

2017 - 3

Contratos comerciales

Dirección

Héctor Alegria
Jorge Mosset Iturraspe

Dirección ejecutiva

Julio César Rivera

Consejo de redacción

Alberto J. Bueres
Elena I. Highton
Aída Kemelmajer de Carlucci
Ricardo Luis Lorenzetti
Horacio Roitman
Eduardo A. Zannoni

Secretario de redacción

Miguel A. Piedecasas

♦ **Jurisprudencia civil y comercial** *Comentarios críticos*

- ♦ Parte General
- ♦ Obligaciones
- ♦ Contratos
- ♦ Derechos Reales
- ♦ Familia
- ♦ Sucesiones
- ♦ Concursos y Seguros
- ♦ Sociedades
- ♦ Derecho Cambiario
- ♦ Derechos Humanos
- ♦ Derecho Internacional Privado
- ♦ Derecho extranjero

♦ **Mercosur**



RUBINZAL - CULZONI
EDITORES

Revista de Derecho Privado y Comunitario 2017-3 / Horacio Roitman ... [et al.] ; dirigido por Héctor Alegria ; Jorge Mosset Iturraspe. - 1ª ed. revisada. - Santa Fe : Rubin-
zal-Culzoni, 2017.

904 p. ; 23 x 16 cm. - (Revista de Derecho Privado y Comuni-
tario / Héctor Eduardo Alegria ; Jorge Mosset Iturraspe)

ISBN 978-987-30-0843-6

1. Derecho Civil. I. Roitman, Horacio II. Alegria, Héctor,
dir. III. Mosset Iturraspe, Jorge, dir.

CDD 346

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

PRINCIPIOS DE LA HAYA: ¡AL FIN UNA SOLUCIÓN UNIVERSAL PARA PROBLEMAS DE DERECHO APLICABLE A LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL!

por **JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ***

SUMARIO: I. Introducción. II. Un poco de historia. III. Los contratos internacionales y la labor codificadora de la Organización de los Estados Americanos. IV. ¡Al fin una solución universal! Los Principios de La Haya. A. Antecedentes. B. El documento resultante. C. Los Principios de La Haya en acción. V. Algunos rasgos resaltantes de los Principios de La Haya. A. Aplicación a vinculaciones comerciales. B. Internacionalidad del contrato. C. Exclusiones. D. Autonomía de la voluntad. E. Derivaciones de la autonomía de la voluntad. 1. *Dépeçage* o fraccionamiento legislativo. 2. Cambio voluntario del punto de conexión. 3. Ausencia de conexión. 4. Admisión del derecho no estatal en los Principios de La Haya. 5. Elección expresa o tácita. 6. Validez formal de la elección del derecho. 7. Acuerdo sobre la elección del derecho. 8. Separabilidad de la cláusula de elección del derecho. 9. Exclusión del reenvío. 10. El problema de la batalla de formularios. 11. Alcance de aplicación del derecho. 12. Cesión de créditos. 13. Orden público. VI. Conclusión.

I. Introducción

¡Vergüenza! El comercio internacional gira en torno a los contratos

* LL. M. Harvard, 1993. Miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado con relación a los Principios de La Haya. Autor de la ley paraguaya de contratos internacionales. Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Miembro de Comités de Anulación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Miembro del Consejo de Gobierno del Unidroit y presidente del Grupo de Trabajo de Contratos de Inversión en Tierras Agrícolas ante dicho organismo. Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos. Anterior Presidente de la Asociación Americana sobre Derecho Internacional Privado. Profesor en varias universidades, entre ellas, Heidelberg y París II. www.jmoreno.info.

que, precisamente, lo hace viable. Resulta, pues, inadmisibles que el fenómeno de la contratación internacional, y particularmente del Derecho que la rige, hasta hoy no haya recibido una respuesta jurídica satisfactoria en gran parte de los países del orbe.

Luego de un breve repaso histórico y comparativo, esta contribución pondrá particular énfasis en un documento aprobado recientemente en La Haya, que abre un auspicioso derrotero en favor de días mejores que dejen atrás la extendida falencia en la materia.

II. Un poco de historia

Movimientos nacionalistas en Europa y las Américas frenaron la idea de un derecho universal, alejándose del *ius commune* y la *lex mercatoria* que se habían consolidado en tiempos medievales. A lo largo de las jurisdicciones con tradición civilista, las naciones-estados sancionaron códigos civiles y comerciales, mientras que países de tradición anglosajona desarrollaron su derecho autóctono en base a precedentes jurisprudenciales. Esto, a su vez, ha dado un peculiar impulso al Derecho Internacional Privado, como una disciplina destinada a resolver el rompecabezas del “conflicto de leyes” —o conflictualismo—, en tiempos en que las soluciones nacionales que buscaban abordar el problema resultaron alarmantemente contradictorias¹. “Lugar de ejecución”, “lugar de cumplimiento” y otras fórmulas fueron, por ejemplo, propuestas para resolver temas referentes al derecho aplicable a un contrato internacional.

El jurista alemán Savigny ha sido muy influyente, hacia mediados del siglo XIX, con su idea de unificar estas fórmulas en un tratado internacional que vinculara a todas las naciones que lo ratificaran². Esta propuesta condujo a la inauguración de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 1893, bajo el liderazgo del

¹ De hecho, la disciplina se potencia y erige como rama independiente sólo desde el siglo XIX (KEGEL, G., *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter 3, *Fundamental Approaches*, J. C. B. Mohr [P. Siebeck], Tübingen and Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986, p. 5).

² SAVIGNY, M. F. C., *Sistema de Derecho Romano actual*, 2ª ed., Centro Editorial de Góngora, Madrid, t. 6, p. 137.

jurista holandés Asser³. Sin embargo –como se expondrá enseguida–, más de cien años transcurrirían para que la Conferencia de La Haya pasara a ocuparse del derecho aplicable en contratos internacionales.

Mientras tanto, las Américas tomaron la delantera. Uno de los Tratados de Montevideo de 1889, firmados en esa misma ciudad (el de Derecho Civil Internacional), específicamente aborda la cuestión de elección del derecho aplicable, aunque adoptando soluciones altamente controversiales en cuanto a la ausencia de elección, y guardando silencio con relación a la autonomía de las partes⁴. Estos antiguos Tratados de Montevideo siguen siendo aplicables en Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

En 1940, nuevos tratados fueron firmados en Montevideo (ratificados sólo por Argentina, Paraguay y Uruguay) que reafirmaron las antiguas soluciones con respecto a la ausencia de elección del derecho aplicable y una regla general –con excepciones– de la aplicabilidad del derecho del lugar de cumplimiento. Además, estos siguientes tratados dispusieron que cada Estado debería determinar por su cuenta la aceptación –o no– del principio de autonomía de las partes, una cuestión que, ante la ausencia de provisiones claras a ese efecto en legislaciones domésticas, se tornó muy controvertida en Brasil⁵, Paraguay⁶ y Uruguay⁷.

³ En 1881 el jurista y político italiano Mancini intentó llevar adelante una conferencia de Derecho Internacional Privado, que no se realizó. La iniciativa fue retomada por el flamenco Asser, bajo cuya influencia el gobierno de su país invitó en 1892 a principales Estados europeos a una conferencia para acordar codificación internacional de conflictos de leyes (WOLF, M., *Derecho Internacional Privado*, trad. española de la 2ª ed. inglesa por Antonio Marín López, Bosch, Barcelona, 1958, p. 44). Tal constituye la génesis de la Conferencia de Derecho Internacional Privado.

⁴ Sobre las críticas, ver, por ejemplo, en HARGAIN, D. y MIHALI, G., *Régimen jurídico de la contratación mercantil internacional en el Mercosur*, Julio César Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires, 1993, ps. 31 y 39. Sobre el problema de la autonomía de la voluntad en los Tratados de 1889, ver en SANTOS BELANDRO, R., *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, 2ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, ps. 55-56.

⁵ DE ARAÚJO, N., *Contratos internacionais*, 2ª ed., Librería e Editora Renovar Ltda., Río de Janeiro, 2000, ps. 320-324.

⁶ Ver mi artículo sobre la *Autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado paraguayo*, en el *Libro Homenaje a Tatiana Maekelt*, CEDEP, Asunción, 2010, ps. 409 y ss.

⁷ Puede verse un amplio recuento en FRESNEDO DE AGUIRRE, C., *La autonomía*

Muchos otros Estados en el continente, como Brasil, Chile y Venezuela, no han incorporado los Tratados de Montevideo. En cambio, ratificaron el llamado “Código Bustamante” de 1928, que fue adoptado como resultado de la Sexta Conferencia Panamericana desarrollada en La Habana, Cuba, en 1928. Este Código, que regula varias cuestiones de Derecho Internacional Privado, entre ellas el derecho aplicable a la contratación internacional, ofrece una solución distinta ante la ausencia de elección del derecho aplicable, a saber, la aplicabilidad del derecho del lugar de ejecución. Por lo demás, el instrumento ha levantado muchos interrogantes con relación a si consagra o no la autonomía de las partes⁸.

III. Los contratos internacionales y la labor codificadora de la Organización de los Estados Americanos

Para mediados del siglo XX, existía un sentimiento generalizado de que los documentos mencionados, adoptados en las Américas, resultaban insatisfactorios, primero, debido a las soluciones cuestionables que proponían, y segundo, en atención a las divergencias entre los mismos. Para empeorar la situación, algunos Estados americanos –notablemente, aquellos de tradición anglosajona– no habían ratificado ninguno de estos instrumentos.

El establecimiento de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1948 generó fuertes esperanzas de que la situación fuese finalmente resuelta. Tras cuidadosas evaluaciones, la OEA decidió en

de la voluntad en la contratación internacional, FCU, Montevideo, 1991. Actualmente, existe un giro importante en este tema, analizado en perspectiva más amplia en el siguiente excelente trabajo: OPERTTI BADÁN, D., *El Derecho Internacional Privado en tiempos de globalización*, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Año VI, N° 6, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005.

⁸ Queda abierto hasta hoy el debate a este respecto, aunque no caben dudas de que en el Código Bustamante sí se admite la autonomía para designar expresa o tácitamente al juez competente para dirimir controversias, en tanto al menos uno de los litigantes tenga nacionalidad o domicilio en el país y en cuanto no exista un “derecho local contrario” (FERNÁNDEZ ARROYO, D. P., *Acerca de la necesidad y las posibilidades de una convención interamericana sobre competencia judicial en casos de Derecho Internacional Privado*, en “*Liber amicorum*” en homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán, FCU, Montevideo, 2005, ps. 120-121).

contra de la idea de elaborar un código general como el de Bustamante, y, en su lugar, optó por trabajar hacia la codificación gradual de temas particulares en el ámbito de Derecho Internacional Privado⁹. Esta idea empezó a convertirse en una realidad en 1975 con la primera Conferencia Especializada Inter-Americana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), que fue convocada para adoptar ciertos instrumentos en temas como arbitraje y otros de Derecho Comercial y Procesal Internacional. Hasta la fecha, siete CIDIP han sido llevadas a cabo, las que han resultado en la adopción de 26 instrumentos internacionales (incluyendo convenciones, protocolos, documentos uniformes y leyes modelo)¹⁰.

Recién en la CIDIP V, llevada a cabo en la Ciudad de México en el año 1994, se abordó la cuestión de la elección del derecho aplicable en los contratos internacionales. El instrumento resultante fue la *Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los Contratos Internacionales*, conocida comúnmente como la “Convención de México”. Allí claramente se reconoce la autonomía de las partes (art. 7º) y, en ausencia de elección, se prevé la fórmula del “vínculo más estrecho” (art. 9º), la cual puede llevar tanto a la aplicación del Derecho nacional o del Derecho no estatal –como lo serían principios del Derecho Comercial Internacional¹¹–. En todo caso, haya habido o no

⁹ Ver, por ejemplo, en ARRIHI, J-M., *El proceso actual de elaboración de normas Interamericanas*, en *Jornadas de Derecho Internacional*, Córdoba, organizadas por la Universidad Nacional de Córdoba y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington D. C., 2001; VILLALTA, E., *El Derecho Internacional Privado en el Continente Americano*, en *Los servicios en el Derecho Internacional Privado*, ASADIP y Programa de Pos-Graduação em Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, 2014, ps. 23 y ss.

¹⁰ Ver en: http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_conferencias.htm.

¹¹ Así lo entendió Juenger, delegado de los Estados Unidos en las deliberaciones conducentes a la Convención de México. JUENGER, F. K., *The Lex Mercatoria and Private International Law*, en 60 *Louisiana Law Review*, 2000, ps. 1133-1148. La relevancia de esta opinión la resalta Siqueiros, redactor del proyecto de dicho instrumento, pues Juenger fue quien propuso la fórmula recogida en este artículo luego de un arduo debate y a modo de compromiso. SIQUEIROS, J. L., *Los Principios de Unidroit y la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales*, en *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre*

elección, el instrumento interamericano dispone que el Derecho no estatal debe ser tomado en consideración si la justicia o la equidad así lo requieren, lo que está expresado en otras palabras en el instrumento¹².

