# LOS CONTRATOS Y LA HAYA: ¿ANCLA AL PASADO O PUENTE AL FUTURO?

## EN MEMORIA DE ARTHUR TAYLOR VON MEHREN *

## OS CONTRATOS E HAYA: ÂNCORA AO PASSADO OU PONTE PARA O FUTURO?

### EM MEMÓRIA DE ARTHUR TAYLOR VON MEHREN

JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ **

Recebido para publicação em maio de 2010.

**RESUMO**: A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado dirige-se atualmente a elaboração de um eventual instrumento que fixe parâmetros em matéria contratual transfronteiriça. Mas este não é uma iniciativa isenta de perigos, posto que um eventual texto possível que não recolha com audácia os avanços recentes da disciplina, antes de constituir uma "ponte para o futuro", contribuindo para um novo regime normativo de contratação no mundo, pode terminar "ancorado no passado", retrocedendo aos distintos avanços registrados. Ciente desta iniciativa e preocupado com a consolidação da prática arbitral, este texto analisa os pontos que considera essenciais para o tema em discussão: história e direito comparado, universalismo e processos de homogeinização, o errático "conflitualismo nacionalista", uma nova *lex mercatoria* universal, arbitragem e universalismo e as lições que a América Latina apresenta para estudar o tema (influências da codificação latino-americana, os Tratados de Montevidéu, o Código Bustamante, os problemas do conflitualismo na América Latina, mudanças da paisagem latino-americana a patir da arbitragem, a Convenção do México).

**PALAVRAS-CHAVE**: lex mercatoria; universalismo; tratado de montevidéu; Código Bustamante; Convenção do México; arbitragem.

**RESUMEN**: La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se dirige actualmente hacia a la elaboración de un eventual instrumento en materia contractual transfronteriza. Pero se trata de una iniciativa no exenta de peligros, puesto que un eventual texto que no recoja con audacia los adelantos recientes en la materia, antes de tender un "puente al futuro", que contribuya a una mejoría del régimen normativo de la contratación en el mundo, puede terminar "anclándose al pasado" y poniendo en riesgo los distintos avances registrados hasta el momento. Consciente de esta iniciativa y preocupado por la consolidación de la práctica arbitral, este texto revisa los puntos que considera esenciales para el tema en discusión: historia y derecho comparado, universalismo y procesos de homogeneización, el errático "conflictualismo nacionalista", una nueva "*lex mercatoria*" universal, arbitraje y el universalismo y lecciones de América Latina para estudiar el tema (influencias en la codificación latinoamericana, los Tratados de Montevideo, el Código Bustamante, problemas del conflictualismo en Latinoamérica, cambio del paisaje latinoamericano a partir del arbitraje, la Convención de México).

**PALABRAS CLAVES**: lex mercatoria; universalismo; tratados de Montevideo; Código Bustamante; Convención de México; arbitraje.

* Tuve el privilegio de tenerlo como supervisor de mi *LL.M Thesis* en Harvard. Cada día que pasa acreciento la admiración sentida hacia este afable maestro –uno de los más grandes iuscomparatistas de la historia–, que hace poco emprendió el camino final hacia la inmortalidad.

** Miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que se encuentra evaluando un eventual instrumento a ser adoptado por dicho organismo en materia de contratación.

## Introducción

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, a la que incuestionablemente puede calificarse como el máximo organismo codificador mundial en la especialidad, se halla abocada actualmente, entre otros trascedentes menesteres, a la elaboración de un instrumento en materia contractual transfronteriza[1]. El proceso se encuentra aún en etapa germinativa, al punto que no se sabe todavía si el texto final adoptará la forma de una "guía legislativa", una "ley modelo" o –como quizás sea el caso, eventualmente– unos "principios" o "*restatements*", muy parecidos a los que el instituto conocido bajo el acrónimo de UNIDROIT viene proponiendo y ampliando a partir de 1994, siguiendo fundamentalmente el modelo norteamericano de consolidar el derecho existente e incluso apuntar a mejorarlo, dejándolo expresado en reglas concretas, con comentarios e incluso ejemplos, en su caso.

