuenta la temática a tratar, creo que al menos debo referirme a tres ámbitos: las estructuras institucionales y normativas (dimensión jurídica general de la integración), los modelos de mercado integrado (dimensión económico-comercial) y los aspectos propios de las relaciones típicas de Derecho internacional privado² afectadas (dimensión jurídica particular de las relaciones privadas internacionales).

Dentro de la primera dimensión habría muchos puntos sobre los que hablar y mucho que decir sobre cada uno de ellos. Pero me contentaré con indicar los que estimo que son fundamentales a los fines antes enunciados sin entrar a realizar un pormenorizado análisis de los mismos.

La madre de todas las demás características, que traza una diferencia de fondo entre ambos procesos de integración, es, sin un atisbo de duda, la que sitúa, por un lado, la estructura supranacional de la Comunidad Europea³ en el marco de la UE y, por otro lado, el esquema intergubernamental del MERCOSUR⁴. En efecto, como es de sobra conocido, las instituciones de la CE ejercen una serie de competencias originariamente correspondientes a los Estados miembros, cuyo ejercicio les ha sido cedido por éstos en los Tratados constitutivos y sus modificaciones. Dentro de dicho ámbito de competencias —el cual, dicho sea de paso, no ha parado de expandirse materialmente— la CE actúa como un ente separado de los Estados miembros, independiente de la voluntad de cada uno de ellos y muchas veces en contra de la misma⁵. En el esquema intergubernamental mercosureño, en cambio, los Estados participantes del proceso mantienen la integridad de sus competencias soberanas y cada decisión política o acto normativo precisa del concurso expreso de las respecti-

¹ En adelante, UE.

² En adelante, DIPr.

³ En adelante, CE.

⁴ Sobre esta y todas las demás características del MERCOSUR, debe acudir-se a A. DREYZIN DE KLOR, *El MERCOSUR. Generador de una nueva fuente de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1997.

⁵ Ver la idea en J. DIEZ-HOCHLEITNER, «La interdependencia entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 46-47.

vas voluntades estatales. Incluso, a la terminología de «Estados miembros», propia de la CE, se le opone la de «Estados partes» en el MERCOSUR, en lo que puede verse como una clara muestra de que éste se mueve —al menos por definición— en el marco tradicional del Derecho internacional.

Íntimamente vinculado con lo anterior, el procedimiento de producción jurídica en sendos sistemas difiere profundamente. En la CE dicho procedimiento requiere por lo general del concurso del Consejo, la Comisión y el Parlamento, y la regla es la decisión por mayoría. En el MERCOSUR, cada uno de los órganos con poder legislativo —el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio⁶— elabora sus propias normas —respectivamente: decisiones, resoluciones y directivas— y en todos los casos por consenso. Y, aun cuando el Consejo de la CE tenga una aparente composición intergubernamental, gran parte de sus decisiones se adoptan por mayoría cualificada (la unanimidad es sólo una excepción) y, en cualquier caso, se consideran emanadas de dicha institución y no de los Estados miembros⁷.

Precisamente, la representación igualitaria en los órganos de integración, que es una regla esencial del MERCOSUR, sólo se da en la CE en el Consejo y en el Tribunal de Justicia⁸, pero en el primero, como acabo de decir, tal «igualdad» se matiza por el voto ponderado —que va de los diez, que vale el de los cuatro países grandes, hasta los dos que vale el de Luxemburgo—, mientras que en el segundo el correspondiente matiz viene dado por el carácter eminentemente técnico de la institución. Por su parte, en la Comisión, los comisarios provenientes de cada uno de los cuatro grandes más España son dos, en tanto que los demás países sólo envían a uno y, en todo caso, no representan a sus países, sino a la institución; y los miembros del Parlamento son elegidos en cada Estado, siendo la representación proporcional a la población de éstos, lo que hace que Alemania tenga noventa y nueve eurodiputados y Luxemburgo sólo seis. Este dato, que provoca pánico en el MERCOSUR, donde el país más poblado —Brasil— tiene casi ciento sesenta millones de habitantes y el menos —Uruguay— apenas supera los tres millones, tendrá en algún momento que dejar de ser un tabú y tomarse seriamente en la búsqueda de esquemas que, resguardando al máximo el equilibrio entre los Estados, permita dotar al MERCOSUR de una mayor legitimidad democrática.

Pasando de lo institucional a lo estrictamente normativo, puede observarse que frente a la existencia de un ordenamiento jurídico comunitario (con primacía y efecto directo y cuya violación genera responsabilidad de los Estados miembros por los daños causados a los particulares), el Derecho de la integración mercosureña queda asimilado en gran medida al Derecho internacional general o al propio Derecho interno. Esto significa, ni más ni menos, que la normativa del MERCOSUR queda sujeta al albur de que normas internas o tratados posteriores descarten su aplicación, según el caso. Pero ésa no es la única consecuencia. Por un lado, la reiterativa llamada de atención de los órganos mercosureños a los Estados partes acerca de la obligatoriedad de las normas emanadas de aquéllos (obligatoriedad claramente establecida en el Protocolo de Ouro Preto de 1994⁹, que estableció la estructura institucional y el sistema normativo vigentes para el MERCOSUR) demuestra la falta de con-

⁶ En adelante, CMC, GMC y CCM, respectivamente.

⁷ J. Díez-Hochleitner, *loc. cit.*

⁸ En adelante, TJCE.

⁹ En adelante, POP.

fianza y convencimiento de éstos a la hora de poner en práctica dichas normas¹⁰. Por otro lado, la falta de primacía del Derecho de la integración debe verse desde la perspectiva de la disparidad de criterios existente en el MERCOSUR en lo que respecta a la mismísima primacía del Derecho internacional, sólo reconocido por las constituciones argentina y paraguaya, dudosa en Uruguay y en buena medida descartada en Brasil¹¹. Es verdad que los laudos arbitrales dictados hasta el momento en el marco del sistema de solución de controversias mercosureño han intentado establecer unas bases mínimas de «Derecho común», tomando incluso como precedente las decisiones de los tribunales anteriores; pero eso dista y mucho de la configuración de un tal Derecho. Aun cuando, debido especialmente a sus particulares mecanismos de producción jurídica y a su «obligatoriedad», se haga cada vez más difícil asimilar el Derecho emanado del MERCOSUR al Derecho internacional puro y duro.

Justamente, para completar este tan sucinto como esquemático cuadro comparativo es ineludible llamar la atención sobre los diferentes sistemas previstos en cada ámbito para la solución de las controversias y los diferentes efectos que tienen las soluciones adoptadas en aplicación de los mismos¹². A la existencia en la CE de un órgano comunitario (supranacional) permanente, encargado esencialmente de controlar la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias, de sancionar el incumplimiento de los Estados miembros de las obligaciones emanadas del Tratado y de unificar la interpretación del Derecho comunitario merced al carácter obligatorio *erga omnes* de sus decisiones, se opone el sistema *ad hoc* de solución de controversias elegido por el MERCOSUR. En realidad, el modelo mercosureño cuenta con dos vías de solución no excluyentes: la tradicional, que opera mediante paneles arbitrales establecidos para cada controversia y cuya decisión sólo afecta directamente a quienes participan en ella (y que está regulada en el Protocolo de Brasilia de 1991¹³ y su Reglamento), y el sistema de consultas incorporado con ocasión de la elaboración del POP en 1994.

2. Alcance de la integración y situación de los mercados

La evolución de la integración europea puede fácilmente sintetizarse en unos pocos hitos fundamentales. Desde la constitución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en 1952, y de la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea

¹⁰ Ver G. ARGERICHI, «Situación real de la incorporación y vigencia de la normativa MERCOSUR», *Jurisprudencia Argentina*, diario del 4 de agosto de 1999, pp. 9-10.

¹¹ Ver M. A. R. MIDÓN, *Derecho de la integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR*, Buenos Aires, 1998, pp. 366-377; Eduardo G. ESTEVA GALLICCHIO, «La cuestión constitucional en los cuatro Estados partes del MERCOSUR», en *El MERCOSUR después de Ouro Preto*, Montevideo, 1995, pp. 35-51; D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «El derecho internacional privado del MERCOSUR: ¿Hacia un sistema institucional?», en *El derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, 1997, pp. 190-193; N. DE ARAUJO e I. DA MATTA ANDREIUOLO, «A internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos», en C. E. de ABREU BOUCAULT y N. DE ARAUJO (eds.), *Os direitos humanos e o direito internacional*, Río de Janeiro, 1999, pp. 86-100.

¹² El alcance de las diferencias entre ambos modelos aparece bien explicado en R. ALONSO GARCÍA, *Tratado de Libre Comercio, MERCOSUR y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, Madrid, 1997. Más reciente, puede consultarse también A. URIONDO DE MARTINO-LI, *Solución de controversias en el MERCOSUR*, Córdoba, 1999.

¹³ En adelante, PB.

de la Energía Atómica en 1957¹⁴, pasando por el Tratado de fusión de 1965¹⁵ y el Acta Única Europea de 1985, hasta llegar a los Tratados de la Unión Europea de 1992¹⁶ y de Amsterdam de 1997, resulta clara la evolución de un sistema de integración basado en la «comunitarización» de las fuerzas energéticas e industriales básicas —por un lado— y la búsqueda de un mercado común para los intercambios comerciales —por otro—, hacia un esquema en el cual dicho mercado funciona como un mercado «interior» y que se completa con la unión económica y monetaria y razones elementales de unión política¹⁷. La clave de todo ese proceso de construcción europea —como se acostumbra decir, especialmente en medios políticos— ha estado, para bien y para mal, en la consolidación del mencionado mercado y, muy particularmente, de las libertades de circulación, entre las cuales ha destacado desde un primer momento la referida a las mercancías. En este sentido, la norma esencial del TCEE fue su artículo 9 (actual art. 23), en el cual se estableció que «[L]a Comunidad *se basará* en una unión aduanera, que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías [...]», acompañada muy de cerca por las prohibiciones de establecer «exacciones de efecto equivalente» a los derechos de aduana (mismo artículo) y «medidas de efecto equivalente» a las restricciones cuantitativas (*ex arts. 30 y 34, ahora 28 y 29*)¹⁸.

Por su parte, el Tratado de Asunción de 1991¹⁹, por el cual se creó el MERCOSUR, plasmó claramente la vocación de este sistema de integración para configurar un mercado común, el MERCado COMún del SUR. Pero la realidad (que es «la única verdad» si creemos en una manida frase atribuida a un presidente argentino) al momento actual nos sitúa ante una unión aduanera a la que todavía le faltan demasiados flecos para consolidarse como tal, a pesar de los plazos fatales establecidos en la normativa mercosureña. A eso debe sumarse la ausencia de una política comercial común que, en condiciones normales, tendría que ir de la mano con una auténtica unión aduanera. Sin embargo, desde diferentes instancias se han planteado acciones referidas a aspectos no estrictamente comerciales de la integración, como pueden ser los macroeconómicos, sociales, políticos o culturales. Así es posible encontrarse, dentro del andamiaje normativo del MERCOSUR, con reglas referidas a la cooperación policial, al tráfico de menores o a los ilícitos ambientales. Pero, insisto, la verdad es que el funcionamiento del mercado mercosureño dista mucho todavía de la estabilidad y fluidez que cabría suponerle atendiendo a las reglas que aparentemente lo rigen. Es obvio que la integración no borra los problemas ni los conflictos de intereses entre los Estados que forman parte de ella; existen infinidad de ejemplos al respecto en Europa. Pero la estabilidad y la fluidez provienen de un proceso de sedimentación de varias décadas, de unas reglas de juego claras y de unos mecanismos apropiados para la solución de conflictos. Tres cosas de las que aún carece el MERCOSUR.

Cabe todavía un breve apunte acerca de las relaciones UE-MERCOSUR, las cuales tienen un punto de referencia en el Acuerdo Marco celebrado en diciembre de

¹⁴ Conocidas por las siglas CECA, CEE y CEEA o EURATOM, respectivamente.

¹⁵ Tratado de 8 de abril de 1965 por el que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas.

¹⁶ TUE o Tratado de Maastricht.

¹⁷ Entre las que cabe anotar la ciudadanía de la Unión, la cooperación en asuntos de justicia e interior y la política exterior y de seguridad común.

¹⁸ Ver *infra*, punto II.

¹⁹ En adelante, TA.

1995. Es evidente que poco se ha avanzado desde allí. En noviembre de 1999 hubo una reunión para relanzar un diálogo claramente estancado, la cual desembocó en la reunión de Vilamoura (Portugal), celebrada en febrero de 2000, entre las autoridades de los órganos comunitarios europeos, por un lado, y de los cuatro Estados del MERCOSUR y de los dos países asociados, por otro. Los objetivos marcados fueron: cooperación política, incluyendo el acercamiento de posiciones en el ámbito de la Asamblea General de la ONU; reforzamiento de la participación de la sociedad civil; búsqueda de una posición común en el seno de la OMC; acuerdos UE-MERCOSUR y UE-Chile sobre relaciones políticas, económicas, comerciales y de cooperación, para las cuales se celebraron sendos encuentros posteriores en Buenos Aires y Santiago, respectivamente. Al día de hoy puede decirse que seguimos en el terreno del ruido y sin nueces a la vista. Es más, el ruido es sobre todo de la parte americana, porque la repercusión en Europa de estos intentos de acercamiento es más bien escasa. La cuestión de los subsidios europeos está, y seguirá estando mientras tal práctica persista, en el centro del debate. La CE tendría que ver esto con mayor sensatez que la demostrada hasta el momento. Debería pensarse en que, a diferencia de lo que ocurre con estas conversaciones, las negociaciones en el seno del Área de Libre Comercio de las Américas²⁰ siguen avanzando, lenta pero constantemente²¹. Y esto no es un dato menor si se tiene en cuenta que el MERCOSUR es el segundo receptor de inversiones europeas (después de China). Desde la perspectiva del MERCOSUR parece claro que si el diálogo con la UE no avanza, avanzará el ALCA²².

3. Sistemas de Derecho internacional privado y relaciones privadas internacionales afectadas

Una vez planteado el marco jurídico-institucional y descrita someramente la situación de los mercados en ambos sistemas de integración, toca entonces desentrañar cuál es el impacto de ellos sobre las relaciones privadas vinculadas con dos o más ordenamientos jurídicos, es decir, aquellas que constituyen el objeto del DIPr y a las cuales se les ha dado el nombre singular de «situación privada internacional»²³. A tal fin, no debe perderse de vista que el fenómeno de la integración ha dado lugar al surgimiento de una nueva dimensión normativa, claramente distinguida de las dimensiones autónoma y convencional en el caso comunitario europeo²⁴, y más o menos repartida entre ambas en el caso mercosureño, que coexiste con mejor o peor suerte dentro de cada ordenamiento estatal. Concretamente, en lo que respecta a los sistemas de DIPr, cada ordenamiento presenta una estructura de extrema compleji-

²⁰ En adelante, ALCA.

²¹ La información acerca de los avances de las conversaciones en el seno del ALCA puede consultarse en el sitio www.ftaa-alca.org. Para una visión global ver L. PERRET, «Le libre-échange dans les Amériques: vers une structuration du continent américain?», *Revue générale de droit*, 28, 1997, pp. 5-23.

²² Cf. Th. A. O'KEEFE, «Potential Conflict Areas in Any Future Negotiations Between MERCOSUR and NAFTA to Create a Free Trade Area of the Americas», *Arizona J. Int'l. Comp. L.*, 14, 1997, pp. 305-318.

²³ Ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado (una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba, 1998, pp. 21-28.