La modernidad de las soluciones de la Convención de México ha sido muy aplaudida¹³, considerándosela una trascendente reforma normativa¹⁴, que debe merecer ratificaciones o incorporarse por otras vías a los derechos internos de los países¹⁵. Sin embargo, el documento sólo fue ratificado por México y Venezuela¹⁶. Ello obedece en parte

los contratos comerciales internacionales del Unidroit, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998, p. 223. Con respecto a una norma similar incluida en la ley venezolana de Derecho Internacional Privado, la Suprema Corte de Venezuela ha sentado que la fórmula de la conexión más cercana lleva a la *lex mercatoria*, que se encuentra conformada por costumbres comerciales y prácticas. “Banque Artesia Nederland, N. V. vs. Corp Banca, Banco Universal CA” (Exp. 2014-000257), de 2014 (ver en www.unilex.info).

¹² El artículo 10 de la Convención de México dispone: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, los usos de comercio y los principios de la contratación preponderantes en el Derecho Comparado, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

¹³ Ver HERBERT, R., *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, en RUDIP, Año 1, N° 1, p. 45. Ver también la evaluación hecha en el artículo de DREYZIN DE KLOR, A. y SARACHO, T., *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, La Ley, Buenos Aires, 1995.

¹⁴ Ver TÁLICE, J., *La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el Derecho Internacional Privado Uruguayo*, en “*Liber Amicorum*” en homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán cit., ps. 560-561.

¹⁵ Así se ha expresado, por ejemplo, en la resolución del XIII Congreso (Quito, 2004) del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Órgano Consultivo de Naciones Unidas según resolución del Consejo Económico y Social de 1964 (<http://www.ihladi.org/RESOLUCIONES.html>).

¹⁶ Cabe destacar que la convención reviste el carácter de “cerrada”, pues su observancia se dirige sólo a los Estados ratificantes (art. 1.2), pero a la vez es “universal”, en el sentido de que se aplicará aun cuando el Derecho designado por ella sea el de un Estado no parte (art. 2°). Tal es la interpretación de Fernández Arroyo, que comparte NOODT TAQUELA, M. B., *Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños*, en FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavallía, Buenos Aires, 2003, p. 997. La Convención está abierta a otros Estados, no miembros de la OEA, que deseen ratificarla (art. 27).

a la falta de información en cuanto a su contenido y con respecto a las modalidades bajo las cuales las soluciones de esta convención podrían ser recibidas en los países del continente¹⁷. Por ejemplo, no necesariamente debe ratificarse el tratado, sino sus disposiciones pueden, en vez, ser transcriptas en un texto legislativo interno¹⁸.

El instrumento europeo en este tema, conocido como el Convenio de Roma de 1980¹⁹, ha gozado de un destino distinto. Este documento fue adoptado por varios Estados europeos y, en 2008, fue convertido en Reglamento Comunitario 593 de 2008 (llamado “Roma I”), lo que lo hizo aplicable –inicialmente con algunas excepciones– a toda la Unión Europea. El Convenio de Roma –así como la Convención de México– resuelve la cuestión en favor de la autonomía de las partes. Lamentablemente, incluye soluciones criticadas que favorecen el lugar de la prestación característica ante la ausencia de elección²⁰, y además descarta la aplicabilidad del Derecho no estatal²¹.

¹⁷ HERNÁNDEZ-BRETÓN, E., *La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina*, en DeCITA 9, *Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades*, CEDEP, Asunción, 2008, p. 170.

¹⁸ E. Hernández-Bretón (nota 181), p. 186. Venezuela aun fue por otro camino: incorporó los principios informadores de la Convención de México en su Ley de Derecho Internacional Privado de 1998, con lo que ellos tienen aplicación residual. Vale decir, no se copió literalmente el instrumento convencional, sino se lo tomó como base para la regulación interna en materia de contratos internacionales. A la vez, las disposiciones no incorporadas textualmente, o recogidas en sus principios, se servirán del contenido íntegro de los demás preceptos de la Convención de México a fin de interpretar su sentido o complementar a las reglas recogidas en la legislación autónoma. E. Hernández-Bretón (nota 181), p. 187. Sobre las soluciones de la ley venezolana, puede consultarse la siguiente obra reciente: DE MAEKELT, T. B.; RESENDE, C. y ESIS VILLARROEL, I., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, ts. I y II. En particular, en el tomo II, los trabajos de OCHOA MUÑOZ, J. y ROMERO, F., *Sobre el derecho aplicable a la contratación internacional y la “lex mercatoria”*, ps. 739-832.

¹⁹ Su denominación es “Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales”.

²⁰ Ver BERMANN, G. A., *Rome I: A Comparative View*, en FERRARI, F. y LEIBLE, S. (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, München, 2009, p. 350.

²¹ Ver críticas a esto en BONELL, M. J., *El reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”). Es decir, una ocasión*

El Convenio de Roma se tornó relevante no sólo por su adopción por el bloque europeo, sino también debido a su influencia en el proyecto de elaboración de la Convención de México en las Américas y, más recientemente, en la preparación de un instrumento que aborda la cuestión a una escala global.

IV. ¡Al fin una solución universal! Los Principios de La Haya

A. Antecedentes

Convocada por primera vez hacia fines del siglo XIX, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado constituye desde 1955 un organismo intergubernamental con asiento en dicha ciudad, y es en la actualidad la organización de –indudablemente– mayor prestigio en la materia. Conformada por unos ochenta Estados más la Unión Europea, tiene como objetivos la codificación parcial y gradual de Derecho Internacional Privado y el establecimiento de mecanismos de cooperación judicial internacional²².

Pues bien, la buena recepción que tuvo el Convenio de Roma llevó a la Conferencia de La Haya a encarar estudios de viabilidad a inicios de la década de 1980 sobre la posibilidad de adoptar un instrumento similar a escala global²³. El proyecto fue, sin embargo, desechado²⁴, por entenderse inviable una convención que regulara este tema, dado lo dificultoso de su posible negociación y sobre todo de su eventual ratificación ulterior por un importante número de países.

La idea es retomada en el seno de la Conferencia de La Haya hacia mediados de la década pasada. Se decidió entonces encarar dos estudios preliminares, en 2006 y 2007, que analizaran los instrumentos existentes

perdida, en BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. y MORENO RODRÍGUEZ, J. A. (dirs.), *Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*, CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010.

²² Ver en www.hcch.net.

²³ Ver en PERTEGÁS, M. y RADIC, I., *Elección de la ley aplicable a los contratos del comercio internacional. ¿Principios de La Haya?*, en *Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional* cit., ps. 341 y ss.

²⁴ Acta N° 2 de la Primera Comisión, Oficina Permanente de la Conferencia (ed.), *Actas y Documentos de la Decimoquinta Sesión*, La Haya, 1986, t. I, ps. 199-200. Citan estos trabajos PERTEGÁS y RADIC, citados en la nota 23, p. 343.

y que evaluarán la viabilidad de un trabajo de esta naturaleza en el contexto de la contratación internacional²⁵. Ello ha llevado a conclusiones y recomendaciones formuladas en los años 2008²⁶ y 2009²⁷, resolviéndose, como consecuencia, la elaboración de un instrumento no vinculante, es decir, de “derecho blando”, que tuviera como objetivo fundamental promover la autonomía de la voluntad como criterio para la selección del derecho aplicable.

Para dicho efecto, también en el año 2009 se creó, para su elaboración, un Grupo de Trabajo de quince expertos²⁸, además de observadores de instituciones públicas y privadas como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral), el Instituto de Roma (Unidroit), la Cámara de Comercio Internacional

²⁵ Los estudios hechos fueron: *Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts. Report on Work Carried Out and Preliminary Conclusions, Note prepared by the Permanent Bureau*, Preliminary Document N° 22 A of March 2007: http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22a2007e.pdf; *Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts. Overview and Analysis of Existing Instruments. Note prepared by Thalia Kruger for the Permanent Bureau*, Preliminary Document N° 22 B of March 2007: http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22b2007e.pdf; *Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts. Special Focus on International Arbitration. Note prepared by Ivana Radic*, Legal Officer, Preliminary Document N° 22 C of March 2007: http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22c2007e.pdf.

²⁶ Ver Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo: http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl08s.pdf.

²⁷ Ver Conclusiones y Recomendaciones: http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_conc109s.pdf. Precedió a esta decisión otro estudio de viabilidad sobre la elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales.

²⁸ N. B. Cohen (Estados Unidos); The Hon. Justice Clyde CROFT (Australia); S. E. Darankoum (Canadá); A. Dickinson (Australia); A. S. El Kosheri (Egipto); B. Fauvarque-Cosson (Francia); L. G. E. Souza Jr. (Brasil); F. J. Garcimartín Alférez (España); D. Girsberger (Suiza); Y. Guo (China); M. E. Koppenol-Laforce (Países Bajos); D. Martiny (Alemania); C. McLachlan (Nueva Zelanda); J. A. Moreno Rodríguez (Paraguay); J. L. Neels (Sudáfrica); Y. Nishitani (Japón); R. F. Oppong (Reino Unido); G. Saumier (Canadá) e I. Zykin (Rusia). Como observadores se designó a los siguientes miembros: M. J. Bonell (Unidroit); F. Bortolotti (Cámara de Comercio Internacional); T. Lemay (Uncitral); F. Mazza (Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional); K. Reichert (International Bar Association) y P. Werner (International Swaps and Derivatives Association). Más adelante se sumaron al Grupo de Trabajo T. Kadner Graziano (Suiza) y S. Symeonides (Chipre), este último de dilatada trayectoria en el Derecho norteamericano.

y otras. Luego, el Consejo de Asuntos Generales de la Conferencia de La Haya decidió establecer una Comisión Especial –una conferencia diplomática con más de cien delegaciones nacionales y observadores– para analizar las propuestas del Grupo de Trabajo. Reunida en noviembre de 2012, esta Comisión aprobó con ligeras modificaciones el texto del Grupo de Trabajo²⁹, al cual difirió la responsabilidad de formular los comentarios y los ejemplos. La reunión anual del Consejo –la máxima instancia del organismo– de 2013 dio un aval preliminar al documento³⁰, en tanto que los comentarios y ejemplos elaborados por el Grupo de Trabajo tuvieron un endoso provisional en la sesión del Consejo de 2014³¹. Finalmente, en marzo de 2015, quedó formalmente aprobada la versión final de los llamados “Principios de La Haya”, con sus comentarios y ejemplos³², luego de expirado un plazo para que los países formularan objeciones a este respecto, lo que no ha ocurrido.

B. *El documento resultante*

Los Principios de La Haya constan de un Preámbulo, que recoge, explicitándolo, el espíritu del instrumento, y doce artículos, relativos a su ámbito de aplicación, a la libertad de las partes para seleccionar el derecho aplicable a sus contratos, sea estatal o no, a la elección expresa o tácita del derecho, a la validez formal de dicha elección y al orden público como límite a la autonomía de la voluntad, entre otras cuestiones. Sólo quedan comprendidos en la regulación los supuestos en que las partes hayan elegido el derecho aplicable, excluyéndose los casos de ausencia de elección de las partes³³.

El instrumento sigue la técnica de elaboración normativa de los Principios Unidroit de Derecho contractual. Por tanto, ambos textos contienen un Preámbulo, reglas o “principios” –como se las llama³⁴–,

²⁹ Ver http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt2012e.pdf.

³⁰ Ver http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013concl_e.pdf.

³¹ Ver http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2014concl_en.pdf.

³² Ver http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135.

³³ Ver en <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2010pd06e.pdf>.

³⁴ El término “principios” se encuentra utilizado en distintos contextos y con diferentes connotaciones, sobre las cuales no existe, en absoluto, consenso en doctrina.

y comentarios e ilustraciones, cuándo necesarios. El suceso de la técnica de redacción de los Principios Unidroit llevó a la Conferencia de La Haya a seguir este mecanismo, después de considerar las dificultades de redactar un tratado internacional, es decir, de “derecho duro”³⁵. Estamos, eso sí, ante instrumentos complementarios. Los Principios Unidroit se ocupan de cuestiones sustantivas del Derecho contractual, como –entre otros temas– la formación, la interpretación, los efectos y la terminación del contrato³⁶. Ello en tanto que los Principios de La Haya versan sobre problemas de qué derecho regirá el contrato: uno o varios derechos nacionales, o –en su caso– incluso un Derecho no estatal, como pueden serlo, por ejemplo, los Principios Unidroit.

Al igual que con los Principios Unidroit, se espera que los de La Haya guíen a legisladores y a las partes en la redacción de sus contratos, y que coadyuven en la interpretación tanto en la esfera judicial como arbitral.

C. *Los Principios de La Haya en acción*

Incluso antes de su aprobación final, el instrumento ya fue citado en un precedente jurisprudencial argentino³⁷, y ha influenciado de manera notoria la ley paraguaya de contratos internacionales (ley 5393 de 2015)³⁸, así como una propuesta de reforma al Derecho australiano

A veces se lo emplea como sinónimo de reglas que no tienen la fuerza de ley, tal cual aparece en los Principios Unidroit.