Para el efecto, ha conformado un grupo de trabajo, integrado por quince expertos representativos de países en los cinco continentes, además de haberse convocado a observadores provenientes de círculos y organismos que lidian con la problemática de la contratación y el comercio transfronterizo desde la óptica académica –como la propia UNIDROIT–[2], o desde la práctica diaria –como la Cámara de Comercio Internacional o el gremio internacional de abogados identificado comúnmente bajo las siglas de IBA, correspondientes al nombre en inglés–.

¿Es necesario este despliegue de energías y recursos de parte del organismo asentado en La Haya? En los documentos de trabajo, y luego de diversas consultas y de las respuestas a formularios recibidas a este respecto, el organismo parece convencido de que sí: resulta necesario un instrumento que se ocupe a escala global de la problemática de la contratación en materia de "Derecho Internacional Privado", sobre todo para promover el principio de la "autonomía de la voluntad" o libertad contractual para elegir el contenido del acuerdo que mejor parezca a las partes, incluyendo el derecho al que se someterán, dentro, obviamente, de los cauces marcados por el límite imperativo existente en los diversos lugares del orbe en protección a intereses colectivos superiores.

1 Al respecto, puede verse la contribución de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado incluida en este libro. La página del citado organismo es la siguiente: http://www.hcch.net.

2 Ello debido a la marcada incidencia de académicos en sus trabajos en materia contractual, si bien UNIDROIT es un organismo intergubernamental (ver en http://www.unidroit.org).

Se entiende que el principio autonomista ha sido ampliamente aceptado en el mundo de mayor desarrollo, en tanto que existen regiones –particularmente de Latinoamérica y África– que necesitan aún consolidarlo. Se considera, pues, deseable contar con un modelo que sirva eventualmente como inspiración en materia homogeneizadora, en el entendimiento de que resulta anhelable contar con reglas, lo más aproximadas posibles, que aborden la problemática de la contratación tranfronteriza en el mundo. El proyecto tiene, pues, justificativos loables.

Pero se trata de una iniciativa no exenta de peligros, puesto que un eventual texto que no recoja con audacia los adelantos recientes en la disciplina, antes de tender un "puente al futuro", que contribuya a una mejoría del régimen normativo de la contratación en el mundo, puede terminar "anclando al pasado" y poniendo en riesgo de que se retroceda de los distintos avances registrados luego de los devastadores efectos derivados del estatismo decimonónico, de los que trabajosamente se vino desalijando el mundo, sobre todo con particular ímpetu en las últimas décadas.

En lo que sigue expondremos a grandes rasgos lo nociva que ha sido la nacionalización de los contratos luego del siglo XIX, para después aludir a hitos centrales marcando un nuevo derrotero que reencauza el derecho contractual con su historia milenaria. Particular énfasis será puesto en la Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a la contratación internacional –instrumento que, como se verá, se encuentra destinado a tener virtualidad fundamentalmente en las Américas–, todo un modelo a seguir en este sentido. El organismo de La Haya, al no hallarse constreñido por las limitantes que representa la negociación diplomática de un texto convencional –puesto que quedó descartada la vía del tratado para el nuevo instrumento a elaborarse–, tiene la oportunidad única, facilitada por la coyuntura, muy distinta a la de hace unos lustros, de seguir la huella de los avances del texto convencional interamericano. Puede incluso mejorarlo, en lo que quedó a medio camino en las negociaciones de este tratado que, como todo instrumento de sus características, terminó siendo objeto de compromisos y concesiones, evitables cuando se elabora un documento de fuerte raigambre académica como el que se encuentra ahora en ciernes a instancias de la Conferencia de La Haya.