²⁴ Cf. J. Díez-Hochleitner, *loc. cit.*, pp. 48-68.

dad donde las relaciones entre las normas provenientes de distinta fuente no siempre están claramente determinadas, complejidad en algunos casos agravada por el carácter plurilegislativo del sistema autónomo (primer ingrediente de complejidad).

Si, por un lado, el legislador estatal tiene en su mano distintas opciones para llevar a cabo la reglamentación autónoma del DIPr de modo de intentar conciliar los problemas causados por la diversidad de fuentes²⁵, a los órganos de integración les cabe, por otro lado, utilizar responsablemente el poder legiferante que le confieren los tratados. Esto último significa que deberían siempre tener en cuenta, como mínimo que: 1) las normas que dictan deben estar, por definición, destinadas a facilitar, afianzar o profundizar la integración; 2) tanto las situaciones como las normas de DIPr son particularmente complejas y, por lo tanto, exigen mucha reflexión previa si no se quiere dar a los operadores jurídicos una tarea penosa; 3) en los Estados que participan de la integración ya existen muchas reglas de DIPr vigentes, autónomas y convencionales, y es importante que las normas de integración puedan funcionar armónicamente con ellas; 4) existen unos principios vinculantes que condicionan totalmente la actividad de los Estados miembros (primacía, efecto directo, responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario, en el caso europeo) o las Constituciones nacionales no establecen un régimen homogéneo acerca de la posición del Derecho de integración en el ordenamiento estatal (caso mercosureño). Ni el legislador europeo ni el mercosureño han hecho gala de respetar estas pautas del más puro sentido común. Al último le asiste, al menos, la excusa de la poca andadura del proceso.

Ahora bien, el conjunto normativo pluridimensional vigente en cada Estado no se aplica a un único tipo de situaciones privadas internacionales. Lejos de eso, entre las variadas muestras de heterogeneidad que ellas presentan, la más significativa es la que se deriva del progresivo proceso de diferenciación que se produce por la segregación de una categoría de situaciones vinculadas con un espacio integrado²⁶. Ya es un lugar común afirmar que, entre todas las transformaciones que han obligado a una adecuación de los discursos explicativos acerca del DIPr, el fenómeno de la integración (segundo ingrediente de la complejidad) ocupa un lugar preponderante. Dicho fenómeno pone en evidencia las limitaciones de los discursos tradicionales acerca de las fuentes del DIPr²⁷. Si el discurso «nacionalista» del DIPr tenía su punto de partida en la noción de soberanía legislativa, es lógico que deba ser actualizado a la luz, precisamente, de los procesos de cesión del ejercicio de competencias legislativas desde los Estados hacia las organizaciones supranacionales²⁸.

La existencia de un fenómeno de integración económica y política mediante la formación de una organización supranacional —como es el caso de la UE y como puede llegar a serlo MERCOSUR— no sólo incide sobre los presupuestos del DIPr; también genera la configuración de un espacio «comunitario», diferente del espacio

²⁵ A mi modo de ver, la forma más adecuada para poder conciliar las reglas de distinta fuente es la elaboración de una ley especial de DIPr, como han demostrado en los últimos años los legisladores italiano (1995) y venezolano (1998).

²⁶ Ver, entre otros, M. DESANTES REAL, «La incidencia de las fuentes de origen institucional (Derecho comunitario europeo) en la configuración del sistema español de Derecho internacional privado», en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1993, pp. 60-64.

²⁷ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Derecho internacional privado y Derecho comunitario», *RIE*, 1990, pp. 792 ss.

²⁸ Ch. KÖHLER, «Einheit, Vielheit und Relativität im Kollisionsrecht der EG-Mitgliedstaaten», *IPRax*, 1992, p. 228.

interno y del puramente internacional, regido por sus propias normas y por unos principios característicos que en su conjunto constituyen el Derecho comunitario²⁹. La presencia y el desarrollo de éste —tanto mayor cuanto más se profundiza en carácter y más se amplía en contenido la integración— provoca dos consecuencias importantísimas para el DIPr: por una parte, la organización supranacional tiene la posibilidad, dentro de los límites materiales de las competencias transferidas por los Estados que la componen, de elaborar normas para regular las relaciones de tráfico privado externo que pueden afectar tanto a los intercambios intracomunitarios como a los que vinculan a un Estado miembro con uno que no lo es³⁰; por otra parte, las normas y, sobre todo, los principios de Derecho comunitario trazan una serie de límites a la elaboración de normas de DIPr por los legisladores de los Estados miembros y al funcionamiento de los sistemas estatales de DIPr.

La nota de complejidad introducida por la elaboración de un DIPr comunitario europeo es, a su vez, en sí misma heterogénea, por dos razones básicas. En primer lugar, en algunos supuestos no ha sido la propia organización la productora de las normas (DIPr comunitario *stricto sensu*), sino los Estados miembros mediante convenios internacionales³¹, producción que se ha realizado sobre la base o con la referencia de los postulados fundamentales de la organización y con el objetivo de coadyuvar a la consecución de sus fines (DIPr comunitario *lato sensu*). El DIPr comunitario *stricto sensu* ha sido hasta el momento, por lo general, sumamente fraccionario, producto de la inclusión de aisladas normas de DIPr en directivas o reglamentos referidos a variadas materias.

En segundo lugar, si respecto del DIPr comunitario *stricto sensu* era factible afirmar que existía una limitación material para el legislador comunitario, el cual sólo estaba legitimado para dictar normas directamente relacionadas con los objetivos (esencialmente económicos) de la integración³², el DIPr elaborado convencionalmente por los Estados miembros podía extenderse sin tantos reparos a otras materias³³. Pero eso ha cambiado sustancialmente con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, producida el 1 de mayo de 1999, el cual, mediante el artículo 65 TCE, viene a dar rango de «materia comunitaria» al DIPr. A partir de ese momento todo el DIPr (el art. 65 se refiere a todos los sectores comprendidos en su contenido³⁴) po-

²⁹ Ver el tratamiento de este tema en D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Problemas y perspectivas de la configuración de un Derecho internacional privado “comunitario” en la Unión Europea», *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (Argentina), 16, 1998, pp. 535-571.

³⁰ Esto significa que el DIPr «comunitario» afecta principal pero no exclusivamente a las situaciones privadas intracomunitarias. Ver, respecto del DIPr comunitario europeo derivado, E. JAYME y Ch. KÖHLER, «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *Rev.crit.dr.int. pr.*, 1995, pp. 17 ss.

³¹ Basados directa o indirectamente en el anterior artículo. 220 TCE (actual art. 293).

³² Ver A. V. M. STRUYCKEN, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *Recueil des Cours. Académie de droit international*, 232, 1992-I, pp. 281-282.

³³ Especialmente a partir de la vigencia del artículo K.3.2.º TUE, que autorizaba al Consejo, sin perjuicio de lo dispuesto en el mencionado art. 220, a «celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales», a iniciativa del cualquier Estado miembro o de la Comisión, en materia de cooperación judicial en materia civil (art. K.I.6.º).

³⁴ Es decir, competencia judicial internacional, Derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y demás cuestiones incluidas en la cooperación judicial y extrajudicial internacional. El artículo también se refiere a «las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros».

dría ser regulado por normas de Derecho comunitario derivado³⁵. De hecho, existen documentos muy avanzados con vistas a llevar a cabo esta «comunitarización» del DIPr europeo.

Es preciso dejar aclarado que la existencia de una pluralidad de niveles normativos, y otra de categorías de situaciones que no se corresponden con total reciprocidad, no implica de ningún modo la existencia de varios sistemas dotados de autonomía. Precisamente, lo que más importa destacar es que, no obstante la *complejísima complejidad* que puede presentar, cada sistema de DIPr configura una unidad, un «microsistema» autónomo y diferenciado del resto del ordenamiento jurídico. Dicho carácter viene dado principalmente por la singularidad de las relaciones jurídicas reguladas, caracterizadas por su carácter privado y su nota de heterogeneidad³⁶.

A diferencia de ese panorama, apenas esbozado, del DIPr de la CE, la elaboración de normas de DIPr por parte del MERCOSUR sólo cuenta con una base legal muy escueta aunque ha dado mucho de sí. En efecto, el último párrafo del artículo 1.º del Tratado de Asunción es muy laxo al establecer que el Mercado Común implica «el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración». Quiere decir que, si en cualquier momento se estima que algún aspecto de DIPr constituye un «área pertinente» en el sentido indicado, procede su reglamentación. Y parece que no hay dudas acerca de que así lo han considerado los órganos del MERCOSUR. Como dije antes, en el ámbito comunitario europeo existe una limitación material (limitación cada vez menos estricta) porque la Comunidad sólo puede legislar dentro del marco competencial cuyo ejercicio le han cedido los Estados miembros. Pero en el MERCOSUR las materias dependen de la voluntad consensuada de los gobiernos en cada momento, y esa voluntad puede referirse a cuestiones muy variadas, aunque poco o nada tengan que ver con el marco comercial y económico de la integración. Esta carencia de límites materiales, que difícilmente podrá mantenerse si los Estados mercosureños deciden el paso de la estructura intergubernamental a otra supranacional, puede utilizarse de variadas maneras. Por ejemplo, para recomendar la incorporación de los Estados partes a determinado texto convencional³⁷. Ahora bien, si dichas recomendaciones se canalizan como decisiones (CMC) o como resoluciones (GMC), hay algo que no cuadra: el carácter obligatorio de estas normas. ¿Cómo puede ser obligatoria una norma que se limita a recomendar? Y si la norma, en lugar de sólo recomendar, impusiera la obligación (más acorde a su propio carácter) de incorporarse al convenio, ¿sería congruente tal imposición con el actual marco intergubernamental?

Sin embargo, el problema relevante no está en el porqué sino en el cómo. Aquí sí que se precisa alguna rectificación. Todos los textos de DIPr del Mercosur (varios Protocolos y el Acuerdo de arbitraje) han sido adoptados por el CMC, que legisla me-

³⁵ Según dispone el artículo 67 TCE, existirá un período transitorio de cinco años en el cual el Consejo decidirá por unanimidad, después del cual se pasará al procedimiento de mayoría cualificada del artículo 251 TCE.

³⁶ Un discurso paralelo es factible en el ámbito científico, donde la autonomía del DIPr halla justificación, no ya en esfuerzos teóricos tales como la sistematización de una parte general (ver B. OPPEITZ, «Le droit international privé, droit savant», *Recueil des Cours. Académie de droit international*, 234, 1992-III, esp. pp. 376-377), sino en la evidente especialidad de su objeto.

³⁷ Es el caso de la Decisión 6/92 del CMC, mediante la cual se recomienda la incorporación de los Estados del MERCOSUR a la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989 (CIDIP IV). Dicha recomendación fue atendida hasta el momento por Brasil y por Paraguay.

dante «decisiones». El procedimiento para la adopción de una decisión puede tener su origen en una propuesta de un Estado Parte, del GMC o de la Reunión de Ministros de Justicia. Todas las que se refieren al DIPr han pasado por esta última instancia que en realidad sólo refrenda lo realizado en el seno de un grupo llamado Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia³⁸. Es de suponer que los miembros de dicha Comisión ejecutan los mandatos decididos por los respectivos responsables políticos y que sólo prestan sus conocimientos técnicos. Hasta ahí no hay ninguna objeción. El problema es el secretismo que rodea a sus trabajos y la ausencia de reglas claras para la consulta de expertos externos. Las normas que se aprueban tienen muchísima trascendencia como para ser decididas en plazos muy breves por muy pocas personas que algunas veces consultan a algunos especialistas de su conocimiento. Réparese en el dato nada banal de que los textos se aprueban —primero por la Reunión de Ministros y después por el CMC— tal como salen de dicha Comisión. Si otro fuera el talante y otro el procedimiento, es probable que al menos se evitase buena parte de las falencias técnicas de los mismos³⁹.

El POP establece categóricamente la obligatoriedad de las Decisiones del CMC (art. 9), las Resoluciones del GMC —órgano ejecutivo del MERCOSUR— (art. 15) y las Directivas de la CCM —encargada de asistir al grupo— (art. 20), exigencia que se repite en general para «las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR» (art. 42). Pero ya se ha dicho muchas veces que la efectividad de tal carácter no está totalmente garantizada. Sólo hace falta valorar el contexto en el que se produce para comprender la magnitud real de la obligatoriedad. Dicho contexto está dominado, por un lado, por la escasa concreción del artículo 38 del POP⁴⁰, el margen de apreciación dejado por el mismo artículo 42 para la incorporación de las normas mercosureñas a los ordenamientos nacionales⁴¹ y la escasa operatividad del mecanismo para «garantizar la vigencia simultánea» de tales normas. Por otro lado, se yergue el desigual tratamiento que los cuatro Estados del MERCOSUR brindan a las relaciones entre el Derecho mercosureño «derivado» y el resto del ordenamiento estatal⁴², junto al carácter limitado (no *erga omnes*) que tienen los efectos de las decisiones que pudieran adoptarse por los tribunales arbitrales encargados de solucionar las controversias que se producen en el ámbito de integración⁴³.

³⁸ O cometidos de Justicia, ya que Uruguay carece de ese Ministerio, apareciendo en la firma de los documentos su Ministro de Educación y Cultura, a cuyo departamento corresponde esa materia.

³⁹ Ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «La nueva configuración del Derecho internacional privado del MERCOSUR: ocho respuestas contra la incertidumbre», *Jurídica* (México), 1999, pp. 267-285.

⁴⁰ Artículo 38 POP: «Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar en sus respectivos territorios el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos previstos en el artículo 2 de este Protocolo». El artículo 2 determina que son «órganos con capacidad decisoria» el Consejo, el Grupo y la Comisión.

⁴¹ Artículo 42 POP: «Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país» (la cursiva me corresponde).

⁴² Véase, por ejemplo, la controvertida decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil, de 4 de mayo de 1998, denegando la cooperación solicitada desde Argentina por considerar inaplicable el Protocolo sobre Medidas Cautelares de 1994. Ver el comentario de M. B. NOODT TAQUELA, *Rev. Der. MERCOSUR*, 2 Supl., 1998, pp. 40 ss.

⁴³ Ver Beatriz PALLARÉS, «Reflexiones acerca de la incorporación de la normativa del MERCOSUR a los sistemas nacionales», en A. DREYZIN DE KLOR (ed.), *Derecho internacional privado y derecho de la integración*, Córdoba, 1999, pp. 181-195.

Tal es la preocupación que existe sobre este punto que en julio de 1998 el GMC aprobó dos resoluciones⁴⁴ dirigidas, ni más ni menos, a recordar a los Estados partes que «es necesario garantizar la efectiva incorporación de la normativa MERCOSUR a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados partes». Es decir, que el GMC ha caído en la cuenta de que la cuádruple mención del carácter obligatorio de las normas del MERCOSUR que efectúa el POP no ha calado suficientemente hondo⁴⁵. Ante tal constatación se hace evidente la necesidad de reformulación del sistema actualmente vigente⁴⁶.

Finalmente, es oportuno dejar aclarado que en el ámbito europeo la existencia del Derecho comunitario implica, además de la vigencia de una reglamentación específica para una categoría diferenciada de situaciones privadas internacionales, el establecimiento de unas exigencias en el contenido y en el funcionamiento de los sistemas estatales de DIPr (allí donde no llega el DIPr comunitario). La idea se ajusta así, *mutatis mutandis*, a la misma concepción de la jerarquía suprema de la Constitución, en tanto norma fundamental en la que descansa y se inspira todo el resto de la estructura normativa. La diferencia es que antes el discurso se mantenía en el ámbito de cada Estado y ahora se extiende al grupo de Estados que conforman una organización supranacional, sobre la base de esas normas «constitucionales». Y, así como sucede en los sistemas estatales respecto de la Constitución, «el juez nacional está vinculado al Derecho comunitario por una “vinculación más fuerte” (*higher obligation, stärkere Bindung*) que a las leyes de su propio Estado»⁴⁷.