³⁵ Se lee en el reporte de la Oficina de La Haya que ello se justifica por varios motivos. Por ejemplo, resulta inviable obtener un número importante de Estados que suscriban un acuerdo de voluntades sobre esta materia. Muchos de ellos ya se encuentran vinculados por un instrumento regional, y no sienten la necesidad de invertir esfuerzos en un proyecto de alcance internacional. Se esgrimen también otros argumentos para recurrir a un instrumento no vinculante. Reporte de Oficina Permanente, reproducido en BASEDOW, FERNÁNDEZ ARROYO y MORENO RODRÍGUEZ (dirs.), citado en la nota 21, p. 347.

³⁶ Ver en www.unidroit.org.

³⁷ CNCom., 2013, “D. G. Belgrano SA c/Procter & Gamble Argentina SRL”, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1986>.

³⁸ Sobre esta ley, de mi autoría, he escrito en algunas publicaciones, y la más reciente es: MORENO RODRÍGUEZ, J. A., *The new Paraguayan Law on international contracts: back to the past?*, en *Eppur si muove: The age of Uniform Law. Festschrift for Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70th birthday*, Unidroit (ed.), 2016.

en la materia³⁹. Lamentablemente, los Principios de La Haya no fueron tomados en cuenta en otras reformas recientes en Latinoamérica, como las de Argentina⁴⁰, República Dominicana⁴¹ y Panamá⁴².

Los Principios sí están siendo tenidos particularmente en consideración en un trabajo en curso encarado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA. Diversos estudios emprendidos por dicho Comité y el Departamento de Derecho Internacional del organismo demostraron que existe un gran déficit en la regulación de los contratos internacionales en varios países del continente. En su momento, para intentar paliarlo, fue aprobada la Convención de México que —está visto— tuvo un escaso número de ratificaciones. Más de veinte años han pasado desde la adopción de la Convención de México y, por supuesto, los Principios de La Haya también incorporaron desarrollos subsiguientes

³⁹ Esto fue relatado por Brooke Marshall, en el Congreso *Towards a Global Framework for International Commercial Transactions*, llevado a cabo en Lucerna, Suiza, en setiembre de 2016, organizado por la Universidad de Lucerna y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

⁴⁰ Este país cambió totalmente su Código Civil e incluyó en el nuevo texto diversas normas de Derecho Internacional Privado, entre ellas las alusivas a la contratación internacional. Una evaluación crítica, por ejemplo con respecto a la no aceptación del Derecho no estatal como derecho aplicable, puede verse en: FERNÁNDEZ ARROYO, D., en *Código Civil y Comercial de la Nación. ley 26.994*, dir. por J. César Rivera y Graciela Medina, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, comentario al artículo 2651.

⁴¹ La recientemente sancionada Ley 544 de 2014 de Derecho Internacional Privado de manera plausible sigue mayormente al modelo de la Convención de México, aunque hubiera sido bueno que incorporara también avances de los Principios de La Haya.

⁴² La nueva ley panameña de Derecho Internacional Privado admite la autonomía de la voluntad en su artículo 77. Ello en el Capítulo I, intitulado "*Pacta Sunt Servanda*". En ubicación curiosa, dentro del Capítulo II que lleva por título *Prescripción internacional*, señala el artículo 86 que "se pueden pactar de manera supletoria o como medio de interpretación del juez" los Principios Unidroit. "Por sus siglas en inglés", dice equivocadamente esta ley, pues Unidroit es un acrónimo en francés de la denominación del Instituto. La norma no lo aclara, aunque se está refiriendo a los principios de Derecho contractual de este organismo. A su vez, el artículo 87 señala que "es válido" pactar usos, costumbres y prácticas. Hubiera sido saludable que esta ley tuviera en cuenta las soluciones de los Principios de La Haya con respecto a las derivaciones de la autonomía de la voluntad y al Derecho no estatal, cuestión última que queda por lo demás muy confusa en el texto panameño.

que allanaron el camino para aclarar ciertas cuestiones o introducir soluciones novedosas. Ello plantea las interrogantes: ¿Qué sigue para las Américas? ¿Debe insistirse exclusivamente con lograr mayores ratificaciones de la Convención de México? ¿Debería ser modificada la Convención, tomando en consideración los nuevos desarrollos? ¿Se debería preparar una ley modelo o una guía para redactarla? La última pregunta ha ganado particular impulso tras la promulgación de la nueva ley paraguaya sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales.

El Comité Jurídico Interamericano de la OEA analizó todas estas alternativas tras haber circulado un cuestionario entre los Estados miembros de la organización y reconocidos especialistas del Derecho Internacional Privado. Las respuestas reflejan la percepción de que, evidentemente, los Principios de La Haya han llegado más lejos que la Convención de México y que sus disposiciones podrían servir para enmendar el documento interamericano. Sin embargo, considerando que la Convención de México, elaborada en el año 1994, ha recibido solamente dos ratificaciones, la verdadera pregunta es si un proceso para llegar a un convenio nuevo y revisado valdría el esfuerzo. Una posible respuesta es que dicho documento mejorado podría ser mejor recibido por la comunidad jurídica dentro de las Américas, y además, que ello daría la oportunidad de corregir la traducción al inglés del instrumento original, la cual fue criticada en su momento por juristas angloparlantes. Pero el proceso de negociación y aprobación de una convención es muy complicado y costoso, mientras que otros tipos de instrumentos, como las *leyes modelo* o las *guías legislativas*, han demostrado ser también medios aptos para armonizar soluciones de Derecho Internacional Privado. En última instancia, sería mucho más efectivo para los Estados de las Américas adoptar leyes nacionales acorde con las prácticas respaldadas por la OEA y por la Conferencia de La Haya, aplicables en general a las transacciones internacionales, en vez de promover la adopción de tratados como la Convención de México y su eventual modificación, lo que afectaría solamente a las partes contratantes de los Estados que la hayan ratificado.

El Comité Jurídico de la OEA optó, finalmente, por el camino de elaborar una guía, ya redactada y actualmente objeto de depura-

ción⁴³. Ésta tendrá diversas finalidades. Podrá servir a los Estados Miembros de la OEA en sus iniciativas para modernizar sus leyes internas en la materia en sintonía con los Principios de La Haya y la Convención de México. Obviamente también podría inspirar esfuerzos que se hagan a nivel de los procesos de integración regional en este sentido.

Por supuesto que la guía puede ser de gran valía, además, para partes contractuales que recurran a ella a fin de moldear sus acuerdos tomando en cuenta cuestiones aquí abordadas.

La guía debería servir también a los jueces en su labor interpretativa. Muchos temas relativos a la contratación internacional no se encuentran tratados en los sistemas internos de Derecho Internacional Privado de varios Estados. No menos importante es el rol que podría desempeñar la guía interamericana con respecto a los árbitros. Muchas regulaciones otorgan gran discreción a los árbitros en lo que se relaciona al Derecho Internacional Privado, en atención a que los mismos no tienen un foro —a diferencia de los jueces nacionales— cuyas normas en la materia deban seguir.

⁴³ En las sesiones de agosto de 2017 del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, se decidió avanzar con relación a consultas a expertos sobre un primer borrador de la “Guía sobre Contratos Internacionales en las Américas”. Ello viene precedido de un cuestionario enviado a los gobiernos de las Américas (*Cuestionario referente a la aplicación de las Convenciones Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado*, documento CJI/doc.481/15). Sus respuestas han derivado a que la misma y el Departamento de Derecho Internacional elaboraran un informe (intitulado *La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a contratos internacionales y el avance de sus principios en las Américas*, documento OEA/SG, DDI/doc.3/16; ver también el documento *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, documento OEA/Ser.Q, CJI/doc.487/15 rev. 1). El Departamento de Derecho Internacional elaboró luego una sinopsis bien completa incluyendo diversas cuestiones a ser tratadas (*Fomentación del Derecho contractual internacional en las Américas. Un guía a los principios jurídicos*, documento OEA/Ser.Q, CJI/doc XX/16). Así también, la Dra. Elizabeth Villalta elaboró un comparativo entre la Convención de México de 1994 y los Principios de La Haya, ambos sobre contratos internacionales, lo cual también resultó muy útil como material preparatorio (*El derecho aplicable a los contratos internacionales*, documento CJI/doc.464/14 rev.1). Contando con el apoyo de todos estos insumos, bajo la relatoría del Dr. José A. Moreno Rodríguez, se ha procedido a redactar el primer borrador de una eventual guía que pueda adoptar el Comité Jurídico Interamericano en materia de contratación internacional.

Definitivamente, la eventual guía de la OEA puede ser un poderoso instrumento de propagación en el continente del texto de los Principios de La Haya. Queda por ver si efectivamente la guía tendrá aprobación final del Comité Jurídico Interamericano, cosa que debería augurarse para el año 2018, ante los avances que ha tenido el tratamiento de este tema en sucesivas reuniones de dicho colegiado.

V. Algunos rasgos resaltantes de los Principios de La Haya

A. *Aplicación a vinculaciones comerciales*

Estos principios se aplican a los contratos internacionales cuando las partes actúan “en el ejercicio de su negocio o de su profesión” (art. 1.1). Quedan expresamente excluidos los contratos de consumo y de trabajo, comúnmente sujetos a normas de orden público de los países en los que se desarrollan. Si el comerciante no actúa “en el ejercicio de su negocio” sino como consumidor en una vinculación contractual determinada, no estará, pues, comprendido en el ámbito de aplicación de los principios.

B. *Internacionalidad del contrato*

Tradicionalmente, la doctrina del Derecho Internacional Privado hacía una distinción para determinar la internacionalidad del contrato, a saber: un criterio subjetivo, que atiende el domicilio o establecimiento de los contratantes en distintos países, por un lado; en tanto que, por otro lado, un criterio objetivo se centra en el traslado de mercaderías de un país a otro⁴⁴. A esto habría que agregar un criterio calificado como “teórico”, según el cual cualquier elemento extranjero “internacionaliza” la vinculación⁴⁵.

⁴⁴ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. II, p. 371. Un pronunciamiento italiano hace alusión a estos dos criterios como alternativos (Corte di Cassazione, “Ministero degli Esteri v. Alenia Marconi System S. p. a.”, caso 18.460, 2004).

⁴⁵ LORENZO IDIARTE, G. A., *¿Cuándo un contrato es internacional? Análisis desde una perspectiva regional*, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. “Liber Amicorum” Jürgen Samtleben*, coord. por J. Kleinheisterkamp y G. A. Lorenzo Idiarte, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, ps. 105

Según los Principios de La Haya sólo se excluyen de su regulación los contratos en que cada parte tiene su establecimiento en el mismo Estado y la relación de las partes y los otros elementos relevantes, independientemente al Derecho elegido, están conectados sólo con ese Estado (art. 1.2)⁴⁶. Se acoge así una perspectiva amplia, que recibe tanto el criterio subjetivo como el objetivo, arriba referidos.

En el comentario a los Principios de La Haya se aclara, sin embargo, que se excluyen las situaciones estrictamente nacionales. De modo que no será suficiente el simple hecho de que las partes hayan elegido el derecho aplicable para que el acuerdo quede comprendido en la regulación⁴⁷.

C. Exclusiones

El artículo 1.3 de los Principios de La Haya excluye determinadas

y ss. Según este criterio, no debe buscarse en normas de Derecho Internacional Privado el elemento internacionalizador. Es posible establecer con criterios teóricos y previa a toda consulta a cualquier ordenamiento positivo, cuando se está ante una relación privada internacional, entendida como aquella que tiene al menos un elemento extranjero (Lorenzo Idiarte, ps. 112-114).

⁴⁶ Esta fórmula se halla inspirada en el artículo 1(2) de la Convención de La Haya sobre Selección de Foro. Artículo 1(2). Según el comentario oficial, no se ha adoptado una definición positiva de la internacionalidad en los Principios, como en el artículo 1 a) y b) de la Convención de La Haya sobre Compraventa ni la del artículo 3º de la Convención de La Haya sobre Valores Depositados en un Intermediario de 2006 (ver comentario oficial, 1.14).

⁴⁷ En los trabajos previos a la Convención de México fue descartado que la sola voluntad de las partes pudiera determinar la "internacionalidad" (CJI/SO/II/doc.6/91; OEA/Ser.K/XXI.5). Sin embargo, la Convención de México ha generado dudas a este respecto. Por su parte, Roma I sí permite la internacionalización del contrato por la sola voluntad de las partes. Sin embargo, ello no podrá afectar la aplicación del orden público del país en donde estén todos los elementos relevantes del contrato (considerando 15). Esta solución tiene sentido por respetar ambos principios, el de la autonomía de la voluntad y el del orden público, dando al máximo virtualidad al primero pero también reconociendo el límite marcado por el último. A su vez, el artículo 1(3) de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI combina los criterios de la internacionalidad de la disputa y de la internacionalidad de las partes y agrega un tercero, por el cual otorga libertad a las partes de acordar entre ellas que la cuestión objeto del acuerdo del arbitraje es "internacional". De modo que la internacionalización del arbitraje (y por tanto de la vinculación contractual subyacente), por voluntad de las partes, se encuentra admitida en la ley modelo.

cuestiones de su ámbito de aplicación. Según el comentario oficial, ello obedece a que existe divergencia en el Derecho Comparado en calificar o no a algunas de ellas como “contractuales” o en determinar si, a su respecto, debería regirles el sistema de la autonomía de la voluntad⁴⁸.