Antes de proseguir, permítaseme –en este caso desde una óptica centrada en el contrato– formular un pequeño comentario muy básico que, sin embargo, usualmente lo pierden de vista exponentes tradicionales encasillados en la disciplina del Derecho

Internacional Privado en su cerrazón hacia un amplio diálogo interdisciplinario[3]. Cuando se reconoce el contrato, se pretende dar virtualidad a lo pretendido por las partes, hasta de manera coercitiva o, al menos, imponiéndose una sanción en caso de incumplimiento. Pero, ¿cómo pretender hacer esto de manera justa, cuando terminamos sometiendo a las partes, muchas veces por –mala– fortuna, a un régimen jurídico que desconocen?

Este es el resultado producido por la "localización" del contrato dentro de un derecho nacional determinado, tal cual lo propugnan los "conflictualistas", fieles al legado decimonónico. En principio, el problema no debería suscitarse cuando los contratantes han hecho elección clara del derecho aplicable, aunque aquí también existen matizaciones a ser hechas más adelante. Surgen, empero, muchas razones por las que las partes pudieron no haber elegido el derecho aplicable, si más no fuera porque en una abrumadora cantidad de ocasiones, quienes se encuentran envueltos en el quehacer comercial transfronterizo, no son más que simples comerciantes –no avezados en cuestiones jurídicas–, que intercambian correspondencias o correos electrónicos y se limitan a cumplir lo pactado, pese a lo cual puede presentarse la eventualidad de una controversia, por ejemplo sobre condiciones de la entrega, garantías o gastos. En este caso, ¿por qué terminar castigando a una de las partes, determinando la aplicabilidad del derecho de la otra en algún eventual conflicto?

Son tan aleatorias las reglas conflictualistas, como se insistirá más adelante, que cualquiera de los dos contratantes, según su particular –des– fortuna, puede terminar perdidosa en esta absurda derivación de "guillotinar" a una –por utilizar una expresión conocida de JITTA-, al someterla compulsivamente a las derivaciones de un derecho que no conoce, sencillamente por no haber pactado el derecho aplicable.

¿No es mucho más razonable, en este caso, seguir obsesionado con determinar qué es lo que en definitiva las partes han querido al contratar, cuáles eran sus legítimas expectativas, sus prácticas anteriores entre sí en su caso, o también –de existir–, los usos y costumbres de la actividad comercial concernida, o de la región o incluso del mundo, sobre todo cuando existen principios claramente aceptables internacionalmente en un sentido u otro? ¿No es mucho más sensato, al final, buscar una solución justa al caso, a partir de su propia formulación, y no

3 La tentación humana –nos dice GORDLEY– se presenta en académicos que se imaginan como "maestros" de una materia dada, no necesitando de ayuda alguna de otras materias que los mismos no han llegado a dominar (J. GORDLEY, "Comparative Law and Legal History", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, p. 772). No es de extrañar, entonces, que la contratación internacional haya sido estigmatizada como la materia más confusa del Derecho internacional privado (ver referencias en R. H. GRAVESON, *Comparative Conflict of Laws, Selected Essays*, Volume I, Ámsterdam y otras, North-Holland Publishing Company, 1977, p. 285).

buscando la respuesta ciegamente en algún sistema jurídico que las partes –o al menos una de ellas– jamás esperó su aplicación y en definitiva desconoce su contenido?

A esto apunta, como se verá, la Convención de México en las Américas y a esto aspiran trabajos encarados, ya desde la perspectiva de homogeneizar el derecho contractual en sí –y no limitarse al "conflicto de leyes"–, por UNIDROIT o por grupos que han estado propiciando trabajos análogos en la Unión Europea. Para estos, la reciente respuesta europea con su nueva reglamentación conflictualista en materia de contratación internacional debió resultar una terrible desazón, pues de última se cierra contra el universalismo. Sería lamentable que algo parecido termine ocurriendo con el texto final que emane de La Haya. Significaría que muy poco se aprendió luego de alrededor de dos siglos de desventuras conflictualistas "localizadoras" en esta materia.