Pero, a diferencia de lo que ocurre en los Estados miembros que tienen un sistema de control de la constitucionalidad (en sentido propio) concentrado en un órgano con facultades específicas, el control de la «constitucionalidad» comunitaria es difuso⁴⁸; lo que significa que cualquier juzgado o tribunal de un país comunitario puede y debe abstenerse de aplicar una norma autónoma que contradiga una norma comunitaria⁴⁹. Más aún, la obligación de los poderes públicos de «conformarse» al Derecho comunitario no se limita a dejar inaplicada la ley o disposición reglamentaria interna, sino que se extiende a la eliminación o modificación de ésta⁵⁰, e incluso a la facultad que asiste a los jueces y tribunales de un Estado miembro para suspender cautelarmente la aplicación de una norma estatal mientras se juzga la compatibilidad de ésta con el Derecho comunitario⁵¹. No es mi intención mezclar los conceptos, pero es obvio que los principios de efecto directo y prima-

⁴⁴ Res. 22/98 («Lineamientos con relación a la normativa MERCOSUR pendiente de incorporación») y 23/98 («Incorporación de la normativa MERCOSUR»).

⁴⁵ Ver D. OPERTTI BADÁN, «La aplicación de las normas del MERCOSUR por el juez nacional», *Rev. Urug. DIPr*, 3, 1999, pp. 65-74; G. ARGERICH, *loc. cit.*, pp. 10-11.

⁴⁶ Diferentes propuestas en tal sentido se encuentran en D. OPERTTI BADÁN, «La aplicación...», *loc. cit.*, pp. 73-74, y G. ARGERICH, *loc. cit.*, pp. 11-12.

⁴⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La suspensión cautelar inmediata de una ley nacional por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Auto de 28 de junio de 1990, *Comisión c. Alemania*)», *RJE*, 1990, p. 882.

⁴⁸ M. CAPPELLETTI, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, trad., México D.F., 1993, p. 56.

⁴⁹ Obligación que se extiende a todos los poderes públicos (vid. Sent. TJCE de 22 de junio de 1989, as. 103/88, *Costanzo*) e incluso a los particulares.

⁵⁰ Sentencia del TJCE de 15 de octubre de 1986, asunto 168/85, *Comisión c. Italia*.

⁵¹ Tal como lo reconoció el TJCE en el *caso Factortame* (Sent. de 19 de junio de 1990, as. C-213/89). Cf. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *REDA*, 1990, pp. 401-420.

cía reconocidas a la normativa comunitaria son anverso y reverso de la misma noción y que la exigencia de conformidad con el Derecho comunitario no es sino el canto de dicha moneda.

En el marco propio del DIPr, entre otros elementos afectados por la exigencia de conformidad⁵², hay uno que parece especialmente relevante: el que se refiere al alcance que debe predicarse del principio de no discriminación por razón de nacionalidad contenido en el artículo 12 TCE. Respecto de éste, una primera incidencia se sitúa en el análisis de su compatibilidad con la utilización de la nacionalidad en cuanto punto de conexión de normas indirectas estatales relativas a materias que caen en el ámbito de aplicación del Tratado comunitario. En la Sentencia del TJCE de 30 de abril de 1996 *Boukhalfa*, se determinó que la norma de conflicto alemana que somete a los trabajadores del servicio exterior de ese país a la ley del lugar donde prestan sus servicios no es aplicable a los nacionales comunitarios (en este caso una francesa que trabajaba en la embajada alemana en Argel), en tanto exista en dicho sistema la norma de extensión que excluye de dicha regla a los ciudadanos alemanes, a los cuales se aplica el Derecho alemán cualquiera sea el lugar donde desempeñen su actividad.

Pero la incidencia del principio de no discriminación se extiende también a la dimensión judicial⁵³. Ya el propio cuerpo de normas esencial del DIPr judicial comunitario (el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil⁵⁴) destierra de su ámbito de aplicación los foros de competencia judicial internacional basados en la nacionalidad del demandante, los cuales, al igual que sucede con el resto de foros exorbitantes contenidos en su artículo 3, mantienen total virtualidad respecto de las situaciones no atrapadas por el CB (art. 4 —situaciones extracomunitarias—). Pero no es respecto del CB que se plantea el problema que interesa señalar, sino respecto de normas estatales de Derecho procesal civil internacional⁵⁵. Un ejemplo muy claro en este sentido lo constituye la Sentencia del TJCE (Sala 6.ª) de 1 de julio de 1993, asunto C-20/92 *Hubbard*, en la cual el Tribunal dejó establecido que la exigencia de una caución de arraigo impuesta por un tribunal alemán a un albacea testamentario británico domiciliado en el Reino Unido que intenta la realización de unos bienes situados en Alemania, no es conforme al Derecho comunitario toda vez que configura una restricción indirecta a la prestación del servicio que, amparado en el artículo 59 (actual artículo 49 TCE), pretende realizar el albacea⁵⁶. El impacto de esta sentencia sobre el sistema procesal de otros Estados miembros que contengan

⁵² Ver E. BRÖDERMANN, ibídem, y H. IVERSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tubinga, 1994, pp. 212 ss. Las conclusiones del Abogado General Reischl en el asunto 15/78, *Koestler*, son muy expresivas, cuando dicen que «cuando los tribunales nacionales aplican su Derecho nacional y su Derecho internacional privado deben adoptar un comportamiento inspirado en las normas del Tratado».

⁵³ Ver F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ e I. CERVANTES HEREDIA, «El artículo 6 del TUE y el Derecho procesal civil nacional», *GJCE*, 1995, pp. 49-79.

⁵⁴ En adelante, CB.

⁵⁵ Cf. P. F. SCHLOSSER, «Jurisdiction in International Litigation. The Issue of Human Rights in Relation to National Law and to Brussels Convention», *Riv.dir.int.*, 1991, pp. 1 ss.

⁵⁶ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «La *cautio iudicatum solvi* a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de julio de 1993 en el caso Hubbard/Hamburger», *BIMJ*, núm. 1689, 1993, pp. 5310-5322. Cf., asimismo, los comentarios de Ch. WOLF, en *RIW*, 1993, pp. 797 ss., y P. F. SCHLOSSER, en *EZW*, 1993, pp. 619 ss.

normas similares provoca inequívocamente su disconformidad con el artículo 12 TCE y, por lo tanto, su inaplicabilidad cuando el demandante es nacional comunitario; inaplicabilidad que rige no sólo cuando éste ejerce alguna libertad comunitaria como en el caso *Hubbard*, sino también cuando se encuentra inmerso en un supuesto de aplicación del CB, según se desprende de la Sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1994, asunto 398/92 *Mund & Ferster*⁵⁷.

II. EL MARCO PARA EL DESARROLLO DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES: LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN EN EL ESPACIO INTEGRADO

1. Fundamentos y reglas

Desde la misma constitución de la CEE, como se indicó más arriba, quedó claramente establecido el esquema de un mercado común que debería construirse a partir de las cuatro libertades de circulación básicas. Sin embargo, de esas cuatro, sólo la referida a las mercancías contó desde un principio con unas obligaciones determinadas y concretas para los Estados miembros, a la vez que con un programa de acción muy definido tanto para ellos como para las propias autoridades comunitarias. La mencionada expresión de que la Comunidad se basaría en una unión aduanera no era para nada inocente. Incluso, si se observa la evolución posterior, es fácil constatar que frente a una libre circulación de mercancías obtenida un año y medio antes del final del período transitorio (inicialmente fijado para el 31 de diciembre de 1969), la libertad de circulación de servicios (y su complemento natural, la libertad de establecimiento) presenta todavía varios flecos⁵⁸, la de capitales se ha ido imponiendo pero a escala mundial y la de personas (con excepción de los trabajadores) está todavía en proceso de desarrollo. Y existe también un argumento cuantitativo: la cantidad de normas tanto de Derecho originario como de Derecho derivado y la cantidad de sentencias del TJCE referidas a mercancías es infinitamente superior a la de las otras tres libertades consideradas en conjunto.

Señalado lo anterior, cabe recordar que el elemento fundamental que consagró el Tratado de Roma para que la configuración de una libertad de circulación de mercancías sobrepasara las características de una unión aduanera consistió en la supresión de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros, desarrollada en el capítulo II del título I (libre circulación de mercancías) de la tercera parte (políticas de la Comunidad) del mismo. Dichas restricciones o contingentes se conciben en ge-

⁵⁷ En esta última decisión del Tribunal comunitario, ante la solicitud de embargo preventivo presentada en Alemania por una empresa alemana demandante contra una empresa holandesa demandada, el TJCE establece que el artículo 917.2.º de la Ley procesal alemana (ZPO) —que permite dicha solicitud cuando la sentencia definitiva deba ser ejecutada en el extranjero— introduce injustificadamente una discriminación indirecta, ya que la mayor parte de las decisiones a ejecutar en el extranjero se dirigen contra extranjeros. Ver F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ e I. CERVANTES HEREDIA, *loc. cit.*, p. 77.

⁵⁸ De hecho, en materia de libertad de establecimiento, la Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999, Asunto C-212/97, *Centros*, ha venido a desvirtuar drásticamente los sistemas societarios de los Estados basados en la teoría de la sede real. Ver F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado de CE», *RDM*, 232, 1999, pp. 645-686, y, desde una perspectiva bien diferente, S. SÁNCHEZ LORENZO, «El Derecho europeo de sociedades y la sentencia “Centros”: la relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario», *REDI* (en prensa).

neral como mecanismos de carácter no financiero destinados a proteger a la producción nacional, y que se manifiestan mediante la fijación de topes máximos a la importación o exportación de determinados productos, o bien como una prohibición total. Tal como ocurría con los derechos de aduana, la supresión ordenada por el Tratado debía ser comprendida en sentido amplio, esto es, incluyendo la prohibición de establecer nuevas restricciones (cláusula *standstill* del artículo 31 TCE, ya desaparecido). Del mismo modo, y lo que es más importante, el Tratado introdujo aquí la noción de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas⁵⁹ para impedir la creación o subsistencia de obstáculos no financieros a la libre circulación de mercancías (art. 30 TCE para la importación, art. 34 TCE para la exportación, actuales arts. 28 y 29) que, aunque no constituyan en sí mismas restricciones cuantitativas, cumplan una función similar⁶⁰.

El problema ha radicado en la difícil definición de la noción señalada, teniendo en cuenta que en ella se encierran el resto de obstáculos indirectos que es dable encontrar en el ámbito de los intercambios intracomunitarios de mercancías⁶¹. Cualquier ensayo de definición hubiera sido además fácilmente desbordado en la práctica. Por ello, con acertado criterio, no se introdujo en el Tratado una fórmula concreta, correspondiéndole al Tribunal de Justicia una complicada labor interpretativa, en parte ayudado por la «doctrina» generada por la Comisión. Debe subrayarse de entrada que no se trata de una tarea simple, ya que existe una considerable dificultad a la hora de identificar los efectos restrictivos que producen las medidas en cuestión, medidas que pueden exteriorizarse de maneras tan disímiles como: disposiciones legislativas o reglamentarias, prácticas habituales de la administración, consejos o incitaciones a los operadores económicos o al público en general, decisiones relativas a política de precios, etc. En primer lugar, como puede verse, dichas medidas comportan —aparentemente— el producto del ejercicio regular de las competencias reservadas a los Estados miembros para cumplir con sus políticas internas. En segundo término, cada vez más se van aplicando en forma indistinta a todos los productos, sin que se manifieste ostensiblemente un afán discriminatorio o protector. Por último, el fin perseguido por estas medidas suele cifrarse en puntos que aparecen como justificantes, tales como la protección de la vida y la salud de las personas, la protección del consumidor, la libre competencia, etc.

La doctrina de la Comisión sobre este tema está reflejada en cinco directivas (además de los escritos presentados en los muchísimos procesos llevados a cabo por el TJCE) dictadas en virtud del mandato del artículo 33.7.º TCEE, que ordenaba a la Comisión la determinación del «procedimiento y el ritmo de supresión, entre los Estados miembros, de las medidas de efecto equivalente a los contingentes que existan a la entrada en vigor del presente Tratado»⁶². Entre ellas destaca

⁵⁹ En adelante, MEE.

⁶⁰ Ver, en general, S. MARTÍNEZ LAGE, «La libre circulación de mercancías: las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas», en GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. II, Madrid, 1986, pp. 55-98.

⁶¹ Cf. D. FERNÁNDEZ ARROYO, «La Sentencia del TJCE en el asunto *Keck* o el principio del fin de la resaca del *Cassis de Dijon*», *La Ley (Comunidades Europeas)*, 92, 1994, pp. 1-8; A. MATTERA («La libre circulación de mercancías. Artículos 30 a 36 del Tratado CEE», trad., *ICE*, nº. 627-628, 1985, p. 38), afirma, en tal sentido, que son armas de protección «más ocultas y sofisticadas» que utilizan los países miembros para constituir «una segunda línea defensiva», en defecto del empleo de los instrumentos tradicionales.

⁶² Ver L. W. GORMLEY, *Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC*, Amsterdam/Nueva York/Oxford, 1985, pp. 10-11.

la Directiva 70/50/CEE, de 22 de diciembre de 1969⁶³, la cual, si bien no tuvo ningún efecto operativo debido al hecho de que el plazo transitorio a que se refiere el artículo 33 finalizó el 1 de enero de 1970 (o sea, antes de la publicación en el *DOCE*), posee en cambio un valor orientativo importante⁶⁴. Especialmente interesa ahora hacer hincapié en el artículo 3 de la Directiva, que incrusta dentro de la noción de MEE a aquellas que son «indistintamente aplicables» a los productos nacionales y a los importados, cuando los efectos restrictivos sobre la libre circulación de mercancías superan el marco de efectos propios de una reglamentación de este tipo. Esta situación se produce señaladamente —siempre según la misma norma—, cuando no se respeta un cierto criterio de «proporcionalidad» entre los efectos restrictivos causados y los resultados buscados y cuando el mismo objetivo se podría conseguir mediante otra medida que obstaculice menos los intercambios⁶⁵.

En el MERCOSUR la reglamentación de la libre circulación de mercancías es bastante más elemental aunque, de momento, comprende la casi totalidad del desarrollo normativo efectivo sobre la puesta en marcha de lo que pretende ser un mercado común. Es verdad que también existen desarrollos respecto de cada una de la otras libertades pero, con todo, el panorama dista de ser equivalente al de la UE, cosa que es perfectamente comprensible a poco que se tengan en cuenta los diferentes contextos y el tiempo que lleva funcionando cada proceso de integración. Si bien la libre circulación de trabajadores puede considerarse garantizada en el MERCOSUR, los principios fundamentales que caracterizan dicha libertad en el marco comunitario europeo no parecen para nada evidentes aquí. Las referencias a la justicia social y a la finalidad de mejorar las «condiciones de vida» de sus habitantes en el Preámbulo del Tratado no deben ser tomadas como suficientes. Sin embargo, la evolución más reciente de la normativa institucional mercosureña permite una buena dosis de optimismo. En particular, la filosofía subyacente en el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social y su Reglamento —y también en el Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del MERCOSUR (Dec. 13/97)— aparece impregnada de la idea de no discriminación por razón de nacionalidad y se sitúa en una línea cercana a la tendencia «proteccionista» europea⁶⁶. Ahora bien, la idea básica, la de una unión aduanera que ya tendría que estar operando plenamente —de acuerdo con los plazos previstos— se ha hecho difícil de llevar a la práctica, no sólo por las marcadas asimetrías estructurales entre los Estados partes, sino por algunas circunstancias más o menos fortuitas, entre las que destaca claramente la crisis financiera brasileña de finales de 1998, la cual puso a prueba la solidez del MERCOSUR y su futuro como sistema de integración.