El inciso (a) señala que no se aplican los Principios a cuestiones relacionadas con “la capacidad de las personas físicas”. Al respecto, regirá el derecho personal que les fuera aplicable⁴⁹.

Por su parte, el inciso (b) prevé que los Principios no rigen con respecto “los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro”⁵⁰. La cláusula arbitral presenta cuestiones de orden contractual, como, si fue adecuadamente consentida, o si, por ejemplo, hubo error o engaño. En algunos sistemas estos problemas son considerados procesales, y rige como consecuencia el derecho del foro o el derecho aplicable al arbitraje. En otros sistemas se las trata como cuestiones sustantivas, que deberían regirse por el derecho aplicable al propio acuerdo de arbitraje o de elección de foro. El comentario aclara que los Principios no se inclinan por ninguna de estas soluciones.

A su vez, según el inciso (c), los Principios de La Haya no se aplican a la constitución y organización de “las sociedades u otras entidades colectivas y los *trusts*”. Señala el comentario que el término “entidades colectivas” se emplea en sentido amplio para incluir a entidades con personalidad jurídica o sin ella, tales como las sociedades

⁴⁸ La exclusión de estos temas se encuentra en línea con lo estatuido por el artículo 1º, párrafo 2 del Reglamento Roma I, y el artículo 5º de la Convención de México.

⁴⁹ El comentario oficial aclara que la exclusión supone que sus disposiciones no determinan ni el derecho aplicable a la capacidad de las personas físicas, ni los mecanismos jurídicos o judiciales de autorización para la celebración del contrato, ni los efectos de la falta de capacidad sobre la validez del acuerdo de elección del derecho aplicable. Ello se ve reforzado por la previsión del artículo 6.2 de los Principios de La Haya, que hace regir el Derecho del domicilio o “establecimiento” (según su terminología) para cuestiones relacionadas al consentimiento (dentro del cual se encuentra la capacidad) si, en vista de las circunstancias, no es razonable determinar esta cuestión aplicándose el Derecho elegido por las partes.

⁵⁰ En igual sentido, el artículo 1 (2) (e) del Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación a “los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente”.

o asociaciones de diversa índole, como lo serían los *partnerships* o las *associations* del *common law*⁵¹.

Por su parte, el inciso (d) excluye expresamente la aplicación de los Principios a los procedimientos de insolvencia⁵². Según el comentario, este término se entiende en sentido amplio, comprendiendo los procedimientos de liquidación, reorganización, reestructuración o administración. La exclusión se refiere a los efectos que la apertura de un procedimiento de insolvencia pueda tener sobre los contratos celebrados por la parte afectada⁵³.

El inciso (e) excluye del ámbito de aplicación de los Principios al Derecho que rige los efectos de los contratos sobre la propiedad⁵⁴. Se pone como ejemplo el de un contrato de compraventa de un bien. Al respecto, los Principios se extienden a la obligación personal del vendedor de transmitir el bien y a la obligación personal del comprador de pagar, pero no a cuestiones tales como si la transmisión efectivamente confiere derechos de propiedad sin necesidad de actuaciones posteriores, o si el comprador adquiere la titularidad libre de derechos o pretensiones de terceros.

Por último, el inciso (f) excluye “la cuestión de si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona a la que representa”. Como lo expresa el comentario, la exclusión se refiere a los aspectos externos de la relación de representación, es decir, a cuestiones tales como si el representado queda vinculado como consecuencia de

⁵¹ Expresa también el comentario que los Principios de La Haya sí se aplicarán a los contratos que se celebren con terceros, como así mismo entre socios o partícipes de estas entidades como lo sería, por ejemplo, un acuerdo de accionistas. Sí se encuentran excluidos del artículo 1.3 todo lo relativo a la constitución y organización de las sociedades y otras entidades colectivas y *trusts*, temas que se encuentran regulados en varios países por normas específicas de Derecho Internacional Privado relativas a cuestiones de Derecho societario o de otras entidades colectivas o los *trusts*.

⁵² La Convención de México y el Reglamento Roma I nada disponen al respecto.

⁵³ Al respecto suelen establecerse normas específicas en las disposiciones que rigen la insolvencia, como por ejemplo invalidando ciertos contratos o dando potestades particulares al administrador del proceso colectivo. En general, los Principios de La Haya no determinan el derecho aplicable a la cuestión de cómo proceder con los contratos en caso de insolvencia, ni tratan la capacidad del administrador concursal de celebrar nuevos contratos en nombre de la masa de la insolvencia.

⁵⁴ Nada dispone la Convención de México sobre el particular.

una autorización implícita o aparente o por negligencia, o si el representado puede ratificar lo actuado por el representante y en qué medida. Por el contrario, los Principios sí resultan de aplicación a los aspectos internos de la representación, es decir, a la relación de representación o mandato entre el representado y el representante, si reúne por lo demás las condiciones para ser considerada un contrato comercial⁵⁵.

D. Autonomía de la voluntad

En las últimas décadas, proliferan distintos instrumentos abiertos al poder de las partes de elegir el régimen jurídico al que someterse en sus vinculaciones transfronterizas. Lo hacen, a nivel convencional, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), ampliamente aceptada en Latinoamérica, derivada de la labor codificadora de la OEA, y la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, propiciada por las Naciones Unidas y hoy día vigente en más de ciento cincuenta países, entre ellos gran parte de los latinoamericanos⁵⁶. En el plano de la integración regional del Mercado Común del Sur (Mercosur), consagran el principio autonomista tanto el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia de contratos⁵⁷, como el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (Decisión Consejo Mercado Común 3/98)⁵⁸.

⁵⁵ La Convención de México deja este tema abierto a interpretación. Señala su artículo 15: "Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica". A su vez, el artículo 10 del instrumento otorga gran flexibilidad al intérprete en la búsqueda de soluciones justas al caso en concreto según los usos, prácticas y principios internacionalmente aceptados. Por su parte, el Reglamento Roma I excluye expresamente de su ámbito de aplicación "la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica". Artículo 1(2)(g).

⁵⁶ Ver en el sitio: <http://www.newyorkconvention.org/spanish>.

⁵⁷ Decisión del Consejo Mercado Común N° 1 de 1994, ratificada por Ley 597 de 1995, que permite a las partes elegir la jurisdicción competente, propia o foránea, judicial o arbitral (art. 4°).

⁵⁸ Que reconoce la autonomía de la voluntad en su artículo 3°.

La autonomía de la voluntad confiere certeza sobre el derecho aplicable además de acomodarse mejor a las vicisitudes del accionar transfronterizo, puesto que nadie se encuentra mejor posicionado que las partes para evaluar cuál derecho les resultará más apropiado para regirlas, en vez de que lo hagan en su nombre un legislador de antemano o un juzgador con ulterioridad si el caso va a litigio⁵⁹. No tener reconocida la libertad contractual, por lo demás, genera incentivos a las partes de “hacer *shopping*” para seleccionar foros que –según anticipen– aplicarán sus reglas de conflicto de manera favorable a sus intereses por aceptar el principio autonomista⁶⁰.

Pues bien, el artículo 2º de los Principios de La Haya dispone en su primera parte que “un contrato se rige por el derecho elegido por las partes...” (art. 2.1)⁶¹. Consagra así el principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales, lo que a comienzos del siglo XX era “una cuestión altamente contenciosa en ambos lados del Atlántico”⁶², alineándose con el objetivo principal del documento de La Haya de promover la autonomía de la voluntad en el mundo, considerado como “una necesidad” por organismos como Uncitral y Unidroit⁶³.

De allí que la autonomía de la voluntad se ubica “en el corazón del proyecto de los Principios de La Haya”⁶⁴, partiéndose de la base

⁵⁹ Queda fortalecida así la seguridad jurídica que debería predominar en transacciones comerciales (VISHER, F., *General Course on Private International Law*, en *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992, I, t. 232 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 126; también ps. 132 y ss.).

⁶⁰ PERTEGÁS, M. y MARSHALL, B. A., *Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*, en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 39, N° 3, 2014, p. 977.

⁶¹ La norma va en consonancia con el artículo 7º de la Convención de México. Ello en un tema que fue muy discutido en su negociación del instrumento interamericano (ver en OPERTTI BADÁN, D., *El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano*, en MESTRE, F. y DE SEUME, P., *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?*, Unidroit, 1998, p. 45).

⁶² PERTEGÁS y MARSHALL, citados en la nota 60, p. 976.

⁶³ Reporte de la Oficina Permanente, citado en la nota 24, p. 342.

⁶⁴ Reporte de la Oficina Permanente, citado en la nota 24, p. 350.

de su “reconocimiento casi universal”⁶⁵. Sin embargo, pese a ello, aún hoy se registra un rechazo al principio de la autonomía de la voluntad, o dudas sobre su vigencia en países de la región latinoamericana. En Brasil⁶⁶ y Uruguay⁶⁷ parece desechárselo, o al menos el panorama se encuentra confuso allí⁶⁸. Es cierto que el Mercosur desde temprano admitió la autonomía de las partes para la selección del foro, con la suscripción del Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia de contratos. Sin embargo, en cuanto se admite

⁶⁵ Esto se manifiesta tanto en las respuestas a los cuestionarios remitidos por la Conferencia de La Haya en 2007 (*Preliminary Document*, N° 5, citado en la nota 25, p. 4), como en los más recientes desarrollos en Derecho Comparado, si bien existe algún anacronismo de ello en algunas regiones de África y de América Latina.

⁶⁶ Sobre el debate histórico en el Brasil, puede verse DE ARAÚJO, citado en la nota 5, ps. 320-324. También PIMENTEL, L. O.; DE OLIVEIRA AREAS, P. y COPPETT, M., en el capítulo sobre Brasil de la obra MOTA, C. E.; HARGAIN, D. y PALAO MORENO, G. (dirs.), *Derecho de los Contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2008, p. 137.

⁶⁷ La actitud histórica uruguaya ha sido de reticencia hacia el principio. Puede verse un amplio recuento en FRESNEDO DE AGUIRRE, C., *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, FCU, Montevideo, 1991. Actualmente, existe un giro importante en este tema, analizado en perspectiva más amplia en el siguiente excelente trabajo: OPERTTI BADÁN, D., *El Derecho Internacional Privado en tiempos de globalización*, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Año VI, N° 6, 2005. Un excelente recorrido histórico y actual de la cuestión específica de la autonomía de la voluntad en Uruguay puede verse en: TÁLICE, J., *La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el Derecho Internacional Privado uruguayo*, en *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán* cit., ps. 527 y ss., particularmente ps. 560 a 562.

⁶⁸ Lo propio ocurría en Paraguay antes de su nueva ley de contratos internacionales. Poco tiempo antes de su entrada en vigencia la Corte Suprema de Justicia del Paraguay se expidió acogiendo de manera favorable el principio de la autonomía de la voluntad en contratos internacionales. Acuerdo y Sentencia N° 82 del 21 de marzo de 2013, en la Reconstitución del expte. “Hans Werner Bentz c/ Cartones Yaguareté SA s/ Incumplimiento de contrato”. La Corte dijo allí lo siguiente: “La doctrina nacional más reciente reconoce, a favor de las partes, la posibilidad de optar por el derecho aplicable al contrato en ejercicio de su autonomía de voluntad, particularmente en este sentido es enriquecedor el aporte de José A. Moreno Rodríguez, quien además reporta el parecer de otros insignes doctrinarios nacionales”. Ver en MORENO RODRÍGUEZ, J. A., *Autonomía contractual internacional en el Paraguay*, en el *Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, CEDEP, 2013, ps. 374 y ss.

en el bloque, de manera amplia, que las partes puedan elegir al juez o árbitro, no ocurre lo propio —está visto— con la selección del derecho aplicable, o al menos hay confusión sobre el tema⁶⁹. Ello resulta inaceptable, más aún considerando que en los últimos años gran parte de los países de América Latina modernizaron sus leyes internas de arbitraje, poniéndolas en sintonía con la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de Uncitral. Esta última consagra ampliamente el principio autonomista en su artículo 28.

En definitiva, el problema de la autonomía de la voluntad debe entenderse superado en la gran cantidad de países latinoamericanos que modernizaron sus derechos arbitrales⁷⁰. Sin embargo, se presenta en algunas jurisdicciones el sinsentido que por el simple hecho de recurrirse a este medio de resolución de conflictos puede elegirse el derecho de fondo aplicable a un contrato internacional, en tanto que no ocurre lo propio si uno no tiene pactada una cláusula arbitral. Esta situación resulta, obviamente, inaceptable.