## 1 Un poco de historia y derecho comparado[4]

Decía el insigne romanista SOHM que solamente mediante el estudio de lo antiguo uno puede ponerse en camino de llegar a convertirse en maestro[5]. Quien se adentra en la historia, entiende a cabalidad las palabras del cosmopolita profesor de Oxford, Sir Roy GOODE, en su abordaje del derecho transnacional –o como se lo llame–, al señalar que de veras nada nuevo hay bajo el sol: dos mil años han transcurrido desde que CICERÓN proclamó las virtudes del universalismo jurídico[6].

Lo "nuevo", por decirlo de alguna forma, es lo que damos por sentado: que el derecho se origina y se confina a los Estados nacionales, nefasta herencia de los últimos siglos cuyos efectos dañinos –los malos hábitos tardan en morir– aún perduran con inusitada fuerza. Ello en contra de una concepción jurídica universal a la que se llegó en épocas de esplendor del *ius gentium* romano, conjunción entre la praxis cosmopolita de entonces y la particular influencia helénica, que le sirvió de soporte intelectual. De esta simbiosis se han valido también, en su momento, las primeras universidades europeas en su labor para la consolidación del *ius commune* medieval, tesoro jurídico que, enriquecido por el legado escolástico de la Iglesia

4 "Foundational thinking is not just a luxury for academics… it is also a necessity for judges and lawyers", L. BRILMAYER, Conflict of Laws, Second Edition, United States of America, Aspen Law & Business, 1995, p. 4.

5 R. SOHM, *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*, 7a. Edición, Madrid, p. 27. La vorágine de los tiempos actuales ejerce una particular fascinación hacia todo lo que es novedad. Y los juristas tienden, en incontables ocasiones, a enfocar problemas actuales en absoluto divorcio o –al menos– alarmante desatención hacia una perspectiva histórica, que hasta llega a considerarse superflua en contribuciones monográficas sobre temas de actualidad e interés práctico.

6 R. GOODE, "Reflections on the Harmonization of Commercial Law", en R. CRANSTON / R. GOODE (eds.), *Commercial and Consumer Law*, Capítulo 1, reproducido con cambios menores en 1991 (1 *Uniform Law Review 54*), p. 54.

Católica, y en estrecho nexo con la *lex mercatoria* surgida de las prácticas de los comerciantes, que trascendía fronteras, brindaron –y continúan haciéndolo– un invalorable apoyo a la construcción de un derecho universal.

La palabra "revolución" fue aparentemente utilizada por primera vez en ocasión de la toma de la Bastilla de 1798. Cuando el Duque LIANCOURT trajo estas noticias a LUIS XVI en Versalles, se dice que el Rey afirmó: "Pero esta es una revuelta". A lo que LIANCOURT respondió: "No, es una revolución"[7]. Este término ha tomado carta de ciudadanía hoy día, en distintos idiomas, en alusión a rupturas abruptas con el pasado. Sin embargo, toda revolución, para prosperar, viene precedida de un largo proceso que crea las condiciones para la profunda mutación que ella supone. En este caso, la ruptura con el milenario pasado helénico-romano, quiebre cuya base teórica se remonta al siglo XV, con el nominalismo de OCKHAM, enemigo de la doctrina aristotélica-tomista de la justicia universal[8], y que luego, de la mano o bajo el manto de inspiración de filósofos como LUTERO en Alemania, BACON, HOBBES y HUME en Inglaterra, y ROUSSEAU en Francia –por citar algunos de más renombre– termina desembocando, ya merced a juristas, en un ciego positivismo o "particularismo nacionalista"[9].

Podría decirse –quizás con alguna exageración–, que perdían así, ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS, la contienda ante OCKHAM, aunque este, victorioso en batalla como PIRRO frente a los romanos del mundo antiguo, igualmente parece destinado a perder finalmente la guerra[10]. Los embates contra el particularismo nacionalista se registraron con fuerza en el plano teórico ya a partir del mismo siglo XIX. Decía por entonces el insigne germanista IHERING que reducir la teoría jurídica al derecho local constituye una condición humillante no digna de una ciencia. La teoría jurídica se sofoca cuando se cierra en las fronteras del Estado. Su prosperidad requiere una "atmósfera cosmopolita". Solo escuelas de bajo nivel intelectual pueden existir en un país

7 G. BERMAN, Law and Revolution, II, The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition, Cambridge / London, Harvard University Press, 2003, p. 3.