⁶³ *DOCE* L 13, de 19 de enero de 1970.

⁶⁴ Ver M. A. DAUSES, «Dogmatik des Freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft», *RIW*, 1984, p. 203. También en S. MARTÍNEZ LAGE, *loc. cit.*, pp. 57 ss.

⁶⁵ El test de proporcionalidad fue adoptado claramente por el TJCE a partir de la Sentencia de 30 de abril de 1974, *Sacchi*, Asunto 155/73, aunque su desarrollo ha sido matizado. Ver L. W. GORMLEY, *op. cit.*, pp. 12 ss.

⁶⁶ Ver P. MAESTRE CASAS y D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea y la pertinente regulación de Derecho internacional privado», *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (Argentina), 21, 2000, p. 229.

2. Controversias suscitadas y aplicación práctica de los mecanismos de solución

Ya se ha insistido lo suficiente acerca de los diferentes esquemas institucionales y normativos vigentes en la UE y el MERCOSUR. De todas las características que marcan tales diferencias, se ha puesto especial énfasis en la que tiene que ver con los mecanismos de solución de controversias previstos en sendos bloques. El carácter intergubernamental del MERCOSUR suele señalarse como la razón fundamental para que no exista en dicho sistema de integración una instancia jurisdiccional de carácter permanente cuyas decisiones sean obligatorias en todos los Estados partes⁶⁷. Aunque esto fuera así, lo que no se puede achacar al modelo jurídico adoptado es la inexistencia de un mecanismo que permita controlar la legalidad de dicha normativa (entendida como su adecuación a la propias reglas establecidas en el TA y en el POP), ni las evidentes carencias del sistema de solución de controversias establecido, ni las dificultades para lograr la «vigencia simultánea» de cada una de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR (preconizada en el art. 40 POP), ni, en definitiva, que sea imposible determinar a esta altura un marco de relaciones claro y único entre tales normas y las vigentes en cada uno de los Estados partes. Estas últimas cuestiones, como digo, no son consecuencia necesaria del carácter intergubernamental. Tienen que ver, más bien, con una deliberada voluntad política de los Estados partes —en especial, de algunos de ellos— que prefieren mantener un margen de flexibilidad en lo que se refiere a las obligaciones que ellos mismos se han ido fijando en el Tratado, en el Protocolo y en la normativa derivada de ellos.

Para abundar, diré que no alcanzo a ver obstáculo técnico alguno para que el MERCOSUR establezca un tribunal con esas características, encargado al menos de brindar una interpretación «auténtica» de las normas mercosureñas y de resolver los problemas planteados en la interacción de éstas con las normas vigentes en los Estados partes. Si el problema estriba en la temida pérdida de soberanía en lo que se refiere al poder jurisdiccional que asiste a cada Estado —cuyas autoridades deberían ejecutar decisiones de ese tribunal «supranacional» y decidir de acuerdo a las interpretaciones vinculantes emanadas de él—, debería tenerse en cuenta que en todos los Estados mercosureños están vigentes normas que obligan a ejecutar decisiones de autoridades judiciales extranjeras (no solamente del MERCOSUR, por cierto) y, aún más significativas, normas que obligan a ejecutar decisiones adoptadas por particulares en el extranjero en el marco de un proceso arbitral. Además, está claro que un tribunal del MERCOSUR así concebido no sería «extranjero» en sentido estricto. Salvo en algunos planteamientos realizados en Brasil al aprobarse la ley de arbitraje de 1996⁶⁸, no he visto ningún planteamiento de índole constitucional en torno a la cuestión en general ni a la obligatoriedad del reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales y arbitrales extranjeras en particular. No obstante, creo que las pertinentes reformas constitucionales en los países en los cuales sean necesarias no

⁶⁷ Sobre el particular la doctrina ha sido prolífica. Ver, por ejemplo, el libro de A. DREYZIN DE KLOR antes citado, el de M. A. CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del MERCOSUR*, Rosario, 1998, o el artículo de J. SAMTLEBEN, «Perspectivas para una Corte do Mercosul e a experiênciã européia», *Revista de Informação Legislativa* (Brasil), 131, 1996, pp. 261 ss.

⁶⁸ R. ALVARES GASPAR, «Obrigatoriedade da Cláusula Compromissória fere o Princípio de Inafastabilidade do Poder Judiciário?», *Jornal do Advogado*, 1998, p. 26.

sólo avalarían técnicamente la instalación de un tribunal y evitarían el surgimiento de controversias acerca de sus competencias, sino que además causarían un impacto muy fuerte en cuanto demostración de la voluntad política de los Estados partes de consolidar el proceso de integración.

Pero tal como están las cosas hasta el momento —y a pesar de las repetidas críticas sobre diversos aspectos del mismo— el mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR es el que es. Se habla desde hace tiempo de la necesaria modificación de tal sistema pero a esta fecha no existe ninguna propuesta oficial concreta sobre el particular. Tanto el sistema de arbitraje previsto en el PB de 1991 como el de consultas establecido en Ouro Preto en 1994, han operado siempre, como no podía ser de otra manera, ligados a conflictos en materia de libre circulación de mercancías. El PB ha funcionado por ahora sólo tres veces y todas para resolver conflictos entre Argentina y Brasil⁶⁹. Si se compara con el número de situaciones problemáticas producidas entre estos dos países desde el inicio de la vigencia del MERCOSUR y, en particular, en el período posterior a la crisis financiera brasileña de fines de 1998, pareciera que los Estados mercosureños siguen prefiriendo la negociación política al dictamen de los árbitros *ad hoc*. Toda vez que en principio el sistema no es accesible para las reclamaciones de particulares —salvo, como es sabido, cuando el Estado parte hace suya, asume, una reclamación privada—, que la solución que se adopta —por definición— sólo vale para el caso concreto, y que no existe una confianza desbordante en la fuerza vinculante de los tribunales arbitrales, el sistema todavía no se ha revelado como un mecanismo eficaz y creíble para solucionar las controversias que surgen casi a diario. Pero, para ser justo, debo decir que los laudos adoptados hasta ahora presentan, al menos, dos elementos de sumo interés: por un lado, todos ellos giran en torno a ideas fuerza integracionistas, tales como la imposibilidad de adoptar medidas unilaterales que contradigan las obligaciones emanadas del Derecho mercosureño⁷⁰ y la aplicación del principio de no frustración de las normas de integración; por otro lado, en los dos últimos se brinda una suerte de carácter de precedente vinculante a determinadas afirmaciones hechas por los tribunales anteriores.

En el marco comunitario europeo, siempre dentro de la reglamentación de la libre circulación de mercancías, el desarrollo jurisprudencial que ha llevado a la situación actualmente imperante en la materia es tan rico y contradictorio como difícil de resumir en unas pocas líneas. Intentaré hacerlo, recordando que, como dije antes, el elemento característico y diferenciador en la constitución de un mercado común en la CE ha sido la noción de MEE⁷¹. Sin ánimo de reproducir argumentos suficientemente conocidos —puede hablarse sin temor de los dos supuestos «clásicos» en la materia— es preciso comenzar por el principio. La que se menciona habitualmente como «fórmula *Dassonville*»⁷² establece que: configura una MEE a las res-

⁶⁹ Laudo de 28 de abril de 1999 (licencias de importación exigidas por Brasil), Laudo de 27 de septiembre de 1999 (subsidios de Brasil a la producción y exportación de carne de cerdo) —con aclaración del laudo de 27 de octubre de 1999— y Laudo de 10 de marzo de 2000 (aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles en Argentina).

⁷⁰ En los apartados 89 y 92 del segundo Laudo se establece, por ejemplo, la necesidad de evitar que los incentivos no previstos expresamente «distorsionen el desarrollo del comercio interregional y la consolidación del mercado común, fin último del proceso de integración».

⁷¹ Más detallado en D. FERNÁNDEZ ARROYO, «La Sentencia del TJCE...», *loc. cit.*, pp. 2 ss. Para una obra de conjunto, ver P. OLIVER, *Free Movement of Goods in the EEC*, 3.ª ed., Londres, 1996.

⁷² Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, Asunto 8/74.

tricciones cuantitativas «toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar *directa* o *indirectamente*, *actual* o *potencialmente*, el comercio intracomunitario»⁷³. De este modo, en tal asunto, la exigencia legal belga de certificados de origen expedidos en Escocia para el whisky producido en este país pero importado a Bélgica desde otro país comunitario (Francia), fue considerada contraria al artículo 30 TCE (actual art. 28), basándose en la situación más gravosa que suponía la obtención de aquéllos para un importador paralelo.

Lógicamente, una construcción concebida en términos tan amplios⁷⁴, aunque signifique un avance decisivo en la obtención de una definición buscada con tanto ahínco, no podía dejar definitivamente zanjado el problema. Repárese sobre todo en los tres vocablos clave: susceptible, indirectamente y potencialmente. Con ellos se viene a decir que basta que la medida «pueda» obstaculizar de cualquier manera la circulación de mercancías, para que caiga dentro del supuesto del entonces artículo 30 TCE, con lo cual se elimina tajantemente la necesidad de probar que tal efecto se produce concretamente⁷⁵. Pero la amplitud de la fórmula no se acaba allí. En primer lugar, cuando habla de «reglamentación comercial», el Tribunal parece indicar algo que va bastante más allá que una consideración estricta de esos términos. Al menos, es lo que se desprende de la jurisprudencia posterior⁷⁶. En segundo lugar, la referencia a «Estados miembros» no implica que la autoría de la medida deba ser atribuida concretamente a un Estado en cuanto tal. El propio Tribunal ha extendido el ámbito de aplicación de la noción, a medidas adoptadas por las administraciones autónomas de cada Estado⁷⁷ o por personas jurídicas de carácter público⁷⁸. A partir de *Dassonville* quedó establecido que el carácter discriminatorio respecto a productos extranjeros no debía considerarse como elemento constitutivo de una MEE⁷⁹. El tenor de la fórmula comentada no parece dejar lugar a dudas. Sin embargo, la cuestión no quedó dilucidada en términos tan claros, sobre todo para la doctrina⁸⁰. El pro-

⁷³ Dicha fórmula empezó a ser usada cada vez con más frecuencia. Para las primeras aplicaciones cf. las decisiones del TJCE de 8 de julio de 1975, *Rewe-Zentralfinanz*, Asunto 4/75; de 26 de febrero de 1976, *Tasca*, Asunto 65/75; de 26 de febrero de 1976, *SADAM*, Asuntos 88/75 y 90/75.

⁷⁴ Ver E. L. WHITE, «In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty», *Common Market L. Rev.*, 26, 1989, pp. 235-280. En palabras de D. CHALMERS, «Free Movement of Goods within the European Community: an Unhealthy Addiction to Scotch Whisky?», *Int. Comp. L. Quart.*, 42, 1993, p. 275, se refleja así «a philosophy of extreme economic liberalism».

⁷⁵ Extremo expresamente indicado en la Sentencia del TJCE de 24 de enero de 1978, *Van Tiggele*, Asunto 82/77, entre otras.

⁷⁶ Cf. señaladamente, las Sentencias del TJCE de 30 de octubre de 1974, *Van Haaster*, Asunto 190/73; de 20 de mayo de 1976, *De Peijper*, Asunto 104/75; de 24 de noviembre de 1982, *Buy Irish*, Asunto 249/81.

⁷⁷ Sentencia del TJCE de 25 de julio de 1991, *Aragonesa*, Asuntos 1/90 y 176/90.

⁷⁸ Sentencia del TJCE de 18 de mayo de 1989, *Royal Pharmaceutical Society of Great Britain*, Asuntos 266/87 y 267/87.

⁷⁹ Cf. O. DÖRR, «Die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 30 EWG-Vertrag - doch bloss ein Diskriminierungs- verbot?», *RabelsZ*, 54, 1990, pp. 677-691. También en L. W. GORMLEY, *op. cit.*, pp. 262-263, D. WYATT, «Article 30 and Non-Discriminatory Trade Restrictions», *Eur. L. Rev.*, 6, 1981, p. 185; D. WYATT y A. DASHWOOD, *European Community Law*, 3.ª ed., Londres, 1993, pp. 232-233.

⁸⁰ M. A. DAUSES, «Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes», *Rev. trim. dr. eur.*, 1992, pp. 611 ss. Este autor señala también la evolución de la jurisprudencia, que va desde la exigencia de una discriminación —en un principio abierta (por ejemplo, *Comisión c. Alemania*, Asunto 12/74), después también encubierta (por ejemplo, *SADAM*, antes citado)— a la eliminación de dicha exigencia que se materializa en *Cassis de Dijon*.

blema se hacía (y se sigue haciendo) especialmente espinoso en aquellos supuestos en los cuales las eventuales restricciones a la libre circulación se producían en virtud de medidas indistintamente aplicables a productos nacionales y a los provenientes de otro Estado miembro, adoptadas dentro de un ámbito no alcanzado por la armonización preconizada por los artículos 100 y 100A TCE (actuales arts. 94 y 95)⁸¹.

Precisamente, a ellas se refiere concretamente el TJCE al emitir la segunda fórmula «clásica», *Cassis de Dijon*⁸², que establece: «los obstáculos a la libre circulación intracomunitaria que resultan de disparidades entre legislaciones nacionales relativas a la comercialización de determinados productos, deben ser admitidos en la medida en que estas prescripciones puedan ser reconocidas como necesarias para satisfacer *exigencias imperativas* relativas, particularmente, a la eficacia de los controles fiscales, a la protección de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la defensa de los consumidores». De este modo se dio un poco más de margen de actuación a los Estados miembros, cuyas facultades de reglamentación se encontraban muy limitadas, ya que la excepción del artículo 36 TCE (actual art. 30)⁸³, merced a la interpretación restrictiva que conlleva, no les dejaba casi margen para actuar. *Cassis de Dijon* permitió de alguna manera dar una salida a esta situación, eliminando de la definición de MEE dada en *Dassonville* aquellas reglamentaciones que tengan por objeto satisfacer exigencias imperativas. Debe recordarse, además, que, a diferencia de lo que ocurre con las excepciones del actual artículo 30 TCE, la lista de exigencias imperativas es abierta⁸⁴. Además, el mismo TJCE ha establecido que no basta que se alegue un interés público; éste debe probarse y debe poseer la suficiente relevancia como para desplazar el postulado fundamental comunitario de la libre circulación de mercancías. Así, en *Cassis de Dijon*, el Tribunal consideró que la protección del consumidor y la defensa de la salud pública invocadas por la reglamentación alemana que provocaba en los hechos la prohibición de la importación del licor de frutas francés, no estaban debidamente justificadas y, por lo tanto, violentaban el entonces artículo 30 TCE. De este modo, además, se desbarató una medida legítima en apariencia pero que imponía una barrera a la circulación de un producto legalmente fabricado en su país de origen. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 9.2 TCE (actual art. 23.2), la misma doctrina resulta aplicable a los productos que no siendo originarios de un Estado miembro, se encuentran en libre práctica en alguno de ellos⁸⁵.

⁸¹ Ver I. MASELIS, «Legislative Harmonization and the Integration of Harmonized Legislation into the National Legal Systems, within the European Community», *Eur. Rev. Priv. L.*, 1993, esp. 142 ss.

⁸² Sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1979, Asunto 120/78.

⁸³ Las razones enumeradas en este artículo son: orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial.