E. *Derivaciones de la autonomía de la voluntad*

Los Principios de La Haya se ocupan expresamente de diversas derivaciones del principio de la autonomía de la voluntad, varias de ellas no resueltas o clarificadas en diversos textos normativos del orbe. Se expone sobre estas soluciones a continuación.

1. *“Dépeçage” o fraccionamiento legislativo*

En Derecho Internacional Privado el término francés *dépeçage* —o fraccionamiento legislativo en español— alude a la posibilidad de dividirse el contrato a fin de que le sea aplicable más de un Derecho. Una conocida metáfora de Wengler expresa que “se trata de montar

⁶⁹ Así lo expresa, por ejemplo: TONIOLLO, J. A., *Reflexiones acerca del Derecho Internacional Privado latinoamericano: especial referencia al ámbito del Mercosur*, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. “Liber Amicorum” Jürgen Samtleben* cit., ps. 439-440.

⁷⁰ Diversas aristas del problema se encuentran tratadas en la completa monografía siguiente: RIVERA, J. C., *Arbitraje comercial internacional: La cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto*, en SOTO, C. A. (dir.), *El arbitraje en el Perú y el Mundo*, Ediciones Magna, Lima, 2008, ps. 249 y ss.

una bicicleta con piezas de distintos modelos”⁷¹, lo que ocurre, por ejemplo, cuando un contrato de compraventa se encuentra sujeto al Derecho de un país con excepción de su cláusula de garantía regida por otro régimen jurídico⁷².

El fraccionamiento constituye una derivación del principio de la autonomía de la voluntad. La doctrina adversa al fraccionamiento señala argumentos en contra, como la escasa ventaja ante los riesgos que entraña. Ello debido a los inconvenientes técnicos que pueden presentarse en el conocimiento y la aplicación de los distintos derechos elegidos. Se considera también que es un arma puesta en manos de la parte más fuerte en perjuicio de la más débil, al poderse manipular aspectos del derecho aplicable que puedan favorecer a aquélla⁷³.

Entre los argumentos a favor, se sostiene que el fraccionamiento constituye un instrumento a disposición de las partes para una mejor regulación de sus intereses, si así lo estiman conveniente. El *dépeçage* cumple la voluntad de las partes, y para impedir que sea una herramienta de la parte fuerte contra la débil, se encuentran las normas imperativas o de orden público⁷⁴.

Hay dos procedimientos posibles con respecto al fraccionamiento. Uno, las partes pueden elegir una o diferentes leyes para gobernar sus contratos, según lo aceptan ciertas codificaciones domésticas, como, por ejemplo, el artículo 3111(3) del Código Civil de Québec (1991) y el artículo 1210(4) del Código Civil ruso. Dos, puede también haber una

⁷¹ ESPINAR VICENTE, J. M., *Ensayos sobre teoría general del Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1997, p. 79.

⁷² Por ello, dice Wolff que en Inglaterra, antes que *proper law* del contrato, se debe hablar de *proper law* de las obligaciones contractuales, pues puede haber varios *proper laws* (WOLFF, M., *Derecho Internacional Privado*, trad. española de la 2ª ed. inglesa por Antonio Marín López, Bosch, Barcelona, 1958, ps. 404-405).

⁷³ GRANDINO RODAS, J., *Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente As Obrigações Contratuais*, en *Contratos Internacionais*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 21.

⁷⁴ SANTOS BELANDRO, citado en la nota 4, ps. 100-102. Además, refiere Grandino Rodas que hasta quienes se muestran contrarios al fraccionamiento deben admitir que cuestiones como las relativas a la forma del contrato y la capacidad pueden regirse por otros derechos (GRANDINO RODAS, citado en la nota 73, p. 21).

selección parcial del derecho aplicable, dejándose que el resto de las obligaciones contractuales sea determinado objetivamente. El Reglamento Roma I expresamente permite esta elección parcial, especificando que las partes pueden elegir el derecho aplicable a parte del contrato solamente (art. 3[1]3)⁷⁵. En esta línea se inscriben la Convención de México de 1994⁷⁶, como así también los Principios de La Haya en su artículo 2.2.

En la elaboración de este instrumento de La Haya se decidió que los límites a la fragmentación no debían formularse directamente en el cuerpo de los Principios sino debían tratarse en el comentario que explica la disposición. Partiendo de la base de que la fragmentación constituye una derivación de la autonomía de la voluntad, se considera preferible dejar a las partes la posibilidad de utilizar libremente dicho proceder. Las partes deberían, sin embargo, ser coherentes en las soluciones que adopten, teniendo en cuenta las normas elegidas y el propio contrato⁷⁷. Y obviamente entra a tallar también el orden público como límite. Debe tenerse presente que el fraccionamiento puede resultar no sólo voluntario sino también involuntario. Se da este último

⁷⁵ http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01s.pdf. Dicho convenio prevé que “las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

⁷⁶ El fraccionamiento —resalta Herbert— podría parecer una herejía en el esquema de los Tratados de Montevideo antes imperantes en la región en la materia. Ver HERBERT, R., *La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, en RUDIP, Año 1, N° 1, p. 91.

⁷⁷ En efecto, en el plano doctrinario se debate la cuestión de saber si existe una condición implícita relativa a la separabilidad de una parte del contrato. Según ciertos autores, existe un límite a nivel de las normas de conflicto de leyes, de tal forma que la escisión tiene que estar en relación con la parte separable del contrato. Otros sostienen que cuando las partes han operado una elección que corre el riesgo de dar lugar a un resultado contradictorio, el problema debería probablemente resolverse en el marco de la ley aplicable, que podría tener que determinarse objetivamente si la elección no lo hace constar con claridad. En todos los casos, incluso para los más liberales, la elección de las partes carece de sentido y es nula cuando la misma conlleva una contradicción evidente. Por esta razón, el Grupo de Trabajo que elaboró el instrumento consideró que no era necesaria la inserción de una restricción o de una aclaración en el proyecto de Principios de La Haya (http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01s.pdf, p. 18).

caso cuando un juez decide la aplicación de normas de terceros países vinculadas con el contrato o de normas imperativas⁷⁸.

La relación del *dépeçage* con las normas imperativas es delicada. Una posición aboga por que se pueda, a través del fraccionamiento, evitarse la aplicación de disposiciones imperativas del Derecho que hubiera resultado aplicable (*lex causæ*). Esto –resalta Visser– llevaría al “contrato sin ley”, es decir, al margen de todo control estatal, aunque proponentes de la doctrina, como Boggiano, lo nieguen⁷⁹. La posición prevaleciente es que el control último de límites del *dépeçage* es considerado prerrogativa del foro juzgador. El fraccionamiento sería admitido entonces sólo si las partes del contrato pueden ser separadas y tratadas independientemente, y aceptarlo implica admitir que los contratantes tienen autoridad para evitar reglas imperativas, en tanto no exista interés público del Estado del foro concernido⁸⁰.

2. Cambio voluntario del punto de conexión

Diversos instrumentos convencionales, como Roma I (art. 3[2]), y la Convención de México (art. 7.1), admiten que se pueda modificar el Derecho elegido en el contrato con ulterioridad a su celebración. Ello, con la aclaración de que dicho proceder no afectará la validez del contrato ni los derechos que puedan haber adquirido terceros como consecuencia del mismo (art. 3[2], Roma I; art. 8º, Convención de México). Lo mismo ocurre con las leyes nacionales de Derecho Internacional Privado de fecha reciente, como el Código de Derecho Internacional Privado de Japón de 2006 en su artículo 9º, y el Código Civil ruso en su artículo 1210(3).

En esta línea, los Principios de La Haya también admiten una modificación posterior del derecho seleccionado. Su artículo 2.3 prevé que “la elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros”.

Resulta importante una previsión expresa en este sentido. En algún

⁷⁸ SANTOS BELANDRO, citado en la nota 4, p. 104.

⁷⁹ Ver en VISHER, citado en la nota 59, ps. 140-141.

⁸⁰ VISHER, citado en la nota 59, ps. 141-142.

momento en Italia, por ejemplo, el Tribunal Supremo sostuvo que la “elección de las partes en cuanto a la ley aplicable no será admisible cuando se haya efectuado con posterioridad a la celebración del contrato” (sent. de 1966, Nº 1680, en el asunto: “Assael Nissim contra Crespi”), lo que fue seriamente cuestionado en la doctrina italiana⁸¹. Esta solución —está visto— ha quedado alterada en Europa con el Convenio de Roma (actual Reglamento Roma I), para el cual las partes, de común acuerdo, podrán cambiar el derecho aplicable al contrato cuando lo deseen⁸². Ello, obviamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros. Por lo demás, como lo expresa el comentario 2.13 de los Principios de La Haya, las normas procesales también pueden operar como límite, pues cualquier cambio del Derecho dentro de la contienda sólo podrá producirse si las mismas así lo autorizan.

3. Ausencia de conexión

El artículo 2.4 de los Principios de La Haya prevé que “no se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su transacción”. En el pasado, la solución contraria era frecuente, con atención a la teoría de la localización, que consiste en eliminar del Derecho elegido lo que es ajeno a los lugares donde están situados los elementos de la vinculación contractual. Ello todavía se aplica en algunos sistemas, como en los Estados Unidos, cuyo *Restatement (Second) of Conflict of Laws* prevé en su artículo 187(2)(a) que el Derecho escogido debe estar relacionado de manera sustancial con las partes

⁸¹ GIULIANO, M. y LAGARDE, P., *Informe Relativo al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales*, en DOCE C 327, de 11-12-92. El informe se encuentra transcrito en ESPULGUES, C. (coord.), *Contratación Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, comentario al artículo 3º.

⁸² En materia arbitral no existe una previsión normativa expresa sobre este tema. A la luz del principio que aboga por la autonomía reflejada en la mayoría de las leyes y reglamentos de arbitraje, las partes deberían poder cambiar el Derecho originalmente escogido para gobernar la disputa. Así se ha resuelto en el caso “Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce” (Laudo del 23-1-2008, disponible en: <http://www.unilex.info>, con la aplicación del Derecho serbio luego de comenzado el proceso arbitral). Otro precedente muy conocido es el del Tribunal Arbitral Ad Hoc, laudo del 17 de diciembre de 1975, IV *Yearbook Comm. Arb.* (1979), 192 (193).

o con la transacción, o debe existir alguna otra causa razonable que justifique la elección de las partes⁸³.

El requisito, sin embargo, se viene abandonando en instrumentos recientes⁸⁴, a los que se alinean los Principios de La Haya. En efecto, textos modernos como el Reglamento Roma I⁸⁵ o la Convención de México de 1994⁸⁶ se interpretan como permitiendo a las partes, en principio, elegir libremente la aplicación de un Derecho “neutral”, y lo propio ocurre en la praxis arbitral⁸⁷.

⁸³ En Inglaterra ya no se exige alguna conexión significativa. La selección de un derecho neutral puede ser una perfecta razón aunque no exista conexión (*Steel Authority of India Ltd. V. Hind Metals Inc.* [1984]). Ver en MORSE, C. G. J., *England*, en RUBINO, M.; SAMMARTANO, M. y MORSE, C. G. J. (General Editors), *Public Policy in Transnational Relationships*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991, p. 62.

⁸⁴ No contienen la exigencia de una conexión razonable diversas convenciones internacionales en materia de transporte. Tampoco las Convenciones de La Haya 1955 sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales; de 1986 sobre compraventa internacional de mercaderías, y de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y representación.

⁸⁵ HEISS, H., *Party Autonomy*, en FERRARI, F. y LEIBLE, S. (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, München, 2009, p. 2.

⁸⁶ Ver en MORENO RODRÍGUEZ, J. A., *La Convención de México sobre el derecho aplicable a la contratación internacional*, en *Publicación de la Organización de Estados Americanos*, 2006, III, D, 7.

⁸⁷ Así, en un caso CCI, según el cual el principio de la autonomía de la voluntad, ampliamente reconocido, permite que las partes elijan cualquier derecho para regir su contrato, aun no obviamente relacionado con la disputa (caso CCI Nº 4145 de 1984, XII *Yearbook Comm. Arb.* [1987], 97 [101]). En otro, el demandado sostuvo que el derecho aplicable sería el de India, porque el contrato tiene su conexión más cercana con dicho país. El Tribunal Arbitral ha sostenido, sin embargo, que el contrato prevé que los derechos y obligaciones de las partes en todo aspecto serán gobernados por la ley del Estado de Nueva York, y esto prevalece por sobre cualquier otra consideración sobre lo que el derecho apropiado debería ser (CCI Nº 4367 de 1984, XI *Yearbook Comm. Arb.* [1986], 134 [139]). Hacen notar Derains y Schwartz que el tribunal arbitral no tiene que valorar si la elección de ley hecha por las partes está bien fundamentada o tiene conexión con el asunto en disputa. Sólo debe respetarla (incluso, en caso contrario, hay riesgo en algunas jurisdicciones de que sea anulado). DERAIS, Y., *The ICC Arbitral Process. PÁRTE VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration*, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Volume 6/ Nº 1, 1995, II, p. 270.