8 Aristóteles apoyaba su teoría en un orden cósmico, del cual extrajeron los romanos la noción de *ius*. El nominalismo, por su parte, gravita en torno al individuo. Solo el individuo se encuentra dotado de existencia real: es el único centro de intereses, el único centro del conocimiento. De modo que no puede haber orden jurídico que no proceda de la voluntad individual (M. VILLEY, *La formación del pensamiento jurídico moderno*, traducción al portugués, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2005, pp. 279-280). Desde entonces se opera un cambio fundamental en el derecho: no se razona más a partir de la observación de la naturaleza, sino del individuo. En cuanto a las normas jurídicas, no se las busca en el propio orden que antes se creia encontrar en la naturaleza; será preciso extraerlas exclusivamente en las voluntades positivas de los individuos. Tal es el positivismo jurídico, hijo del nominalismo (M. VILLEY, obra citada, p. 233).

9 Por emplear una expresión con menor carga emotiva que aquel término, o "positivismo normativo" según los términos empleados, por ejemplo, en: L. GAMA JR., *Contratos Internacionais a luz dos Principios do UNIDROIT 2004*, Río de Janeiro y otras, Editora Renovar, 2006, p. 174.

10 Esto al menos en lo que respecta a las derivaciones desembocadas en lo jurídico por su doctrina nominalista.

con fronteras cerradas, entrenando abogados con mentes estrechas[11]. Por su parte, ya hacia mediados del siglo XX, RABEL abogaba con insistencia por un cambio radical de un pensamiento provincial hacia una concepción jurídica universal o global (*World-wide*) [12]. Dato no menor si se considera que RABEL, reconocidamente, influenció el derecho comparado más que cualquier otro jurista del siglo XX. Ante el irresistible torrente universalista, otro gran comparatista, ya de nuestros días, el inglés Lord Goff DE CHIEVELEY, ha sentenciado de manera elocuente: "El derecho comparado puede haber sido el hobby del ayer pero está destinado a convertirse en la ciencia del mañana" [13].

En los hechos, la catástrofe en la que derivó –como es harto sabido– el legalismo positivista en Alemania, divorciado de consideraciones universales de justicia, constituye un hito de la contrarrevolución que se ha venido produciendo, cada vez con mayor fuerza. Después de la Segunda Guerra Mundial y el proceso de Nuremberg los tribunales recurren con mayor frecuencia y, más abiertamente, a los principios generales del derecho, comunes a todos los pueblos civilizados. En definitiva –afirma PERELMAN– estamos ante la vuelta a la concepción teórica de ARISTÓTELES conforme a la cual, al lado de las leyes especiales escritas, existe un derecho general, es decir, "todos esos principios no escritos que se suponen reconocidos en todas partes" [14].

Como dato no menor, cabe agregar que el divorcio entre el derecho y la justicia, nefasto legado nominalista, se consolidó a través de los siglos con ayuda también de un deficiente manejo de la lógica. Como lo explica VILLEY, desde DESCARTES adquirimos una idea muy empobrecida de esta disciplina, copiada más del modelo de las matemáticas o de las ciencias físicas modernas que de la experiencia del derecho. Nuestra lógica es principalmente deductiva, procede sobre todo de arriba para abajo, de los principios a sus consecuencias. Hoy los tratados de lógica jurídica o métodos de interpretación del derecho tratan fundamentalmente de deducciones a partir de las normas, aunque se reconozca que esas derivaciones son, con frecuencia, irregulares. Esto combina con los preconceptos del

11 R. DAVID, *Los Grandes Sistemas del Derecho Contemporáneo*, Traducción al portugués de Hermínio A. Carvalho, 4ª Edición, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2002, p. 16.