⁸⁴ A. MATTERA, *loc. cit.*, pp. 39 ss., e id., «L'arrêt "Cassis de Dijon": une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du Marché Intérieur», *Rev. Marché Commun*, 1980, pp. 505 ss. Esta excepción se fundamenta en la *rule of reason* que ya había sido invocada por el TJCE en *Dassonville*, al afirmar que en un ámbito donde no existen reglas armonizadas los Estados pueden adoptar medidas, con la condición de que las mismas sean razonables. Cf. P. VERLOREN VAN THEMAAT, «La libre circulation des marchandises après l'arrêt Cassis de Dijon», *Cahiers dr. eur.*, 1982, p. 124, y L. W. GORMLEY, *op. cit.*, p. 51. El Tribunal ha indicado otras exigencias imperativas, como la protección del medio ambiente —sentencias de 7 de febrero de 1985, «aceites usados», Asunto 240/83, y de 20 de septiembre de 1988, *Comisión v. Dinamarca* (envases de cerveza y otros), Asunto 302/86—, o el apoyo a la industria cinematográfica —Sentencia de 11 de julio de 1985, *Cinéthèque*, Asuntos 60/84 y 61/84—.

⁸⁵ Ver H. MATTHIES, en E. GRABITZ, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Múnich, 1992 (edición de hojas móviles desde 1986), párr. 23. Esta disposición ha sido objeto de jurisprudencia constante en la citada

Puede darse por probado que la combinación de ambas decisiones clásicas constituye la piedra angular sobre la cual se ha construido toda la jurisprudencia ulterior del TJCE relativa a las MEE. Pero no es menos cierto que frente a la solidez aparente de dicha construcción, fueron apareciendo varios interrogantes de diferente tenor que han provocado más de una vez interpretaciones divergentes⁸⁶, que deben analizarse especialmente a la luz de la jurisprudencia posterior, sobre todo, la de la última década. En este sentido cabe al menos apuntar los problemas planteados por la relación ya apuntada entre las excepciones del artículo 30 TCE y las exigencias imperativas⁸⁷, y el alcance de la condición de que la medida obstaculice sólo «indirectamente» o «potencialmente» el comercio intracomunitario⁸⁸.

El Tribunal se mantuvo estoicamente inclinado hacia una concepción amplia de la jurisprudencia clásica hasta entrada la década de los noventa. La situación no se presentaba demasiado comprometida en aquellos casos que guardaban una cierta similitud con *Cassis*, como, por ejemplo, los asuntos *Rau*⁸⁹, «cerveza»⁹⁰, *3 Glöken*⁹¹ o, más recientemente, *Van der Veldt*⁹². En todos ellos se trataba de nor-

dirección. En efecto, ya en la Sentencia de 15 de diciembre de 1976, *Donckerwolke*, Asunto 41/76, se sostuvo tal criterio, manteniéndolo en las sentencias de 5 de marzo de 1986, *Tezi*, Asunto 59/84; de 7 de mayo de 1987, *Co-Frutta*, Asunto 193/87, y de 7 de noviembre de 1989, *Nijman*, Asunto 1125/88. Crítico con esta actitud, E. L. WHITE, *loc. cit.*, pp. 259 ss.

⁸⁶ También es verdad que los asuntos que llegan al TJCE son cada vez más heterogéneos y van variando en función inversa al grado de integración de la Comunidad. Ver W. P. J. WILS, «The Search for the Rule in Article 30 EEC: Much Ado about Nothing?», *Eur.L.Rev.*, 18, 1993, esp. pp. 485 ss.

⁸⁷ Ver J. C. MASLET, «Les articles 30, 36 et 100 du Traité à la lumière de l'arrêt *Cassis de Dijon*», *Rev.trim.dr.eur.*, 1980, esp. pp. 616 ss. Ver también la Sentencia *Rau*, antes citada, y la Sentencia del TJCE de 17 de junio de 1981, *Comisión c. Irlanda (souvenirs)*, Asunto 113/80.

⁸⁸ M. A. DAUSES afirma que «le critère du caractère susceptible d'entraver les échanges réside dans une comparaison hypothétique [...] entre la situation effectivement intervenue et celle qui existerait en l'absence de la mesure incriminée» («Mesures...», *loc. cit.*, p. 609). Cf. H. MATTHIES, *loc. cit.*, párr. 15. Ver, asimismo, L. W. GORMLEY, «“Actually or potentially, directly or indirectly”? Obstacles to the Free Movement of Goods», *Yearbook Eur.L.*, 1989, pp. 197 ss. No obstante, en el asunto «B & Q» (prohibición de ejercer actividades comerciales los domingos —Sent. TJCE de 16 de diciembre de 1992, Asunto 169/91, implícitamente, ya en las Sents. de 28 de febrero de 1991, «Conforama», As. 312/89, y «Marchandise», As. 332/89—) el Tribunal ha introducido un matiz importante en el modo de controlar la proporcionalidad, al señalar que es importante examinar si los efectos provocados por una medida determinada son «directos, indirectos o simplemente hipotéticos y si ellos no estorban más la comercialización de los productos importados que la de los productos nacionales». Esta observación permitió dar una solución de fondo —se suponía que definitiva— a la problemática planteada por las medidas que imponen alguna restricción a la actividad comercial dominical, en el sentido de declarar su compatibilidad con el artículo 28 TCE (ver C. BARNARD, «Sunday Trading: A Drama in Five Acts», *Modern L.Rev.*, 57, 1994, esp. pp. 456-457, y, muy crítico, P. DIAMOND, «Dishonourable Defences: the Use of Injunctions and the EEC Treaty - Case Study of the Shops Act 1950», *Modern L.Rev.*, 54, 1991, pp. 72-87). Posteriormente, el TJCE se ha encargado de precisar que salvo las disposiciones que produzcan efectos simplemente hipotéticos, no cabe hacer distinción —a la luz del mencionado artículo— entre medidas que puedan ser calificadas como MEE, según la «intensidad» de sus efectos sobre los intercambios (sent. TJCE de 18 de mayo de 1993, *Rocher*, Asunto 126/91).

⁸⁹ Asunto 261/81, referido a la disposición belga que ordenaba una forma de presentación de la margarina.

⁹⁰ Sentencias de 12 de marzo de 1987, *Comisión c. Alemania y Comisión c. Grecia* (pureza de la cerveza), Asuntos 178/84 y 176/84.

⁹¹ Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1988, Asunto 407/85, relativo a las materias primas necesarias para la fabricación de la pasta.

⁹² Sentencia de 14 de julio de 1994, Asunto 17/93, sobre la normativa belga que establecía reglas sobre la composición del pan y otros productos de panadería.

mas nacionales que imponían una determinada forma de presentación, fabricación, composición, etc., para productos también determinados. La obstaculización —al menos potencial o indirecta— de los intercambios que provocaba una normativa de tal naturaleza era evidente, especialmente al ponerse en relación con bienes que habían sido legalmente fabricados en otros Estados en los cuales no regían los mismos requisitos⁹³. Pero la línea de respuestas del Tribunal comienza a hacerse más difusa cuando el tipo de reglamentaciones en estudio se empiezan a referir a las «circunstancias» en las cuales los productos pueden ser comercializados, es decir, dónde, cuándo, cómo, por quién, a qué precios, mediante qué técnicas de venta, etc.⁹⁴. Justamente, fue la falta de obviedad en los obstáculos que pueden traer aparejados tales medidas, lo que hizo perder alguna consistencia a la jurisprudencia del Tribunal⁹⁵.

Y allí es donde irrumpe la tercera sentencia clave en materia de MEE, conocida como *Keck*⁹⁶. No puede decirse que no existieran supuestos que anunciaran de algún modo tal vez tímido y ambiguo, que una inflexión en el alcance dado a la jurisprudencia *Dassonville/Cassis de Dijon* iba a producirse. A mi modo de ver, *Keck* es en cierto modo la consecuencia (el resultado inconcluso) de las brechas abiertas por esa «jurisprudencia de desarrollo», del impacto causado por la misma en la doctrina y, sobre todo, de la reacción de los Estados comunitarios, cuya capacidad para regular cualquier aspecto aun remotamente vinculado con el comercio intracomunitario era sistemáticamente atacada. Los supuestos más significativos para el análisis concreto de la cuestión señalada, pueden agruparse —con una finalidad más explicativa que exhaustiva y rigurosa— en tres grupos, teniendo en cuenta la materia a la cual se refieren⁹⁷: los que tienen que ver con reglamentaciones comerciales relativas al comercio minorista⁹⁸, aquellos cuyo denominador común es su relación con técnicas de promoción de ventas y de publicidad —y que, por lo tanto, redundan eventualmente en cuestiones que tienen que ver con la lealtad en las transacciones comer-

⁹³ Se trataba de medidas de naturaleza inherentemente restrictivas. Ver A. MATTERA, *Le Marché Unique Européen. Ses règles, son fonctionnement*, Bruselas, 1988, pp. 233 ss.

⁹⁴ E. L. WHITE, *loc. cit.*, pp. 246-247. Ver también K. MORTELMANS, «Article 30 of the EEC Treaty and Legislation Relating to Market Circumstances: Time to Consider a New Definition?», *Common Market L.Rev.*, vol. 28, 1991, esp. pp. 125 ss., e id., «Minimum-Harmonisation and Consumer Law», *Eur. Consumer L. Journ.*, 1988, p. 2.

⁹⁵ D. T. KEELING, «The Free Movement of Goods in EEC Law: Basic Principles and Recent Developments in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities», *Internat. Lawyer*, 1992, p. 471. J. STEINER, «Drawing the Line: Uses and Abuses of Article 30 EEC», *Common Market L. Rev.*, 29, 1992, p. 758, más contundente, habla de la «ambivalencia incomprensible» del Tribunal en este ámbito. Ver también D. CHALMERS, *loc. cit.*, p. 284, y R. SACK, «Staatliche Regelungen sogenannter "Verkaufsmodalitäten" und Art. 30 EG-Vertrag», *Eur. W.S.*, 1994, esp. p. 40.

⁹⁶ Sentencia del TJCE de 24 de noviembre de 1993, procesos penales contra Bernard Keck y Daniel Mithouard, Asuntos 267/91 y 268/91.

⁹⁷ Es, más o menos, el esquema explicativo de D. T. KEELING, *loc. cit.*, pp. 472 ss. Por su parte, K. MORTELMANS, «Article 30...», *loc. cit.*, pp. 117 ss., prefiere agruparlos en asuntos «viejos» y asuntos «nuevos». Para otros criterios, ver N. REICH, «The "November Revolution" of the European Court of Justice: *Keck*, *Meng* and *Audi* revisited», *Common Market L.Rev.*, 31, 1994, esp. pp. 465-467 y M. PETSCHKE, «Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtsprechung des EuGH», *Eu.Z.W.*, 1994, concr. p. 110.

⁹⁸ Sentencias del TJCE de 14 de julio de 1981, *Oebel*, Asunto 155/79 (prohibición de distribución de productos de panadería a compradores individuales y minoristas en horario nocturno); de 31 de marzo de 1982, *Blesgen*, Asunto 75/81 (prohibición de consumición y conservación de ciertas bebidas alcohólicas); de 11 de julio de 1990, *Quietyllyn*, Asunto 23/89. Ver D. CHALMERS, *loc. cit.*, p. 276.

ciales y la defensa de los consumidores—⁹⁹, y los ya citados casos sobre regulación de actividades comerciales en determinados días y horarios¹⁰⁰.

¿Y qué fue lo tan novedoso que hizo *Keck*? Nada más y nada menos que eliminar de la cientos de veces repetida fórmula *Dassonville* toda una categoría de supuestos: los relativos a «disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta [...] siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros». En el caso concreto se trataba de una disposición existente en Francia que prohíbe la reventa a pérdida, esto es, revender un producto en el mismo estado en que ha sido recibido a un precio inferior a su precio de compra efectivo (precio de factura, más impuestos y gastos de transporte), con algunas excepciones. De este modo el TJCE «devolvió» a los Estados comunitarios la competencia para reglamentar un aspecto crucial del comercio nacional, haciendo caso a una fuerte presión en este sentido. El mismo Tribunal lo reconoce al decir que «dado que es cada vez más frecuente que se invoque el artículo 30 para impugnar cualquier tipo de normativa que, sin referirse a los productos de otros Estados miembros, limite la libertad comercial de los operadores económicos, este Tribunal considera necesario reexaminar y precisar su jurisprudencia en la materia» (cons. 14) y que «procede declarar, *en contra de lo que hasta ahora se ha venido juzgando*, que [...]» (cons. 16). El problema fue que el modo y la oportunidad del cambio no fueron los más apropiados.

Las innumerables críticas vertidas a raíz de la incertidumbre abierta por la fórmula *Keck*¹⁰¹ se fueron confirmando rápidamente¹⁰². En efecto, en primer lugar, como dicha fórmula se refiere expresamente a «disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta», parece evidente que las medidas relativas al comercio que no entran en esa categoría siguen estando sujetas a la aplicación lisa y llana de la fórmula tradicional¹⁰³. Pero el problema principal estriba en la falta de

⁹⁹ Sentencias del TJCE de 15 de diciembre de 1982, *Oosthoek*, As. 286/81 (prohibición de promocionar ventas mediante el ofrecimiento o la entrega de regalos), de 16 de mayo de 1989, *Buet*, Asunto 382/87 (prohibición de vender material pedagógico a domicilio); de 7 de marzo de 1990, *GB-INNO-BM*, Asunto 362/88 (prohibición de que las ofertas que conlleven reducción de precios incluyan el período de validez de las mismas o referencias a precios anteriores); de 25 de julio de 1991, *Aragonesa*, Asuntos 1/90 y 176/90 (limitación de publicidad de ciertas bebidas alcohólicas).

¹⁰⁰ Sentencias del TJCE de 23 de noviembre de 1989, *Torfaen*, Asunto 145/88; de 28 de febrero de 1991, *Conforama y Marchandise*, Asuntos 312/89 y 332/89; de 16 de diciembre de 1992, *B & Q*, Asunto 169/91.

¹⁰¹ El único comentario laudatorio de la misma es tal vez el publicado por uno de los jueces que dictó la sentencia (!). Ver R. JOLIET, «La libre circulación de mercancías: la sentencia *Keck* y *Mithouard* y las nuevas orientaciones de la jurisprudencia», *Gaceta Jurídica*, D-23, 1995, pp. 7-37.

¹⁰² Ver, por todos, E. POIARES MADURO, *We, The Court*, Londres, 1998.

¹⁰³ Así lo entendió inmediatamente después el TJCE en su Sentencia de 2 de febrero de 1994, Asunto 315/92, en la cual se decidió que no es acorde con el Derecho comunitario prohibir la importación y comercialización de un producto cosmético en razón de que la denominación del mismo sea «Clinique». Recientemente, en la Sentencia de 13 de enero de 2000, Asunto C-220/98, se admitió, sin embargo, que la pretensión de una empresa productora de cosméticos de que se prohibiera la importación y comercialización de un producto elaborado por otra empresa del mismo sector en cuya denominación se incluía la palabra «*lifting*», no era incompatible con el Derecho comunitario en la medida en que dicha denominación pueda inducir a un consumidor medio al error de estimar que la misma atribuye al producto características de las cuales carece.

elementos para saber cuándo existe una modalidad de venta¹⁰⁴. La prueba está en que la litigiosidad en torno a las MEE dista mucho de haber disminuido considerablemente, lo cual indica que la preocupación expresada por el TJCE no se ha visto superada. En los asuntos que se refieren a la publicidad, por ejemplo, hasta el día de hoy no queda claro cuándo se está en presencia de una modalidad de venta (y se trata, por lo tanto, de una medida admitida por el Derecho comunitario si reúne los requisitos previstos en *Keck*) y cuándo no (medida eventualmente contraria al Derecho comunitario).