4. Admisión del Derecho no estatal en los Principios de La Haya

a) La cuestión en Latinoamérica

En esta región el Derecho no estatal viene siendo reconocido ampliamente tanto en el plano constitucional⁸⁸, como al admitirse la jurisdicción de tribunales internacionales, como, por ejemplo, la del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y los cientos de tratados bilaterales de inversión ratificados a este respecto que aceptan la aplicabilidad del Derecho no estatal. Así también, instrumentos del Mercosur⁸⁹ y de la OEA se encuentran abiertos al Derecho no estatal, como ocurre con la Convención de Panamá de 1975 relativa a arbitraje⁹⁰ o la Convención de México de 1994 que acepta el Derecho no estatal, según surge de sus artículos 7º, 9º y 10º⁹¹.

⁸⁸ Muchas Constituciones de países latinoamericanos han sido reformadas o enmendadas en décadas recientes, varias aceptando principios internacionales relativos, por ejemplo, a derechos humanos. Ver en FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavallia, Buenos Aires, 2003, ps. 74-75.

⁸⁹ El Acuerdo Arbitral del Mercosur de 1998, ratificado por todos los miembros plenos del bloque (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), reconoce en su artículo 10 la aplicabilidad del “Derecho Internacional Privado y sus principios”, así como del “Derecho del Comercio Internacional”.

⁹⁰ De hecho, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional hace referencia, en su artículo 3º, para el caso de ausencia de acuerdo entre las partes, a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial que, a su vez, establece en su artículo 30, numeral 3 que, en todos los casos, el tribunal arbitral tendrá en cuenta “los usos mercantiles aplicables al caso”.

⁹¹ Aunque aquí hay un debate de si la *lex mercatoria* se aplica sólo en ausencia de selección del derecho, o si las partes pueden elegirla expresamente (ver la discusión, por ejemplo, en Claudia Madrid Martínez, quien se inclina –citando también a Hernández Bretón– por que sí se pueda elegirla también) (MADRID MARTÍNEZ, C., *Notas sobre la “lex mercatoria”: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos*, en VV. AA., *Derecho Internacional Privado y Derecho de la integración. Libro Homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, nota 53). En un reciente artículo Gallegos (229) ha opinado en sentido parecido, y es también la opinión del propio José Luis Siqueiros, uno de los grandes artífices de la Convención de México, según el cual la Convención de México habla de “derecho aplicable” antes que de “ley aplicable”, no sólo por resultar una expresión más adecuada al español, sino fundamentalmente –según quienes han participado en su redacción– para dejar

Lo propio ocurre en varios otros países latinoamericanos en lo que respecta al arbitraje, fundamentalmente luego de la oleada reformista a partir del año 1993, en que, siguiendo el modelo de Uncitral, países como México, Colombia, Chile, Panamá, Perú, Venezuela, Paraguay y otros han modificado sus leyes arbitrales. Varios laudos, dictados en consecuencia, han hecho aplicación del Derecho no estatal⁹².

b) El problema terminológico

Ante la gran disparidad terminológica con respecto a este tema del Derecho no estatal, en que se habla indistintamente de Derecho transnacional, *lex mercatoria*, derecho blando o *soft law*, y varias otras expresiones⁹³, se optó en el instrumento de La Haya por acudir a la expresión “*rules of law*” o –en español– “normas de derecho”, con el deliberado objetivo de beneficiarse del gran desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo que se ha producido en torno a ella a partir de su adopción en el mundo arbitral⁹⁴. La ley modelo de Uncitral de 1985, reformada en 2006, adoptó la expresión en su artículo 28⁹⁵,

bien en claro que se comprenden en su regulación los usos internacionales, los principios de comercio internacional, la “*lex mercatoria*” y expresiones análogas (SIQUEIROS, J. L., *Los Principios de Unidroit y la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales*, en *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los contratos comerciales internacionales del Unidroit*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998, p. 222). Como es sabido, la palabra “derecho” no tiene equivalente en inglés más que a través del término “*law*”. Comparto plenamente esta posición.

⁹² Ver en MORENO RODRÍGUEZ, J. A., *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, Universidad del Rosario-Cedep (Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política), Bogotá, 2013, Capítulo 6.

⁹³ Ver, *inter alia*, en mi artículo: *Debate sobre el Derecho no estatal y la “lex mercatoria”*, N° 1 del 2014 sobre Arbitraje Internacional de Forseti, accesible en: <http://www.forseti.pe/revista/2014-numero-1>.

⁹⁴ Esto me consta personalmente por haber participado en su momento en las deliberaciones sobre este tema.

⁹⁵ El comentario oficial de Uncitral al artículo 28 de la ley modelo expresa que al hacer referencia a la elección de las “normas de derecho” y no a la “ley”, la ley modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, por cuanto aquéllas pueden, por ejemplo, elegir de común acuerdo normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional (ver

utilizada también en el artículo 42 del Convenio de Washington de 1965 relativo a disputas de inversiones⁹⁶. La fórmula también había sido incluida en el artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de Uncitral de 1976, y mantenida en el actual artículo 35 del Reglamento de 2010⁹⁷; a su vez, guarda similitud con normas de varios reglamentos arbitrales⁹⁸.

La expresión “normas de derecho” se entiende más amplia que el término “ley” y permite a las partes designar como aplicable a su caso las reglas de más de un sistema jurídico, incluyendo las que no hayan sido adoptadas formalmente como “derecho estatal”⁹⁹.

c) *La fórmula de los Principios de La Haya*

Recogiendo esta terminología, el artículo 3º de los Principios de

también el Informe del Grupo de Trabajo de Uncitral, 18ª reunión, marzo de 1985 [A/CN.9/264, pp. 60-63]). En esta línea, tanto el comentario oficial inglés como el texto explicativo holandés a las leyes de arbitrajes de estos países consignan el entendimiento de que la *lex mercatoria* queda comprendida en la expresión “normas de derecho”; el texto en inglés puede encontrarse en el sitio http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm; el reporte explicativo holandés (Documento N° 18.464) se encuentra citado por DE LY, F., *International Business Law and “Lex Mercatoria”*, Elsevier Science Publishers B. V., Netherlands, 1992, p. 250.

⁹⁶ Documento A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1.

⁹⁷ Sobre los ajustes menores hechos al actual reglamento, ver en *Revision of the Uncitral Arbitration Rules, a Report by J. Paulsson-G. Petrochilos*, Comisioned by the Uncitral Secretariat, Draft for Comments, 31 March 2006. Las discusiones al respecto están reflejadas en los documentos A/CN.9/614, paras. 122-124; A/CN.9/641, paras. 106-113 y A/CN.9/684, paras. 91-100. Sobre este tema, pueden ampliarse en: MORENO RODRÍGUEZ, J. A., *Comentario al artículo 35*, en *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010, anotado y comentado*, dir. por P. Perales Viscasillas e I. Torterola, Legis, Buenos Aires, 2011.

⁹⁸ BARCELÓ III, J. J.; VON MEHREN, A. y VARADY, T., *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, Fourth Edition, Thomson Reuters, 2009, p. 70.

⁹⁹ Ya cuando se debatía el texto de la ley modelo de arbitraje de Uncitral, decía en las deliberaciones Bonell: “...se debe permitir a las partes desnacionalizar la controversia, indicando como base para su solución normas y principios de una naturaleza diferente, tomadas por ejemplo de los instrumentos internacionales, sean o no ejecutables, observando los usos comerciales y los principios o reglas comunes a los sistemas jurídicos nacionales de ambas partes...” (*Yearbook of the United Nations Commission on International Trade*, vol. XVI, 1985, p. 487, párr. 8).

La Haya establece cuanto sigue: “En estos Principios, la referencia a ‘Derecho’ incluye normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, a menos que el Derecho del foro establezca lo contrario”.

Como bien lo señalan Pertegás y Marshall, una solución así tiene el efecto de “nivelar la cancha” entre arbitraje y litigio¹⁰⁰. Antes había que recurrir a una cláusula arbitral para asegurarse de que la elección del Derecho no estatal fuera respetada, al menos en los países en sintonía con la ley modelo de Uncitral. Con la solución de La Haya ello ya no es necesario.

Pertegás y Marshall explican los requisitos introducidos¹⁰¹. Con lo de la exigencia de “reglas neutras y balanceadas” se pretende responder a la inquietud de que el poder negociador desigual lleve a la aplicación de reglas injustas o inequitativas. Quedan excluidas así las normas concebidas para conferir ventajas a una parte contratante, como las redactadas unilateralmente por ciertos círculos o gremios comerciales o profesionales. Lo del “conjunto de reglas generalmente aceptadas” busca disuadir a las partes de elegir categorías vagas o inciertas como normas de derecho. Conjunto de reglas generalmente aceptadas son, por ejemplo, los Principios Unidroit de Derecho contractual y la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías¹⁰², que puede ser elegida como derecho aplicable aun sin estar ratificada.

5. Elección expresa o tácita

La autonomía de la voluntad presupone que las partes han querido efectivamente elegir el derecho aplicable a sus contratos. Las dudas

¹⁰⁰ PERTEGÁS y MARSHALL, citados en la nota 60, p. 979.

¹⁰¹ Sobre esto ver en: PERTEGÁS y MARSHALL, citados en la nota 60, ps. 997-998.

¹⁰² En el seno de la Unión Europea se publicaron también *Principios* similares en los años 1995 (parte I), 1999 (partes I y II) y 2003 (parte III), elaborados por un grupo cuya cabeza visible fue el profesor escandinavo Ole Landö (Comisión Landö). Sobre este instrumento y otros elaborados ulteriormente, ver en MORENO RODRÍGUEZ, J. A., *Contratos y La Haya. Contratación y arbitraje. Contribuciones recientes*, Cedep, Asunción, 2010, p. 26.

surgen cuando ello no ha ocurrido en forma expresa, y en ese caso encontramos diversas fórmulas. El Convenio de La Haya de 1955 “sobre Ley aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales” acoge una posición *restrictiva* en la que el juez deberá limitarse a encontrar una aceptación “sin ambigüedad” en las cláusulas del contrato, excluyéndose la indagación de toda otra circunstancia exterior. Otra concepción, *amplia*, se encuentra en la Convención de La Haya de 1978 “sobre Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación”, según la cual el juez examinará no sólo lo expresado en el contrato, sino tendrá en cuenta, además, las circunstancias del caso que rodean a la celebración.

Las circunstancias del caso pueden ser tenidas también en cuenta tanto según el anterior Convenio de Roma de 1980 como el actual Reglamento Roma I. Este último habla de una elección que resulte “de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso” (art. 3.1)¹⁰³.

La voluntad tácita resulta cierta, por ejemplo, cuando se elige un contrato-tipo regido por un sistema jurídico particular¹⁰⁴; o cuando existe un contrato anterior donde hubo elección de derecho¹⁰⁵, o cuando se hace referencia a normas o leyes de un país determinado, o cuando un contrato forma parte de una serie de operaciones y se seleccionó un derecho para el acuerdo base sobre el que reposan los demás¹⁰⁶.

¹⁰³ El cambio terminológico con respecto al Convenio de Roma de 1980 tiene que ver con que se fortalece sobre todo la versión en inglés –y también la alemana– fraseadas como requiriéndose que una selección tácita debe ser “claramente demostrada” y no sólo “demostrada con razonable certeza”. Esto no apunta a cambiar el espíritu de la regulación anterior, sino simplemente a poner en línea la versión inglesa y la germana con el texto en francés del Convenio de Roma (HEISS, citado en la nota 85, p. 1).

¹⁰⁴ Así, la póliza de seguro marítimo de Lloyds de Londres hace presumir la sumisión al Derecho inglés (GIULIANO y LAGARDE, citado en la nota 81, comentario al art. 3°).

¹⁰⁵ SANTOS BELANDRO, citado en la nota 4, ps. 77-78.

¹⁰⁶ Reporte M. Giuliano y P. Lagarde (citado en la nota 82), comentario al artículo 3°. Bonomi refiere que los redactores del Convenio de Roma pretendieron distinguir entre elección tácita –es decir, elección que las partes ciertamente tenían en mente, aunque no lo declararon expresamente– y elección puramente hipotética –es decir, la que las partes habrían probablemente hecho si hubieran considerado la cuestión

Dentro del mismo espíritu, la Convención de México prevé que la elección del derecho debe ser expresa, o en todo caso debe manifestarse “en forma evidente”, tanto “de la conducta de las partes” como “de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto” (art. 7º), a cuyo efecto deberán ser objeto de consideración todos los puntos de contacto del contrato, como lugar de celebración y de ejecución, idioma, moneda, lugar de arbitraje o foro, por citar ejemplos¹⁰⁷.

Esta última es también la solución de los Principios de La Haya, que admiten la elección tácita, “en tanto lo sea de manera clara” (art. 4º), desechándose una propuesta que se había formulado en el Grupo de Trabajo de que se establezca un estándar de “intenciones manifiestamente claras”, por entenderse que sería muy alto, en particular para ciertos Estados que requieren estándares menores para otros aspectos sustanciales del contrato¹⁰⁸.