12 H. J. BERMAN / F. J. DASSER, "The "new" law merchant and the "old": sources, content, and legitimacy", en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 69.

13 A. HARDING / E. ÖRÜCÜ (eds.), *W.G. Hart Legal Workshop Series, Comparative Law in the 21st Century*, London y otras, Kluwer Academic Publishers, 2002, Preface, pp. vii-viii.

14 C. PERELMAN, *Lógica Jurídica*, Traducción al portugués de la Edición de 1979, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2000, pp. 102-103.

positivismo legalista o el normativismo de nuestro tiempo: el derecho consiste en reglas, o lo que se extrae o deduce a partir de las mismas[15].

La antigua retórica aristotélica, caída en descrédito y tratada de manera peyorativa, con mucha fuerza, por los racionalistas de la Ilustración, renace bajo rótulos como los de "nueva retórica", "tópica" o "teoría de la argumentación", con un frontal ataque a las derivaciones de la lógica cartesiana trasladada al ámbito jurídico –gran soporte teórico para el nacionalismo legalista–, hoy bajo severas escaramuzas.

Debe tenerse presente, además, que la lógica bivalente de la que se valieron los juristas para la consolidación de este legalismo, tiene –según se reconoce cada vez con mayor fuerza– severos problemas. La lógica bivalente se asienta en el principio de la no contradicción, es decir, que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. La tajante regla no resuelve el problema de la paradoja, término acuñado por los antiguos griegos en lógica en alusión a cuando no se puede explicar algo importante, situación no infrecuente en aplicación del principio antedicho[16].

No es de extrañar, entonces, que se encuentre perdiendo adeptos y se vaya consolidando cada vez con mayor fuerza la llamada lógica multivalente. Para ella, todas las categorías son vagas y los esfuerzos por separarlas resultan arbitrarios y artificiales. Esto se extiende incluso al mundo físico, donde los límites físicos se disuelven, tal cual lo indican los avances de la física cuántica. Así, todo se vuelve materia de grado, contrariamente a lo postulado con el principio de la no contradicción. La lógica bivalente está detrás de mucho de la construcción del derecho occidental, pero la lógica multivalente viene siendo tomada muy seriamente por el pensamiento de nuestros días[17]. A partir del reconocimiento de la real complejidad del mundo, la lógica multivalente no es realmente difusa. Es muy precisa, informada y altamente particular. Hay algo de la casuística en ella, en su insistencia metodológica por el detalle. Sin hablar mucho de ello –concluye el gran comparatista contemporáneo GLENN– el *common law* y el derecho civil vienen siendo en este sentido multivalentes, con un particular énfasis puesto en la casuística[18].

15 M. VILLEY (nota 8), pp. 429-430.

16 Si bien COPI le resta interés e importancia en lógica, termina reconociendo que retóricamente es el elemento de persuasión más importante jamás ideado (I. M. COPI, *Introducción a la Lógica*, Traducción de la 4ta Edición Inglesa (1972), Buenos Aires, Editorial EUDEBA, 1985, p. 270).

17 H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Second Edition, New York, Oxford University Press, 2004, p. 351.

18 H. P. GLENN (nota 17), pp. 352-353.

De hecho, casuístico fue el derecho romano ("triunfo del crecimiento histórico antes que de la lógica" –en palabras de WALTON[19]), del que deriva la tradición jurídica occidental, y casuístico sigue siendo hasta hoy, en gran medida, el *common law*. Allí, el "*right reason*" al que ya hacía alusión COKE en el siglo XVII ("*common law is nothing but reason"*) tiene que ver no con una racionalidad lógica, sino con una artificial perfección de la razón, obtenida de un largo estudio, observación y experiencia, derivada de una casuística consolidada en la sucesión de los años, de modo que nadie debería pretender imponer una razón privada[20], sino la refinada en los siglos por un infinito número de "*grave and learned men*". Este es un concepto bien diferente al de la razón pregonada por racionalistas. No estamos ante una razón implantada por Dios en la naturaleza humana como tal. Tampoco ante una "razón privada" de los individuos. Nos encontramos ante razón artificial históricamente enraizada en el pensamiento y la experiencia de los *common lawyers* a través de una casuística de siglos[21].