Los casos se multiplican. En el caso *Mars*¹⁰⁵, la pretensión de que se prohíba la importación y la comercialización de un producto comercializado legalmente en otro Estado miembro, basándose en la existencia de una campaña publicitaria consistente en el aumento de la cantidad del producto y en la inclusión en el envoltorio de la expresión «+ 10 %», fue considerada contraria al entonces artículo 30 del Tratado, descartándose, por lo tanto, la consideración como modalidad de venta en tal caso¹⁰⁶. También se descartó tal consideración en el caso *Familiapress*¹⁰⁷, referido a la disposición austríaca que prohíbe de manera general ofrecer a los consumidores, sin contrapartida, premios vinculados a la venta de bienes o a la prestación de servicios, debido a que en el caso en cuestión se trataba de premios a repartir entre los lectores de una publicación periódica (de otro Estado miembro) que resolvieran correctamente los crucigramas contenidos en cada número de la misma; el TJCE estimó que, aunque evidentemente se trata de «un método de promoción de ventas, se refiere, en este supuesto, al propio contenido de los productos, en la medida en que los juegos contemplados por ella forman parte integrante de la revista en la que se han insertado» (?)¹⁰⁸.

3. Problemas estructurales y funcionales

Muy sucintamente, todo lo expuesto hasta el momento permite hacerse una idea de cuáles son los problemas de fondo que afectan a cada uno de los bloques de integración (problemas estructurales) y cuáles son los que, en cambio, tienen que ver con la versatilidad de ambos para superar esas dificultades (problemas funcionales). Del lado europeo, los más de cuarenta años de integración económica y comercial han demostrado que dicha integración puede traer muchos beneficios al resolver significativos problemas estructurales pero que en general los conflictos de intereses en-

¹⁰⁴ N. REICH, *loc. cit.*, pp. 470-471, hablaba en este sentido de la «ilusión de certeza jurídica» provocada por *Keck*. C. J. BERR, en su comentario en *Journ.dr.int.*, 1994, p. 493, decía que «sin duda el Tribunal no está en vísperas de eliminar los viejos demonios que imprudentemente ha dejado que se instalen en ciertos espíritus sutiles».

¹⁰⁵ Sentencia del TJCE de 6 de julio de 1995, Asunto C-470/93.

¹⁰⁶ La parte demandante, una asociación de lucha contra la competencia desleal, entendía que tal campaña podía inducir al consumidor a un doble error: pensar que el precio de la mercancía ofrecida era idéntico al que tenía con la anterior presentación (extremo que no puede garantizarse al no existir control de precios) y creer que el aumento del producto era mayor al real debido a que el espacio ocupado por la mención «+ 10%» afectaba a más de dicho porcentaje del envase.

¹⁰⁷ Sentencia del TJCE de 26 de junio de 1997, Asunto C-368/95.

¹⁰⁸ En este supuesto, sin embargo, tal clase de prohibición se consideró compatible con el artículo 30 «siempre y cuando esta prohibición sea proporcionada al mantenimiento del pluralismo de la prensa y que este objetivo no pueda lograrse aplicando medidas menos restrictivas».

tre los Estados siguen existiendo, especial pero no exclusivamente en las áreas todavía no afectadas o afectadas sólo parcialmente por la integración. Digo «no exclusivamente» porque es evidente que incluso —o precisamente— en materias tan europeizadas como la agricultura, que cuenta con organizaciones comunes sectoriales del mercado, las desavenencias son moneda corriente; a veces protagonizadas por los propios Estados, otras veces por particulares o agrupaciones de particulares. Éste no es, desde luego, el único sector problemático pero es uno de los más significativos. Véase, por ejemplo, el conocido caso de los ataques sistemáticos en Francia a los productos agrícolas provenientes de otros Estados, especialmente de España. La situación recurrente venía a reflejar el descontento de asociaciones de agricultores de aquel país por lo que entendían era una competencia desleal de parte de sus pares de otros Estados comunitarios. Para evitarla decidieron recurrir a un método muy expeditivo: destruir los productos en cuanto estuvieran en suelo francés, ya sea deteniendo los camiones que los transportaban o atacando los puestos de venta donde se ofrecían. Pero allí precisamente se ve la efectividad del esquema supranacional comunitario que, aunque un poco tarde y tras no pocas dilaciones, desembocó en la Sentencia del TJCE de 9 de diciembre de 1997¹⁰⁹, que condenó a Francia por incumplimiento del Derecho comunitario; concretamente, por no respetar «las obligaciones que se derivan del artículo 30 del Tratado, en relación con el artículo 5 de dicho Tratado»¹¹⁰, y de las organizaciones comunes de mercados de productos agrícolas, al no adoptar todas las medidas necesarias y proporcionadas para que determinadas acciones de particulares no obstaculicen la libre circulación de frutas y hortalizas¹¹¹.

Sin embargo, en este sistema que tarde o temprano resuelve efectivamente todos los problemas que aparecen en el proceso de integración, no todas son rosas. Entre las varias y variadas espinas que se pueden encontrar cabe mencionar: que los subsidios a la agricultura, además de la injusticia que encierran para los intercambios extracomunitarios, constituyen una bolsa de fraude permanente, como lo ha denunciado repetidamente la Comisión; que los conflictos en el ámbito de la libre circulación de mercancías a menudo esconden pequeñas (o grandes) trampas que los Estados pretenden hacer a sus socios; y, sobre todas las cosas, que se produce una gran paradoja: la de la existencia de una liberalización total para los intercambios intracomunitarios en el marco de un mercado hiperregulado, en el que además se da un altísimo índice de conflictividad. Al lado de todo esto, la consideración en cuanto «obstáculos» a la libre circulación que se otorga a las disparidades normativas existentes en los distintos ordenamientos nacionales ha provocado el fenómeno de la competencia entre ordenamientos¹¹² y, consecuentemente, ha despertado un afán

¹⁰⁹ Asunto C-265/95, *Comisión c. Francia*.

¹¹⁰ Actual artículo 10, que establece:

«Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

»Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.»

¹¹¹ Ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Los conflictos de mercado en el ámbito comunitario europeo: problemas y soluciones», en A. DREYZIN DE KLOR (coord.), *Temas de Derecho de la integración - Derecho internacional privado*, Córdoba, 1998, pp. 51-68.

¹¹² Ver N. REICH, «Competition between Legal Orders: a New Paradigm of EC Law?», *Common Market L. Rev.*, 29, 1992, pp. 861 ss.

unificador omnicomprendivo que pretende europeizar tanto el DIPr como el Derecho privado. En esta loca carrera hacia la unificación total, impuesta por la «lógica» del mercado —aunque se utilicen otros argumentos¹¹³—, se están dejando de lado varios criterios fundamentales, como los vinculados con la solvencia técnica de dicho proceso o con su legitimidad democrática.

En el MERCOSUR los problemas son bien distintos por muy diferentes razones. En primer lugar, la integración mercosureña es joven, aunque debe reconocerse que mucho se ha hecho en este corto tiempo. Y es sabido que mucho no tiene por qué ser sinónimo de bueno. Existen, no obstante, razones objetivas que explican, al menos en parte, las dificultades innatas del MERCOSUR y el corto tiempo de vida podría ser una de ellas. A esto se suma que las diferencias básicas entre los Estados partes son muy grandes y que afectan a casi todas las cuestiones posibles: la demografía, el producto bruto, el desarrollo industrial, la capacidad comercial, etc. Y lo más grave es que dichas diferencias se plantean —de modo distinto de lo que, con diferentes parámetros, sucedió, sucede y sucederá en la UE después de la próxima ampliación— en un marco de países que siguen pugnando por el desarrollo, que están desigual pero ferozmente atezados por la deuda externa y sus intereses, que aparecen muy desguarnecidos frente a los vaivenes del mercado financiero globalizado, y que tienen gravísimas carencias sociales.

A este panorama —que, lejos de pretender dar dramatismo al asunto, es, como dije, claramente objetivo— se debe añadir la rémora que significa la ausencia de políticas comunes en todos los sectores directa o indirectamente ligados a la integración. Y esto es así porque los Estados, tal vez no tanto sus gobernantes como los empresarios y otros agentes sociales y económicos, siguen teniendo mucho temor a perder determinadas situaciones que les son favorables, lo que les impide tener esa visión global y no particular que exige la construcción de un proceso de integración sobre bases sólidas que a la vez sea justo. Esto lleva muchas veces a la adopción de medidas unilaterales desprovistas de toda legalidad y al abuso del bilateralismo (especialmente entre Argentina y Brasil) en detrimento de las actuaciones en bloque. No es que falten políticas comunes en el campo industrial o macroeconómico; esto acaso podría entenderse. Lo tan disparatado como paradójico es que países que se han obligado a establecer entre ellos un mercado común no tengan ni siquiera, como antes mencioné, una política comercial común. Esto distorsiona gravemente el funcionamiento de la unión aduanera —parte fundamental de tal mercado— y conspira contra el desarrollo de la integración¹¹⁴. Por último, cabe insistir en que el sistema de solución de controversias necesita ser, como mínimo, mejorado. Es evidente que la ausencia de un mecanismo eficaz y auténticamente obligatorio hace que los Estados tengan que recurrir a la negociación política permanente, lo cual es muy desgastante, sobre todo si se hace, como en el MERCOSUR, a nivel presidencial. La negociación política debe existir siempre, pero no para estar solucionando todos y cada uno de los problemas comerciales entre los Estados partes.

¹¹³ Ver P. LEGRAND, «Against a European Civil Code», *The Modern L. Rev.*, 60, 1997, pp. 44 ss.

¹¹⁴ Al día de hoy los Estados mercosureños siguen negociando cada uno por su cuenta acuerdos comerciales con terceros Estados que repercutirán sobre el funcionamiento interno del MERCOSUR. Y —especialmente durante 1999— algún gobierno se planteó recurrentemente la hipótesis de abandonar el MERCOSUR, a la vez que abundaron las amenazas mutuas de demandas ante la OMC por controversias intra-MERCOSUR.

III. LOS CONTRATOS INTERNACIONALES COMO CAUCE JURÍDICO DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES DE CONTENIDO PATRIMONIAL

1. Reglamentación de los contratos internacionales

En este camino de lo general a lo particular, que empezó en el esquema general institucional-normativo de los procesos de integración europeo y mercosureño y pasó por la regulación de los mercados, toca ahora llegar al tratamiento que en sendos bloques se ha dado a la herramienta jurídica fundamental para el establecimiento de transacciones comerciales internacionales y, en general, de un variado tipo de relaciones jurídicas internacionales de carácter privado. Dicho tratamiento lógicamente tiene que estar acorde con los parámetros fijados en los niveles jurídico-institucional y comercial-económico. En el ámbito europeo, después de no poco trabajo, resulta claro que existe una reglamentación contractual con un elevado grado de coherencia respecto del marco contextual indicado. Intentaré mostrar cuál es la situación respectiva en el MERCOSUR, a la vez que proponer las líneas de acción que, a mi modesto juicio, deberían seguirse para solventar algunas imperfecciones.

Al principio de este curso¹¹⁵ indiqué a grandes rasgos cómo es la fisonomía del DIPr comunitario europeo¹¹⁶ y cómo esa regulación se había mantenido fuera del marco estrictamente comunitario hasta la introducción de normas de DIPr en Reglamentos y Directivas (ya sobre los años noventa) y el advenimiento de la nueva etapa signada por la «comunitarización» global del DIPr que se origina con el Tratado de Amsterdam y que tiene resultados aún inciertos. Pues bien, en materia de contratos, la reglamentación europea se centró en el CB —para la competencia judicial y el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras—¹¹⁷ y en el Convenio de Roma de 1980¹¹⁸ —para las cuestiones de Derecho aplicable—. En ambos existen normas generales, aplicables a cualquier contrato, y normas específicas para algunos tipos contractuales concretos: contratos de trabajo, contratos celebrados por consumidores y contratos de seguro en el caso del CB, y sobre los dos primeros en el caso del CR. Esta regulación «completa» en materia contractual funcionó correctamente, con los problemas técnicos lógicos de cualquier bloque normativo convencional, aunque con respecto al CB el carácter no comunitario se ha visto paliado por la vigencia del Protocolo sobre interpretación que otorga la interpretación «auténtica» y obligatoria del mismo al TJCE. La aparición de disposiciones de DIPr contractual en normas de Derecho comunitario derivado ha perturbado un poco la relativa paz del esquema existente¹¹⁹.

Pasando a la situación del MERCOSUR, hasta este momento el CMC —órgano máximo del sistema— ha aprobado tres convenios que reglamentan diversos aspectos «jurisdiccionales» de la contratación internacional. Así encontramos: el Pro-

¹¹⁵ Ver *supra*, punto I.3.

¹¹⁶ Ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Problemas y perspectivas...», *loc. cit.*

¹¹⁷ No está de más recordar, en este punto, que cuando se adoptó la primera versión del Convenio de Bruselas, en 1968, se hablaba de que esta reglamentación de la competencia y del reconocimiento para todas las materias de Derecho privado patrimonial (bien que con algunas excepciones) venía a garantizar una imprescindible «quinta libertad de circulación», la de resoluciones judiciales.

¹¹⁸ En adelante, CR.

¹¹⁹ E. JAYME y Ch. KOHLER, *loc. cit.*

toloco de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual de 1994, el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo de 1996 y los Acuerdos¹²⁰ sobre arbitraje comercial internacional de 1998. El análisis de estos textos demuestra claramente, como se demostrará, algo que a pesar de su obviedad sigue sin tomarse en cuenta ni calibrarse debidamente sus efectos: que la autonomía de la voluntad constituye la piedra angular sobre la cual descansa el sistema contractual pergeñado por el MERCOSUR¹²¹.

Las mencionadas normas constituyen la dimensión autónoma del DIPr contractual mercosureño y a las mismas hay que agregar las que disciplinan, dentro del mismo ámbito, la cooperación judicial internacional, en cuanto se apliquen a casos contractuales. Me refiero expresamente al Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa de 1992 (conocido como Protocolo de Las Leñas) y al Protocolo de medidas cautelares de 1994. En principio, cabría pensar que todas esas normas son de verdad las que regulan, en los países del MERCOSUR, las obligaciones contractuales internacionales, al menos las vinculadas con dichos países. Dicho de otro modo: que tal complejo normativo configura el sistema de DIPr contractual mercosureño. Pues no. No es exactamente así.

En primer lugar, existen problemas graves en lo que se refiere a la vigencia efectiva de las normas elaboradas por el MERCOSUR y las normas de DIPr no han conseguido escapar a esa realidad generalizada antes expuesta, la cual, dicho sea de paso, es totalmente contradictoria con la letra del Derecho mercosureño «originario»¹²² y con el espíritu mismo de la integración.

Paralelamente, es sabido que junto (o superpuesto, más bien) a ese pretendido sistema de DIPr contractual mercosureño existe otro heterónimo, conformado por las normas de las convenciones sobre la materia vigentes en los cuatro Estados partes del MERCOSUR pero que no han sido elaboradas por los órganos mercosureños sino en otros ámbitos de producción jurídica.¹²³ En ese marco se inscriben los convenios de la CIDIP¹²⁴ sobre las siguientes materias, en cuanto resulten aplicables a contratos internacionales: arbitraje comercial internacional, exhortos (y su Protocolo), poderes, normas generales de DIPr, sociedades mercantiles, información acerca del Derecho extranjero y eficacia extraterritorial de sentencias y laudos. Por su parte, la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (México, D. F., 1994), si bien no está vigente en ninguno de los cuatro Estados partes¹²⁵, constituye un punto de referencia insoslayable en la construcción de cualquier discurso acerca del DIPr contractual americano.

¹²⁰ Uno de ellos celebrado entre los cuatro Estados del MERCOSUR y el otro entre éstos y los dos países asociados, Bolivia y Chile. Ver M. B. NOODT TAQUELA, *Arbitraje internacional en el MERCOSUR*, Buenos Aires, 1999.