En su segunda parte, la norma prevé que “un acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal nacional o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no es equivalente de por sí a una elección de derecho aplicable”. La fórmula contraría una posición extendida en el *common law*. Según Juenger, aunque las reglas digan lo contrario existe una tendencia casera (*homing trend*) de los tribunales de aplicar derecho propio¹⁰⁹. En el caso “Soulie”, la Corte

del derecho aplicable—. No obstante, en la práctica, la línea entre estas dos situaciones es más bien vaga; de hecho, los tribunales ingleses y alemanes son menos estrictos en descubrir elecciones tácitas que sus homólogos europeos (ver este tema y sus alternativas en BONOMI, A., *The Principles of Party Autonomy and Closest Connection in the Future EC Regulation “Rome I” on the Law Applicable to Contractual Obligations*, en *DeCITA, Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades*, Zavalía, Buenos Aires, 2005, ps. 335-336, quien nombra las decisiones alemanas del *Bundessgerichtshof* de 1997 y 1999).

¹⁰⁷ La cuestión de la selección del derecho aplicable fue objeto de arduo debate en las discusiones previas a dicha convención interamericana. Se prefirió finalmente que la elección tácita resulte “evidente”, en vez de recurrirse a palabras como “notoria” o “inequívoca”. Ello en el entendimiento de que así quedará más claro que se apunta a que la elección la hagan las partes, “expresa” o “evidentemente”, y no un tercero (el juzgador), en su lugar. HERBERT, citado por DE ARAÚJO, citada en la nota 5, p. 181.

¹⁰⁸ Prel. Doc. N° 4 of 2012, Annex III, p. 7.

¹⁰⁹ JUENGER, F. K., *General Course on Private International Law* (1983), en

de Casación dijo en 1910 preferir que los tribunales franceses juzguen de acuerdo a una ley francesa antes que una ley extranjera que no conocen. Hay un similar *dictum* inglés de Lord Denning en “*The Atlantic Star*” (1973)¹¹⁰. Obviamente puede ser un elemento importante, pero en definitiva la solución de La Haya es que la selección de un juzgador no deba resultar determinante para entender que debe aplicarse su derecho.

Los Principios de La Haya se ocupan además de este tema en el contexto del arbitraje. Según la segunda frase del artículo 4º, la elección de un tribunal arbitral tampoco constituye un indicador suficiente, por sí mismo, de que las partes han efectuado una elección tácita del derecho aplicable. En el comentario se expresa que las partes pueden haber elegido un tribunal debido a su neutralidad o especialización. Sin embargo, un acuerdo de arbitraje que remita los conflictos a un foro claramente especificado puede ser uno de los factores para determinar la existencia de una elección tácita del derecho aplicable.

6. *Validez formal de la elección del derecho*

El artículo 5º de los Principios de La Haya expresa que “[l]a elección de derecho no está sujeta a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes dispongan expresamente lo contrario”. De modo que ella podrá ser hecha por medios electrónicos o incluso verbalmente, salvo estipulación en contrario. También puede elegírsele dentro del contrato que celebran las partes, o puede ser seleccionado por un acuerdo separado.

Obviamente se requerirá de formalidades cuando las mismas partes expresen, por ejemplo en un memorándum de entendimiento, que la cláusula de derecho aplicable deberá constar por escrito en el contrato eventual que celebren a su respecto¹¹¹.

Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1985, IV, t. 193 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, ps. 133-134. La expresión “homeward trend” se atribuye a Nussbaum (KAHN-FREUND, O., *General Problems of Private International Law*, A.W. Sijthoff y Leyden, 1974, p. 280).

¹¹⁰ KAHN-FREUND, citado en la nota 109, p. 309.

¹¹¹ Señala el comentario a los Principios de La Haya que su artículo 5º no es una

El comentario a esta norma aclara que el artículo 5° de los Principios sólo se refiere a la validez formal de la elección del derecho aplicable. El resto del contrato (el contrato principal) debe cumplir los requisitos formales de, por lo menos, un ordenamiento cuya aplicación esté permitida por la norma de Derecho Internacional Privado aplicable. De modo que si las partes celebran un contrato y pactan que se regirá por el Derecho de un Estado según el cual el contrato principal es formalmente válido, el acto tendrá virtualidad si las normas de Derecho Internacional Privado aplicables aceptan el principio de la autonomía de la voluntad.

7. Acuerdo sobre la elección del derecho

En materia de contratación internacional se distingue entre las cláusulas del contrato en sí, que hacen relación a los derechos y obligaciones de las partes, por un lado, y por el otro lado todo lo que se refiere específicamente a la elección del derecho aplicable (*pactum de lege utenda* o de *electio juris*). En este último caso se habla de un contrato para el contrato, y no de un contrato en el contrato¹¹².

El *pactum de lege utenda* puede estar incluido en el contrato principal o tener suerte independiente. Como sea, se presenta aquí un círculo

norma de conflicto de leyes (que remite a un sistema jurídico nacional), sino más bien una norma sustantiva que se justifica por varios motivos. En primer lugar, el principio de autonomía de la voluntad indica que, para facilitar el comercio internacional, la elección del derecho aplicable por las partes no debería verse restringida por requisitos formales. En segundo lugar, la mayor parte de los sistemas jurídicos no exigen una determinada forma para la mayoría de los contratos comerciales internacionales, incluidas las disposiciones de elección del derecho aplicable (por ej., artículo 11 de la CISG; artículo 1[2] [primera frase] y 3.1.2 de los Principios Unidroit). En tercer lugar, muchos códigos de Derecho Internacional Privado emplean puntos de conexión alternativos orientados a resultados en lo que se refiere a la validez formal de los contratos (incluidas las disposiciones de elección del derecho aplicable), basándose en el principio subyacente de favorecer la validez de los contratos (*favor negotii*). Señala también el comentario a los Principios de La Haya que el hecho de que los Principios estén diseñados únicamente para contratos comerciales, hace innecesario someter la elección del derecho aplicable a requisitos formales u otras restricciones similares para la protección de las partes supuestamente más débiles, como los consumidores o los trabajadores.

¹¹² Ver DE LY, citado en la nota 95, ps. 65-66.

vicioso, porque en caso de elección expresa el derecho que regula el contrato principal deriva de la voluntad de las partes; sin embargo, se plantea aquí la cuestión de en qué ley se fundamentará el *pactum de lege utenda*¹¹³.

Una primera teoría aplica la *lex fori* a la cláusula de elección del derecho, lo cual, sin embargo, puede frustrar la intención de las partes. Otra posición sostiene que se aplica el derecho si no hubiera elección del derecho. Pero ésta conlleva las incertidumbres que se quisieron evitar al introducir la cláusula en el contrato. Una tercera postura aplica el Derecho elegido en la cláusula de elección del derecho¹¹⁴. Esta solución tiene problemas cuando la selección no fue adecuadamente consentida, por ejemplo en caso de consentimiento por sorpresa¹¹⁵.

El Reglamento Roma I prevé en su artículo 3.5 que el consentimiento se determina por el derecho que se aplicaría si dicho acuerdo existiera. Ello va en línea con la pretensión de dar lo máximo de virtualidad posible a la voluntad de las partes¹¹⁶. Se aparta de esta solución el artículo 12 de la Convención de México, cuya segunda parte dispone: "...para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte".

Por su parte, el artículo 6.2 de los Principios de La Haya va hacia algo intermedio, puesto que como regla acepta que "para determinar si las partes acordaron una elección del derecho, se aplica el derecho presuntamente elegido por las partes..." A su vez, prevé el artículo 6.1(a) que "el derecho del Estado en que una parte tiene su esta-

¹¹³ Si la identificación de la ley aplicable depende de los términos del contrato, y éstos dependen de la ley que los gobierna, ¿dónde comienza el análisis? El principio de la autonomía de la voluntad no puede ser autosuficiente. Se requiere algún punto de referencia externo para explicar por qué se justifica el recurso a la autonomía de la voluntad (BRIGGS, A., *The Conflict of Laws*, en *Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 149).

¹¹⁴ Esta última es la salida del artículo 10(1) de la Convención de La Haya de la ley aplicable a compraventa internacional de mercaderías y del artículo 116(2) de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado, por citar ejemplos.

¹¹⁵ DE LY, citado en la nota 95, ps. 67-68.

¹¹⁶ Versión consolidada, citada en la nota 103, p. 23.

blecimiento determina si esa parte consintió con la elección de derecho si, en vista de las circunstancias, no es razonable determinar esta cuestión según el derecho mencionado en este artículo”. El comentario oficial de los Principios de La Haya a esta última disposición subraya, sin embargo, su carácter excepcional.

8. *Separabilidad de la cláusula de elección del derecho*

El artículo 7º de los Principios de La Haya señala que “la elección del derecho no puede ser impugnada únicamente invocando que el contrato al que se aplica no es válido”.

Tal es el principio de la separabilidad, el cual –según expresa el comentario oficial al texto de La Haya– significa que un acuerdo de selección del derecho es autónomo e independiente del contrato que lo contiene o que lo aplica. Ello de modo que la invalidez del contrato no necesariamente conlleva la ineficacia del acuerdo de selección del derecho. El Reglamento Roma I contiene una solución similar en este sentido –como también, en el ámbito jurisdiccional, la Convención de la Haya sobre selección de foro de 2005¹¹⁷– y en materia arbitral el principio de la separabilidad, contenido en el artículo 16 de la ley modelo de Uncitral, es ampliamente aceptado y utilizado.

Puede ocurrir, según el comentario 7.2 de los Principios de La Haya, que una sociedad formalice un contrato internacional para el que hubiera sido menester una decisión asamblearia. No necesariamente afectará la cláusula de selección del derecho la invalidez del contrato por no haberse reunido dicho recaudo. Obviamente, si tanto el acuerdo principal como el de elección del derecho se hallan afectados por el mismo vicio, ambos resultarán inválidos, como por ejemplo ante la ilegalidad de haber sido obtenido el consenso mediante soborno¹¹⁸.

9. *Exclusión del reenvío*

La aplicación de un Derecho nacional determinado, ¿incluye también sus normas de conflicto? De ser así, muchas veces esas normas

¹¹⁷ Versión consolidada, citada en la nota 103, p. 25.

¹¹⁸ Véase el comentario al artículo 7.10 de los Principios de La Haya.

vuelven a derivar la solución a otro derecho¹¹⁹, y tal es el problema que presenta el reenvío¹²⁰, descrito en algún momento como el tema más ferviente y ampliamente discutido en Derecho Internacional Privado¹²¹.

El artículo 20 de Roma I, el artículo 28 (1) de la ley modelo Uncitral y el artículo 17 de la Convención de México excluyen al reenvío. Toda referencia a la legislación de un país se refiere a la ley de fondo y no a su sistema de conflicto de leyes.

Ésta puede considerarse la posición absolutamente prevalente en doctrina del Derecho Internacional Privado sobre este tema, que puede entenderse, hoy por hoy, mayormente superado. En la misma línea, el artículo 8º de los Principios de La Haya regula que “la elección del derecho no incluye las normas de conflicto de leyes del Derecho elegido por las partes, a no ser que las partes establezcan expresamente lo contrario”¹²².

10. *El problema de la batalla de formularios*

Los Principios de La Haya constituyen el primer instrumento in-

¹¹⁹ El problema se presenta cuando los sistemas utilizan distintos puntos de conexión (ver al respecto R. Silva Alonso [nota 65], ps. 138 y ss.). En el Derecho Internacional Privado encontramos elementos de conexión relativos a la capacidad, a aspectos extrínsecos o formales y a aspectos intrínsecos o de fondo. Con relación al fondo, se habla de ley del lugar de ejecución (*lex loci executionis*), ley del lugar del contrato (*lex loci contractus*), ley del domicilio del deudor (*lex domicilii*), ley personal (*lex patriae*) y ley escogida por las partes (*lex voluntatis*). A su vez, se hablan de los siguientes elementos de conexión relativos a la capacidad: territorialidad (*lex fori*), nacionalidad (*lex patriae*) y domicilio (*lex domicilii*).

¹²⁰ Muchos de los problemas aquí se reducirían si se evitan conflictos entre los sistemas de la nacionalidad y el domicilio, a cuyo efecto se encamina la Convención de La Haya de 1955 sobre conflictos entre la ley de nacionalidad y domicilio. También existen otros problemas, como diferencias ocultas en el problema de calificación. Por ejemplo, algunos sistemas califican a la prescripción como un problema de fondo en tanto que otros como un problema procesal. KAHN-FREUND, citado en la nota 109, p. 289.

¹²¹ KAHN-FREUND, citado en la nota 109, p. 285.

¹²² Consistente con las convenciones de La Haya que dejan afuera el reenvío. Consolidated version of preparatory work leading to the draft Hague principles on the choice of law in international contracts - drawn up by the Permanent Bureau: http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf.

ternacional que regula esta cuestión. Es muy común que en la contratación internacional las partes recurran a formularios modelo o condiciones generales. Al respecto, no existen restricciones a este respecto en los Principios de La Haya. Al contrario —está visto—, no se exige allí que el acuerdo de las partes sobre selección del derecho revista una forma particular.