¹²¹ Es lo que he intentado plantear en «Los contratos internacionales en el MERCOSUR desde la cosmovisión borgeana», *Rev. Mex. DIPr* (en prensa). Los argumentos allí vertidos aparecen aquí desprovistos de su atavío literario.

¹²² Constituido por el TA y el POP.

¹²³ Existe, pues, un «DIPr mercosureño *stricto sensu*» (autónomo) y un «DIPr mercosureño *lato sensu*» (heterónimo). Ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «La nueva configuración...», *loc. cit.*, p. 271.

¹²⁴ Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (OEA).

¹²⁵ El gobierno de Uruguay la envió oportunamente al Parlamento para su ratificación pero no ha tenido éxito hasta el momento.

Con todo, no se trata de las únicas normas sobre contratos internacionales vigentes en los países del MERCOSUR, ya que existen otras reglas que no rigen en todo el ámbito espacial del MERCOSUR pero que poseen un extendido campo de vigencia. Entre ellas, las más significativas —pero no las únicas— son sin duda las de los Tratados de Montevideo de 1940, vigentes en Argentina, Paraguay y Uruguay, con normas sobre competencia y sobre Derecho aplicable en materia contractual. Entre los mismos Estados también está vigente la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958, de particular importancia por la enorme cantidad de Estados que se han incorporado a la misma. Por último, otra convención en materia contractual que goza de una gran aceptación internacional, la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, está vigente en Argentina y Uruguay, además de en uno de los Estados asociados —Chile—.

2. Encuadre sistemático y dificultades operativas

En ambos bloques, las normas de DIPr sobre contratos elaboradas al socaire del proceso de integración coexisten, como todo el resto de la normativa comunitaria o de integración, con las demás normas del ordenamiento de cada Estado integrado. Como ya se ha dicho, en la CE esta coexistencia está presidida por los principios de primacía y efecto directo, y avalada por la competencia del TJCE para la interpretación del Derecho comunitario. Esto último brinda cierta tranquilidad, ya que las controversias que puedan suscitarse en la interacción de las normas de DIPr de los distintos subsistemas han de contar con una solución unívoca y obligatoria.

En el MERCOSUR, con su ausencia de supranacionalidad, la cuestión presenta unas aristas bien distintas. Un supuesto determinado puede concitar la aplicación eventual de normas mercosureñas, de la CIDIP, de los Tratados de Montevideo y de otros textos convencionales multilaterales o bilaterales, además de la concurrencia de las reglas estatales —en especial en los países que no tienen determinada constitucionalmente la jerarquía de la normativa convencional respecto de la estatal, como Uruguay y Brasil—. Sobre arbitraje comercial internacional, por ejemplo, nos situamos en un cuadro infladísimo donde conviven (por decirlo de algún modo) los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR con el Protocolo de Las Leñas, además de hacerlo con textos interamericanos (Convenciones de arbitraje de Panamá —1975— y sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros —Montevideo, 1979—), «universales» (Convención de Nueva York de 1958) y autónomos¹²⁶.

Pero las dificultades cuantitativas podrían quedar más o menos resueltas si se contara con unas reglas claras para la solución de los casos de concurrencia de convenciones. Lamentablemente, esas reglas, cuando existen no permiten con un alcance general solucionar los problemas. La carencia de normas de compatibilidad adecuadas y eficientes hace que la complejidad se transforme en caos en el que ha de

¹²⁶ Sin olvidar los supuestos en los cuales los casos pueden caer en el ámbito de aplicación, además, de otros textos no vigentes en el MERCOSUR. Ver el ejemplo que introduce M. B. NOODT TAQUELA, *op. cit.*, p. 56, en el cual se plantea la potencial aplicabilidad del Acuerdo MERCOSUR-Bolivia-Chile y de la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 1961).

sucumbir hasta el operador más preparado, potencial objeto de incertidumbres y arbitrariedades¹²⁷. Es muy llamativo que frente a tal profusión normativa no se haya tenido especial cuidado en la elaboración de estas cláusulas, previendo prístinamente no sólo la relación con las normas que ya existen sino con las que pueden llegar a existir. La relación debería ser precisamente la contraria: a mayor cantidad de normas eventualmente aplicables a los mismos casos, mayor pulcritud en la construcción de cláusulas de compatibilidad. Por si eso fuera poco, la actitud deliberada de preservar genéricamente lo que ya existía (las normas «vigentes») parece esconder algunas veces una velada desconfianza en las reglas nuevas y en el proceso en el cual las mismas se incardinan.

3. Alcance de la autonomía de la voluntad

Para terminar el desarrollo de este curso, es inevitable analizar cuál es la actitud en ambos bloques respecto de la autonomía de la voluntad. No voy a entrar a discutir la cuestión filosófica de si la autonomía de la voluntad constituye un principio del DIPr o de algunos sectores del mismo¹²⁸ o si, por el contrario, no es más que una opción de regulación que cada legislador puede aceptar o no, en mayor o menor medida. Lo que me interesa poner de relieve es mucho más práctico y elemental: la evidencia de que el MERCOSUR ha adoptado dicho criterio para regular los contratos internacionales pronunciándose, con las restricciones del caso, a favor de este instrumento que puede llegar a ser muy útil para promover el flujo de las transacciones internacionales¹²⁹. Lo mismo habían hecho, bastante tiempo atrás, los Estados miembros de la CE, al establecer como criterio básico para la determinación del juez competente en los asuntos de Derecho privado patrimonial la voluntad de las partes (arts. 17 y 18 CB), dejando a salvo unas pocas cuestiones consideradas como de competencia exclusiva (art. 16 CB) y resguardando la situación de los contratantes «débiles»¹³⁰. Actitud que fue posteriormente confirmada con el CR, al otorgar a los contratantes la potestad de determinar el Derecho aplicable a sus relaciones (art. 3),

¹²⁷ Por ejemplo, los Acuerdos de arbitraje, después de remitirse: a) a fin de rellenar las posibles lagunas, a las normas de procedimiento de la Comisión interamericana de Arbitraje Comercial y en última instancia a los principios y reglas de la Ley modelo sobre arbitraje de UNCITRAL (seguida muy de cerca por los Acuerdos); b) en lo relativo a medidas cautelares, al Protocolo elaborado en Ouro Preto; y, c) a los efectos de la ejecución del laudo arbitral, a la Convención de Panamá de 1975 (CIDIP I), al Protocolo de Las Leñas y a la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos (CIDIP II), establecen una cláusula de compatibilidad de carácter abierto (en la misma línea que el Protocolo de Las Leñas) que salvaguarda la aplicabilidad de las «disposiciones de las convenciones vigentes sobre la misma materia entre los Estados Partes, en tanto no la contradigan». Esta última referencia incorpora implícitamente en la lista de remisiones a la Convención de Nueva York de 1958, que además tiene carácter universal (art. I.3). Cf., sin embargo, M. B. NOODT TAQUELA, *op. cit.*, pp. 137-139.

¹²⁸ Ver F. K. JUENGER, «Contract Choice of Law in the Americas», *Am.J.Comp.L.*, 45, 1997, p. 195 («l'odestar of contract conflicts»); E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des Cours. Académie de droit international*, 251, 1995, pp. 148 («principe fondé sur les droits de l'homme»); O. LANDO, «Contracts», *Int.Enc.Comp.L.*, 3, p. 33.

¹²⁹ F. K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht/Boston/Londres, 1993, pp. 54-56 y 213-220 —centrado en *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 US 1 (1972)—. Ver en general el notable estudio comparativo de P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, 1999.

¹³⁰ Ver, en general, F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, París, 1995.

manteniendo también un campo de acción para las normas imperativas (art. 7) y las normas de protección (arts. 5 y 6)¹³¹.

En el MERCOSUR, el Protocolo de Buenos Aires autoriza a las partes a elegir, expresa o tácitamente, el juez o el árbitro ante el cual resolverán las eventuales disputas que se susciten en el transcurso de la relación contractual, abriendo las puertas para que las mismas escapen de las jurisdicciones nacionales eligiendo una jurisdicción extranjera o, incluso, una «jurisdicción» privada. El funcionamiento de esta última es regulado por los Acuerdos de Arbitraje de 1998. El Protocolo de Santa María de 1996 confirma el carácter general que tiene la regla de la autonomía de la voluntad en materia contractual, introduciendo una excepción para una cuestión particular: los contratos celebrados por consumidores. A pesar de ciertos requisitos que deben cumplirse para que un supuesto caiga en su ámbito de aplicación¹³², el Protocolo de Buenos Aires adopta un criterio de marcada flexibilidad para determinar la competencia de los jueces, cambiando así profundamente la actitud tradicional de los Estados mercosureños sobre el particular¹³³. Dicho Protocolo también establece que la jurisdicción asumida en aplicación de sus normas «garantiza» el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales en los otros Estados del MERCOSUR, en virtud de la aplicación del Protocolo de Las Leñas¹³⁴.

Desde que el Protocolo de Buenos Aires expresamente excluye de su ámbito de aplicación los contratos celebrados entre partes con diferente poder para determinar el contenido de los mismos (art. 2), es dable asumir que la autonomía de la voluntad está prohibida o, al menos, limitada en esos casos a causa de la protección que merece el contratante económicamente débil. Sin embargo, si no existen reglas específicas de competencia, la prohibición de elección de foro brinda sólo una solución parcial al problema. Existe una contradicción cuando, por un lado, se prohíbe la autonomía de las partes a raíz de las necesidades de protección especial que se detecta en varias materias y, por otro lado, para determinar el juez competente para decidir las controversias sobre dichas materias se deben aplicar las normas ordinarias sobre contratos que no hacen ninguna distinción al respecto. Por esta razón el Protocolo de Santa Ma-

¹³¹ Ver P. LAGARDE, «Les principes du droit international privé hier, aujourd'hui et demain», *Balance y perspectivas de una década. Cuartas Jornadas de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1995, pp. 15-33.

¹³² El artículo 1 determina el ámbito de aplicación espacial, en los siguientes términos: «El presente Protocolo se aplicará a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares —personas físicas o jurídicas—: a) Con domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción; b) Cuando por lo menos una de las partes del contrato tenga su domicilio o sede social en un Estado Parte del Tratado de Asunción y además se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de este Protocolo». Para la sumisión expresa, el Protocolo exige que el acuerdo sea «por escrito» y que «no haya sido obtenido en forma abusiva» (art. 4). Para que se configure la sumisión tácita, la voluntad del demandado debe manifestarse «en forma positiva y no ficta» (art. 6). Imagino que dicha «forma positiva» quedará cubierta cada vez que un demandado exteriorice claramente su voluntad de someterse al juez ante el cual ha sido demandado pese a no ser competente para entender en ese caso, mediante la contestación de dicha demanda.

¹³³ Ver F. K. JUENGER, «Contract...», *loc. cit.*, pp. 195-197.

¹³⁴ El artículo 20 del Protocolo de Las Leñas incluye entre los requisitos que debe cumplir una decisión extranjera para ser reconocida que el juez o árbitro que la ha dictado fuera competente según las normas del Estado requerido. El artículo 14 del Protocolo de Buenos Aires considera que este requisito queda solventado cuando se han aplicado sus normas de competencia. Ver, sin embargo, A. DREYZIN DE KLOR, *op. cit.*, pp. 486-487; M. B. NOODT TAQUELA, «Los acuerdos de elección de foro en el Protocolo de Buenos Aires de 1994», en *Mercosur. Balance y perspectivas*, Montevideo, 1996, p. 135.

ría debe ser bienvenido¹³⁵. En él se establece como regla general la competencia de los jueces del domicilio del consumidor (art. 4), pero permite a éste demandar ante otros jueces (art. 5)¹³⁶. A cambio de esto el Protocolo autoriza al proveedor, bajo ciertas restricciones, a participar en el proceso «a distancia», es decir, a desarrollar su actividad procesal ante los jueces de su propio domicilio (art. 9), los cuales se comunicarán con el juez competente a través de las «autoridades centrales»¹³⁷.

Por su parte, los Acuerdos de Arbitraje muestran la tendencia hacia la «privatización» de la solución de conflictos también en América del Sur¹³⁸. No estoy diciendo que esto sea saludable; me limito a hacer una constatación objetiva. Incluso puede argumentarse que los Acuerdos, según lo dispuesto en el artículo 10, refuerza tal tendencia al permitir a las partes y —en ausencia de elección por ellas— al árbitro la elección del derecho aplicable según el «derecho del comercio internacional»¹³⁹. Sin embargo, es lícito preguntarse acerca de la utilidad de estos Acuerdos, tomando en cuenta la cantidad de normas sobre arbitraje ya existentes en los Estados mercosureños¹⁴⁰, y acerca de las razones que llevaron a incluir varias reglas confusas en los mismos¹⁴¹.

Como se ha visto, el MERCOSUR ha centrado su producción normativa de DIPr a los aspectos procesales y de cooperación. Las normas de Derecho aplicable sólo se encuentran —mezcladas con las de competencia judicial internacional— en el Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados partes de 1996¹⁴². En principio, esta carencia de normas de Derecho aplicable no tendría por qué ser un problema. No obstante, en materia de

¹³⁵ No obstante, es de lamentar que el Protocolo de Santa María haya excluido «las relaciones de consumo derivadas de los contratos de transportes» (art. 1.2). A cambio, éstas tampoco están incluidas en el ámbito de aplicación del Protocolo de Buenos Aires (art. 2.7). Sobre esta cuestión, resulta muy ilustrativa la merecidamente criticada decisión de la Corte Suprema norteamericana en el caso *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 US 585 (1991). Ver P. J. BORCHERS, «Forum Selection Agreements in the Federal Courts After Carnival Cruise: A Proposal for Congressional Reform», *Wash.L.Rev.*, 67, 1992, p. 55. Ver también F. K. JUENGER, «Amerikanische Praxis und europäische Übereinkommen», *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Hamburgo, 1998, p. 301; P. J. BORCHERS, «Comparing Personal Jurisdiction in the United States and the European Community: Lessons for American Reform», *Am.J.Comp.L.*, 40, 1992, pp. 152-153.

¹³⁶ Éstos son: los del lugar de celebración del contrato, los del lugar de cumplimiento y los del domicilio del demandado.

¹³⁷ Ver J. SAMTLEBEN, «Das Internationale Prozess- und Privatrecht des MERCOSUR. Ein Überblick», *RabelsZ*, 63, 1999, pp. 52-53; M. A. CIURO CALDANI, «Comprensión jusfilosófica de la protección internacional del consumidor», *Jornadas Uruguayas-Santafesinas. 2.ª etapa*, Santa Fe, 1997, p. 132.

¹³⁸ Sobre el alcance de esta tendencia ver S. J. WARE, «Default Rules from Mandatory Rules. Privatizing Law Through Arbitration», *Minn. L. Rev.*, 83, 1999, p. 703.

¹³⁹ Al respecto, ver F. K. JUENGER, «The Need for a Comparative Approach to Choice-of-Law Problems», *Tul.L.Rev.*, 73, 1999, pp. 1329-1331. Ver también F. VISCHER, «The Relevance of the UNIDROIT Principles for Judges and Arbitrators in Disputes Arising out of International Contracts», *Eur. Journ.L.Ref.*, 1, 1999, p. 203.

¹⁴⁰ No obstante, ver M. B. NOODT TAQUELA, «Arbitraje internacional entre particulares en el MERCOSUR», *Jurisprudencia Argentina*, 1996-III, p. 710; R. B. SANTOS BELANDRO, «¿Nos encaminamos hacia una armonización de las legislaciones internas de los países del MERCOSUR en materia de arbitraje privado?», *El derecho procesal en el MERCOSUR*, Montevideo, 1997, p. 159.

¹⁴¹ Ver J. R. ALBORNOZ, «El arbitraje en el derecho internacional privado y en el MERCOSUR», *Rev. Cor.Esp.Arb.*, 1999 (en prensa). En el Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional celebrado en Mar del Plata en 1999, los profesores de DIPr decidieron por amplia mayoría solicitar una renegociación de los Acuerdos. Paradójicamente, Argentina ha sido el primer país en ratificarlos.

¹⁴² Ver J. SAMTLEBEN, «Das Internationale...», *loc. cit.*, pp. 56-58.

contratos internacionales sí lo es, ya que existe una flagrante contradicción entre las normas indirectas sobre contratos internacionales vigentes en los ordenamientos nacionales y los principios sobre los cuales descansa el sistema contractual del MERCOSUR. Aun cuando los problemas relativos a la jerarquía y a la aplicabilidad de las normas mercosureñas se solucionaran, seguiríamos asistiendo a la paradoja de que las partes en un contrato internacional podrían, según las normas antes comentadas, elegir el juez o el árbitro para dirimir sus controversias, pero no podrían designar el Derecho aplicable a las mismas porque el MERCOSUR no tiene reglamentada la cuestión y la interpretación común de las normas nacionales generalmente coincide en la prohibición de la autonomía de la voluntad¹⁴³.

Al día de hoy, Argentina es el único de los Estados del MERCOSUR que admite —con ciertas restricciones— que las partes son libres para elegir tanto el juez competente como el Derecho aplicable¹⁴⁴. En el ordenamiento jurídico brasileño ninguna norma garantiza dicha posibilidad. De un lado, buena parte de la doctrina se ha esforzado en subrayar los beneficios de la autonomía de la voluntad y un proyecto sobre aplicación de las normas jurídicas de 1995 la admitía¹⁴⁵; de otro lado, sin embargo, el rechazo de dicho criterio en el sistema vigente parece claro¹⁴⁶. El artículo 3 del Código Procesal Civil paraguayo prohíbe expresamente la prórroga de jurisdicción en favor de jueces extranjeros, excepto cuando es admitida por leyes especiales¹⁴⁷. A pesar de alguna opinión en contrario¹⁴⁸, la elección del derecho resulta igualmente excluida¹⁴⁹. Uruguay, finalmente, es el país más restrictivo en este sentido. El artículo 2.403 del Apéndice del título final del Código Civil prohíbe claramente el ejercicio de la autonomía de la voluntad, salvo que el derecho aplicable establezca lo contrario¹⁵⁰. La doctrina y la jurisprudencia uruguaya han estado tradicionalmente en contra de la autonomía de la voluntad¹⁵¹. No obstante ello, parece observarse un sutil cambio de actitud últimamente¹⁵².

¹⁴³ La referencia a las normas «nacionales» abarca también a las convenciones vigentes en los Estados mercosureños, especialmente los Tratados de Montevideo de 1939-1940.

¹⁴⁴ En realidad, el ordenamiento argentino cuenta sólo con una norma que consagra la prórroga de jurisdicción (art. 1 del Código Procesal Civil de la Nación), careciendo de normas que admitan la elección del Derecho aplicable. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en admitirla. Ver A. BOGGIANO, *Contratos internacionales*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1995, pp. 23-24; A. URIONDO DE MARTINOLI, «Autonomía de la voluntad en el MERCOSUR y en los países asociados», *Anuario IHLADI*, 14, 1999, pp. 400-401.

¹⁴⁵ Ver J. SAMTLEBEN, «Das Internationale...», *loc. cit.*, p. 59 y nota 379.

¹⁴⁶ Ver en general N. DE ARAUJO, *Contratos internacionais*, Río de Janeiro, 1997. Ver también J. GRANDINO RODAS, «Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro, relativamente as obrigações contratuais», en J. GRANDINO RODAS (ed.), *Contratos internacionais*, 2.^a ed., São Paulo, 1995, p. 44. Además, el Gobierno de Brasil ha rechazado la existencia de la autonomía de la voluntad en su respuesta al cuestionario de la OEA sobre contratos internacionales. Ver M. B. NOODT TAQUELA, «Los acuerdos...», *loc. cit.*, p. 137; A. URIONDO DE MARTINOLI, *loc. cit.*, pp. 394 y 400.

¹⁴⁷ Ver R. SILVA ALONSO, *Derecho Internacional Privado*, 5.^a ed., 1999, pp. 279-280.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 274.

¹⁴⁹ Ver la opinión de J. SAMTLEBEN, «Das Internationale...», *loc. cit.*, p. 59 y nota 376.

¹⁵⁰ Artículo 2.403: «Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este título, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes. Ésta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente.»

¹⁵¹ Ver en general C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, 1991. Ver también Q. ALFONSÍN, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, 1950, pp. 13-27; R. B. SANTOS BELANDRO, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, 1996, pp. 51-54.

¹⁵² Ver D. OPERTTI BADÁN, «La CIDIP V: una visión en perspectiva», *Rev. Urug. DIPr*, 1, 1996, pp. 28-35.

Esta brevísima descripción del tratamiento de la autonomía de las partes en los ordenamientos estatales del MERCOSUR ofrece un panorama de las diferentes posiciones al respecto. Pero como Argentina, Paraguay y Uruguay son partes en los Tratados de Montevideo de 1939-1940, que también tratan el tema de la autonomía de la voluntad, tal panorama sólo tiene interés en lo que se refiere a Brasil. En efecto, el artículo 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 rechaza, como lo hace el señalado Apéndice uruguayo, la autonomía de la voluntad, tanto en competencia como en derecho aplicable, salvo que la ley aplicable prevea su admisión. Así, en principio, la autonomía sólo sería respetada si la ley aplicable es la argentina¹⁵³. Debe señalarse, sin embargo, que el artículo 56.3 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 permite la elección tácita del juez competente, es decir, la que se configura por la comparecencia del demandado ante un juez carente de jurisdicción sin objetar dicha carencia.

Obviamente, los Estados del MERCOSUR podrían mantener, si así lo desean, un régimen dual sobre autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, liberal en el marco de la integración y restrictivo para todos los demás casos. De esta manera, en otras palabras, la autonomía de las partes sería exclusivamente admitida para los contratos intra-MERCOSUR. Tengo mis dudas acerca de los beneficios de ese esquizofrénico sistema, especialmente desde que todos los Estados mercosureños han participado en la elaboración de la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994. Además, los cuatro han ratificado la Convención interamericana sobre arbitraje de 1975¹⁵⁴, y no es raro que ellos muestren actitudes positivas frente a reglas «liberales» sobre contratos internacionales¹⁵⁵. En este contexto, parece más razonable y apropiado aceptar la autonomía de la voluntad como regla general, con las debidas restricciones para proteger a las partes económicamente débiles. Lógicamente, siempre seguiría existiendo, para los casos en los que resultara necesario y adecuado, el recurso a las normas materiales imperativas y al orden público. Aceptar la autonomía de las partes sólo en los contratos intra-MERCOSUR podría significar un obstáculo para los contratos celebrados entre personas del MERCOSUR y «extranjeras», lo cual no parece muy recomendable para un proceso de integración necesitado de relaciones comerciales fluidas con otros países y regiones. Dependiendo del camino que sigan las autoridades mercosureñas se podrá saber si asistimos al fin de una era en la reglamentación de los contratos internacionales en la subregión o, si por el contrario, se repite la historia del caballo de Troya¹⁵⁶. En efecto, la consagración de la autonomía de la voluntad como regla general del sistema contractual del MERCOSUR marcaría el final de la resistencia contra este criterio, al menos, para los casos exclusivamente vinculados con el MERCOSUR. Al mismo tiempo, si todos los Estados mercosureños

¹⁵³ Ver A. BOGGIANO, *op. cit.*, p. 18.

¹⁵⁴ Como ya he dicho, Argentina, Paraguay y Uruguay han ratificado también la Convención de Nueva York de 1958. Ver C. FRESNEDO DE AGUIRRE, «La Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York, 1958: análisis de la jurisprudencia uruguayo», *Rev. Urug. DIPr*, 3, 1999, p. 141.

¹⁵⁵ Por ejemplo, Brasil ha aprobado una ley de arbitraje en 1996 y Uruguay ha ratificado la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980. Ver R. B. SANTOS BELANDRO, «Uruguay ratifica la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías», *Rev. Urug. DIPr*, 3, 1999, pp. 13 ss.

¹⁵⁶ Tal es el título del trabajo preparado para el Homenaje a Friedrich K. JUENGER (en prensa): «International Contract Rules in MERCOSUR: End of an Era of Trojan Horse?».

ratican el Protocolo de Buenos Aires¹⁵⁷ y el Acuerdo de Arbitraje, introducirían tal criterio en los respectivos ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, partiendo de otra perspectiva, es evidente que el reconocimiento de la autonomía de la voluntad está lejos de ser admitido pacíficamente. Desde tal posición, el «regalo» del nuevo sistema de integración subregional podría significar un caballo de Troya, que escondería en su seno un enemigo peligroso. Los respetables argumentos en tal sentido están profundamente enraizados, al menos indirectamente, en razones históricas, políticas y económicas. Creo que los mismos no encajan bien en un contexto de integración y que en la hora actual se hace preciso encontrar otros argumentos para justificar la hostilidad contra la autonomía de la voluntad. Quede claro que está fuera de toda discusión el derecho que asiste a cada Estado de prohibir o limitar la autonomía de las partes en los contratos internacionales y en cualquier otra materia. Es una cuestión de política legislativa cuya definición corresponde a cada Estado. Pero, sin entrar a discutir los argumentos tradicionalmente usados en contra de la admisión de la autonomía, quiero insistir en la falta de coherencia que tal actitud encierra en el marco del actual sistema de contratos del MERCOSUR. En la medida en que el MERCOSUR ya ha establecido que la autonomía de la voluntad es la regla básica del sistema de DIPr en materia de contratos internacionales, y que, por definición, todas las normas mercosureñas se adoptan por consenso, negar la autonomía en dicho ámbito resulta harto contradictorio. A punto tal que, o se revisa dicha actitud o se modifican todas las normas del MERCOSUR sobre contratos.

En idéntico sentido, debe tenerse en cuenta que todos los Estados mercosureños han reconocido el arbitraje comercial internacional como un mecanismo idóneo para la solución de controversias privadas. De este modo, han aceptado que las partes en un contrato internacional pueden someter sus disputas a particulares en lugar de a las jurisdicciones nacionales. Ese árbitro o tribunal arbitral debe aplicar las reglas elegidas por las partes contratantes y, si éstas no eligen ninguna, la decisión arbitral dependerá de lo que establezca el sistema de arbitraje que resulte aplicable al caso. Algunos de éstos se remiten al sistema de DIPr y otros conceden a los árbitros la facultad de aplicar las normas sustantivas que consideren más apropiadas¹⁵⁸. Si esta máxima expresión de la autonomía de la voluntad ha sido aceptada para contratos vinculados con cualquier país, es incomprensible que siga habiendo tantas reticencias frente a la autonomía, incluso para contratos que sólo estén vinculados con Estados mercosureños. En este ámbito espacial concreto, la contradicción es chocante. Por un lado, de acuerdo con el sistema pergeñado por el MERCOSUR, las partes en un contrato internacional pueden evitar la intervención de los jueces estatales recurriendo al arbitraje. En tal caso, el mencionado artículo 10 del Acuerdo de arbitraje de 1998 prevé la aplicación del Derecho del comercio internacional para solucionar la controversia¹⁵⁹. Por otro lado, sin embargo, según lo dispuesto en los or-

¹⁵⁷ Uruguay todavía no lo ha hecho, a pesar de la consabida «obligatoriedad» de la normativa mercosureña.

¹⁵⁸ Ver F. K. JUENGER, «Contract...», *loc. cit.*, pp. 201-203.

¹⁵⁹ Existe una vieja discusión acerca de si un árbitro puede aplicar la *lex mercatoria* cuando las partes no han elegido ningún derecho. El artículo 10 de los Acuerdos de arbitraje parece dar una respuesta a tal cuestión. Ver F. VISCHER, *loc. cit.*, pp. 206-209; A. V. VILLA, «La "ley aplicable" por los árbitros al fondo de la cuestión sometida a arbitraje, en el Reglamento de Procedimientos de CIAC», *Rev. Der. MERCOSUR*, núm. 4, 3, 1999, pp. 109-114.

denamientos estatales —salvo en el argentino—, las partes no pueden elegir ni siquiera un Derecho nacional y el juez decidirá siempre de acuerdo con lo previsto en sus normas de DIPr.

IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

1. Los sistemas de integración del MERCOSUR y la UE difieren esencialmente en tres ámbitos concretos: en la definición de la dimensión jurídica general de la integración, en el grado de desarrollo de su dimensión económico-comercial, y en la coherencia de las soluciones adoptadas dentro de su dimensión jurídica particular atinente a las relaciones privadas internacionales. No todas las diferencias existentes son consecuencias insoslayables de la adopción de esquemas básicos de integración diferentes.

2. La integración, cualquiera que sea el modelo que se elija para alcanzarla, no borra los problemas ni los conflictos de intereses entre los Estados que forman parte de ella. Para que la misma pueda subsistir y alcanzar sus fines últimos con un mínimo de estabilidad y fluidez, se necesitan reglas de juego claras y exigibles, voluntad de cumplirlas, mecanismos apropiados para la solución de conflictos públicos y privados, y tiempo.

3. La configuración de la libre circulación de mercancías en la CE, que ha necesitado de cientos de sentencias del TJCE para llegar a la conclusión de que no todas las disposiciones adoptadas por los Estados miembros son potencialmente obstáculos a la integración prohibidos por el Derecho comunitario, no resulta un modelo solvente ni efectivo para ningún otro sistema de integración.

4. El mercado (¿algún día común?) mercosureño, cualquiera que sea el modelo concreto que se elija, nunca funcionará adecuadamente si los Estados se empeñan en mantener comportamientos unilaterales en las cuestiones referidas a la integración. Es absolutamente disparatado que países que se han obligado mutuamente a establecer un mercado común sigan sin definir el marco de sus intercambios recíprocos y sin tener una política comercial única respecto de otros Estados o bloques.

5. Los órganos encargados de la elaboración de normas de DIPr, dentro de cada sistema de integración, deberían siempre tener en cuenta, como mínimo que: 1) las normas que dictan deben estar, por definición, destinadas a facilitar, afianzar o profundizar la integración; 2) tanto las situaciones como las normas de DIPr son particularmente complejas y, por lo tanto, exigen mucha reflexión previa si no se quiere dar a los operadores jurídicos una tarea penosa; 3) en los Estados que participan de la integración ya existen —y se siguen elaborando— muchas reglas de DIPr, autómatas y convencionales, y es importante que las normas de integración puedan funcionar armónicamente con ellas; 4) existen unos principios vinculantes que condicionan totalmente la actividad de los Estados miembros (primacía, efecto directo, responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario, en el caso europeo) o las Constituciones nacionales no establecen un régimen homogéneo acerca de la posición del Derecho de integración en el ordenamiento estatal (caso mercosureño).

6. La autonomía de la voluntad puede llegar a ser un instrumento útil en la integración, en cuanto a su carácter facilitador de las transacciones. Pero su adopción no debe significar un menoscabo de determinados valores presentes en los ordena-

mientos, tales como la protección de los trabajadores, de los consumidores o, en general, de cualquier contratante débil.

7. El MERCOSUR ya ha adoptado claramente este criterio regulador en el ámbito jurisdiccional y arbitral. Una exigencia de coherencia mínima impone hacer lo mismo en el sector del Derecho aplicable, al menos para las relaciones privadas internacionales exclusivamente vinculadas con Estados mercosureños.