Si las cláusulas estándar de ambas partes designan un derecho, o si solo una de ellas emplea una cláusula de derecho aplicable, rige el artículo 6(1)(a). La norma dispone que se utiliza el Derecho presuntamente elegido por las partes para determinar si efectivamente ha existido un “acuerdo” al respecto.

Ahora bien, suele ocurrir con frecuencia que los formularios estándares que utiliza cada parte difieren en la selección del derecho. Tal situación se denomina comúnmente “conflicto entre formularios” (*battle of forms*). Cuando se les plantea este tema, a menudo los tribunales evitan o sortean esta cuestión, o aplican simplemente el derecho del foro (*lex fori*). La cuestión recibe respuesta en el artículo 6(1)(b) de los Principios de La Haya, que expresa lo siguiente: “Si las partes utilizaron cláusulas estándar que designan dos Derechos diferentes y según ambos Derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el Derecho indicado en esas cláusulas estándar; si según estos Derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna, no habrá elección del derecho aplicable”.

Sin embargo, en cualquier caso rige siempre la excepción establecida en la parte final del artículo 6° que hace prevalecer el derecho del Estado en el que una parte tiene su establecimiento si, en vista de las circunstancias, no fuere razonable determinar el consentimiento según las reglas antedichas.

11. Alcance de aplicación del derecho

El artículo 9° se encarga de precisar que el derecho aplicable según los principios “rige todos los aspectos del contrato entre las partes, en particular: a) su interpretación; b) los derechos y obligaciones derivados del contrato; c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo la valoración de los daños y perjuicios;

d) los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato¹²³; f) la carga de la prueba en las presunciones legales, y g) las obligaciones precontractuales". La lista no es exhaustiva. De allí la expresión "en particular" incluida en la norma.

Aunque en algunos sistemas estas cuestiones no sean consideradas "contractuales, su inclusión en esta lista garantiza la seguridad jurídica y la uniformidad de resultados, pues se reduce el incentivo de búsqueda del foro de conveniencia en lo que a ellas respecta.

12. *Cesión de créditos*

Este tema, previsto en Roma I¹²⁴, no ha sido abordado en la Convención de México. Sí se ocupan de él los Principios de La Haya, cuyo artículo 10 señala lo siguiente: "En el caso de una cesión contractual de un crédito ostentado por un acreedor frente a un deudor en virtud de un contrato que los vincula: a) si las partes del contrato de cesión de crédito han elegido el derecho que rige su contrato, el derecho elegido rige los derechos y obligaciones del acreedor y del cesionario derivados de su contrato; b) si las partes del contrato entre el deudor y el acreedor han elegido el derecho que rige su contrato, el derecho elegido rige (1) la cuestión de saber si la cesión de crédito es oponible al deudor, (2) los derechos del cesionario contra el deudor, y (3) la cuestión de saber si el deudor se ha liberado de sus obligaciones".

Dice el comentario que la norma tiene como objetivo dar lo máximo posible de virtualidad a la voluntad de las partes en la elección del derecho aplicable cuando está expresada en las cesiones de crédito. No obstante, por la complejidad de las situaciones que se presentan en operaciones como la cesión de crédito, la norma responde a la necesidad de esclarecer qué derecho se aplica cuando existen dos o

¹²³ El párrafo 1(e) no excluye la aplicación de cualquier otro derecho que confirme la validez formal del contrato.

¹²⁴ A diferencia de Roma I, no se ocupan los Principios de La Haya de otras situaciones como la subrogación convencional y legal (arts. 14 y 15) o la compensación (art. 17), centrándose en las cesiones, que son muy frecuentes en la praxis comercial internacional.

más contratos que coexisten (por ej.: un contrato entre el acreedor y el deudor y otro contrato entre el acreedor y el cesionario), en los que las partes de cada uno hayan elegido diferentes derechos aplicables.

13. *Orden público*

a) *En general*

El artículo 11 de los Principios de La Haya¹²⁵ –en sintonía con Roma I y la Convención de México–, sin caer en el laberinto terminológico, contempla los dos aspectos del orden público: el orden público propiamente dicho y las leyes de policía. La inclusión de ambas nociones en un mismo artículo se aparta de la tradición de la Conferencia de La Haya de regularlos por separado¹²⁶.

Pero ¿de qué se trata ambas nociones? En el Derecho Comparado la nomenclatura no es homogénea, en este tema en que se influyen recíprocamente distintas doctrinas anglosajonas y del Derecho Civil continental europeo, con sus términos propios, a lo cual cabe agregar las divergencias existentes incluso dentro de los distintos regímenes jurídicos entre sí sobre el tema¹²⁷. En definitiva, los distintos términos empleados (orden público, orden público internacional, leyes de policía y otros), de manera evidente, aluden al interés general que debe hacer prevalecer el juzgador por sobre cualquier estipulación contractual de las partes.

A veces se persigue resguardar intereses del Estado, como ocurre con las regulaciones de control de cambios o restricciones de transferencias o las que apuntan al funcionamiento de un mercado efectivo

¹²⁵ Dado lo dificultoso del tema, no es de extrañar que la cuestión del orden público en el arbitraje haya sido una de las “más delicadas” tratadas en la elaboración de los Principios de La Haya (ver versión consolidada http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf).

¹²⁶ Así aparecen en todos los instrumentos de la conferencia de los últimos 50 años (arts. 16-17 de la Convención de 1978 sobre agencia; arts. 17-18 de la Convención de 1986 sobre compraventa; art. 11 de la Convención de 2006 sobre valores intermediados).

¹²⁷ VAN HOUTTE, H., *From a National to a European Public Policy*, en *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Transnational Publishers Inc., New York, 2002, p. 841.

a través de la libre competencia, para la consecución de objetivos políticos, sociales y económicos (y aquí se habla de un orden público “de dirección” y de “coordinación”). Otras veces el Estado protege a las partes consideradas débiles y, por ende, necesitadas de tutela (aquí se habla de orden público “de protección”), tal cual ocurre, por ejemplo, con trabajadores o consumidores.

En uno u otro caso puede haber “leyes de policía” o imperativas¹²⁸, que como tales se aplican directamente dentro del territorio, sin siquiera entrar en un análisis de conflicto de leyes.

Incluso, el artículo 11.2 de los Principios de La Haya faculta al tribunal judicial a “...tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación”¹²⁹. A este respecto debería evaluarse que el ámbito de aplicación de dicha ley no sea abusivo, que el juzgador lo considere legítimo¹³⁰ y que exista una conexión cercana¹³¹.

¹²⁸ La terminología en francés de *lois de police* –leyes de policía– se habría utilizado por primera vez en una referencia que hizo Bouhier, quien vivió de 1673 a 1746 (RUBINO, SAMMARTANO y MORSE, citados en la nota 85, p. 10). Recoge la expresión el Código Civil francés, que habla de *lois de police* en su artículo 3(1). Esta terminología se encuentra muy extendida en el Derecho Comparado, a pesar de que existen otras como “leyes de aplicación inmediata” (ver GRIGERA NAÓN, H., *Public Policy and International Commercial Arbitration: The Argentine Perspective*, en *Journal of International Arbitration* [Kluwer Law International, 1986, vol. 3, Issue 2], después de la nota 17); “cláusulas autolimitativas en las leyes, *norme autolimitate*, reglas internas especialmente condicionadas, leyes localizadas” (KAHN-FREUND, nota 126, p. 95), y *norme di applicazione necessaria* (RUBINO, SAMMARTANO y MORSE, citados en la nota 85, p. 16). El Convenio de Roma utiliza la expresión “leyes de policía” (art. 7º), aunque el Reglamento Roma I hable también de “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo”, señalando que aquella expresión debe interpretarse de manera más restrictiva (art. 8.1). A su vez, la Convención de México habla de disposiciones imperativas” (art. 11).

¹²⁹ Suele citarse como antecedente a esta norma una decisión de la Cámara de los Lorens de 1958 (Caso “Ragazzoni/Sethia”), en la que se tuvo en cuenta el Derecho imperativo que prohibía la exportación de yute a Sudáfrica en un contrato regido por el Derecho inglés. Según un importante estudio europeo, hasta ahora, la jurisprudencia en Europa relativa al apartado 1 del artículo 7º es aún muy rara. Esta facultad de aplicar el Derecho de un tercer Estado la confiere también el artículo 9.3 del Reglamento Roma I.

¹³⁰ MAYER, P. y HEUZÉ, V., *Droit International Privé*, 7ª ed., Montchrestien,

Ahora bien, puede que no existan leyes de policía que demanden aplicación, pero que la solución resultante de aplicar las normas de conflicto termine atentando contra intereses fundamentales o protegidos por el sistema del juzgador. En este caso, el orden público será un mecanismo de defensa que permite al juzgador no aplicar el Derecho foráneo que hubiera correspondido conforme al mecanismo conflictual y, en su caso, habilita a rechazar la ejecución de una sentencia extranjera cuando es ofensiva al mismo. Tiene así una función correctiva¹³².

Al respecto, dispone el artículo 11.3 de los Principios de La Haya que “Un tribunal judicial puede denegar la aplicación de una disposición del Derecho elegido por las partes únicamente en el caso y en la medida en que su aplicación resulte manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de orden público del foro”.

El Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya que elaboró el proyecto consideró la formulación de este apartado y la utilización de la noción de “manifiestamente incompatible” como *leitmotiv* del emprendimiento, es decir, promover al máximo la autonomía de la voluntad, evitando todo lo posible las interferencias de los Estados. La cuestión de una eventual delimitación de las “nociones fundamentales del orden público” fue objeto de amplios debates durante las reuniones del equipo que elaboró el instrumento. En opinión del Grupo de Trabajo, es prácticamente imposible incluir líneas directrices precisas con respecto a ello, salvo en lo relativo al carácter restrictivo de

Paris, 2001, p. 86. Al respecto, dice Hays que el Convenio de Roma tiene por objetivo, por un lado, asegurar la protección de expectativas de las partes y, por el otro, resguardar intereses que puedan tener los Estados en proteger a “partes débiles”, como el consumidor y el empleado. Estos intereses pueden ser del foro o de un tercer Estado (HAY, P., *Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law*, en *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1991, IV, tome 226 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 396).

¹³¹ VISHER, F., *New Tendencies in European Conflict of Laws and the Influence of the U.S. Doctrine, a Short Survey*, en *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren* cit., p. 462.

¹³² VAN HOUTTE, citado en la nota 127, ps. 842-856.

la excepción a la autonomía de la voluntad que el recurso al orden público implica¹³³. Este carácter restrictivo es, pues, el que debería imperar como norte.

Este orden público distinto se encuentra recogido en diversos instrumentos que regulan vinculaciones internacionales, a veces utilizando la expresión “orden público internacional”¹³⁴ u “orden público” a secas¹³⁵. Por su parte, todas las convenciones de la Conferencia de La Haya luego de 1955 incorporan la palabra “manifiesta”¹³⁶ para aludir a la contravención del orden público, subrayando así su carácter restrictivo en el plano internacional¹³⁷. En el mismo sentido, se expide el artículo 18 de la Convención de México, además de distintas regulaciones de la Unión Europea.

VI. Conclusión

“Lastima la razón y es una vergüenza para los juristas”. Así ca-

¹³³ http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf.

¹³⁴ Por ejemplo, en los artículos 1514 y 1520 (5) del Código Procesal Civil francés (reformado por el artículo 2º del decreto 2011-48 del 13 de enero de 2011); en el artículo 1096 (f) del Código de Procedimiento Civil portugués de 1986; como así también en la legislación de Algeria, Líbano y Paraguay.

¹³⁵ Así, la ley modelo de arbitraje de Uncitral (art. 34[2][b][ii]) y varias otras dictadas en consecuencia, así como reglamentos arbitrales, además de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (art. V, 2.b).

¹³⁶ Tal cual lo resalta E. Jayme, *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne*, en *Cours général de droit international privé, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, IV, t. 251 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 229.

¹³⁷ Ver RUBINO, SAMMARTANO y MORSE, citados en la nota 85, ps. 19-20. La palabra “manifiesta” ha sido incorporada también a instrumentos convencionales interamericanos. Así lo hace la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (art. 2.h), la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (art. 17), la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, la Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a la contratación internacional y, en el ámbito mercosureño, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (art. 20, inc. f) y el Protocolo de Medidas Cautelares (art. 17).

lificaría David aún hoy, cuarenta años luego de que emitiera la célebre frase¹³⁸, al régimen de la contratación internacional en lo que respecta al derecho aplicable, al menos en gran parte de los países del orbe.

Auspiciosos hechos recientes, y particularmente la aprobación de los Principios de La Haya, permiten augurar que en tiempos venideros —ojalá más pronto que tarde— la situación será felizmente revertida.

¹³⁸ Reporte General ante Unidroit en 1977, citado por GOLDMAN, en CARBONNEAU, T. E. (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. xxii.