A su vez, en la tradición de los sistemas del derecho civil "romano-francés-germánico", derivaciones racionalistas del nominalismo de OCKHAM intentaron explicar el mundo con arreglo a las leyes matemáticas[22], y las herramientas lógicas entonces florecientes, con deducciones muchas veces cuestionables, sirvieron de soporte para la simplificación del derecho, proceso que desembocó en la codificación que prolifera con fuerza a partir, sobre todo, del Código Civil Francés de 1804.

Es cierto, la codificación intentó la fijación o simplificación del *ius commune* o derecho de doctrina y, como tal, rico en controversias y hasta sutilezas y muchas veces alejado de su propia época y de la lengua del vulgo[23]. Es decir, persiguió propósitos plausibles. Pero derivó en consecuencias perniciosas, al propiciar la adhesión al texto legislativo que hasta hoy ata al jurista común. Son elocuentes las conocidas palabras del Profesor BUGNET: "Yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código Napoleón". Como resultado final, ya no será objetivo del derecho lo justo, el *ius suum cuique tribuere* en la terminología romana, sino el cumplimiento a rajatabla de la autoridad del soberano manifestada en la ley. De modo que las consecuencias desastrosas de la codificación –resalta DAVID– competen en gran parte a los juristas-

19 F. P. WALTON, "Cause and Consideration in Contracts", *CLXIII L.Q. Rev*., 1925, p. 312.

20 H. P. GLENN (nota 17), p. 236.

21 G. BERMAN (nota 7), pp. 242-244.

22 Al definir OCKHAM el movimiento natural de los cuerpos como "arbitrario", esto es, como exento de *telos*, y deducir de ello -sus discípulos BURIDAN y Nicolas ORESME- el desenvolvimiento de la teoría del ímpetu, se despejó el campo de acción de la explicación del mundo con arreglo a las leyes matemáticas (F. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Granada, Editorial Comares S.L., 2000, p. 211, nota al pie).

23 H. COING, *Derecho Privado Europeo*, T. I, Madrid, Editorial Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 112.

académicos y su actitud en pro del positivismo legislativo, agravada por nacionalismo[24], nefasto legado que deja sus profundas huellas incluso hasta nuestros días.

Ahora bien, el derecho codificado ha demostrado ser tan inestable, impredecible e incierto –"*quite as mulishly unruly*"– como jamás haya sido el *common law* no codificado[25]. De allí que se busque luz en el derecho comparado, y en el inagotable hontanar casuístico y de fuentes allí encontrados. El panorama actual, descripto por los grandes comparatistas ZWEIGERT y KÖTZ, es el siguiente: existen precedentes jurisprudenciales en Alemania, Grecia, Portugal y sobre todo Suiza, repletos de referencias al derecho comparado, como así también en Inglaterra, Australia, Canadá y otros países del sistema anglosajón[26]. En cuanto a los Estados Unidos de América, por más de doscientos años, su Corte Suprema se vio influenciada por sistemas foráneos y a su vez, reconocidamente, ha incidido de manera preponderante en opiniones jurídicas afuera[27].

Una frase de BERGER sintetiza la actitud que viene tomando cuerpo hoy: "interpretación transnacional del derecho" ("*internationally useful construction of domestic laws*")[28]. Su compatriota germano ZIMMERMANN dice, con referencia al derecho teutón, que los recursos del *ius commune* –de clara vocación universal– tienen hoy considerable significado para la evaluación e interpretación de provisiones legislativas germánicas[29]. Recientemente, en la propia Francia que había dado génesis al impulso codificador-nacionalista, Guy CANIVET, Presidente de la *Cour de Cassation* y ex Presidente de la *Société de Législation Comparée*, abogó por el rol del juez como guardián de valores sociales a través del uso del derecho comparado. Incluso, para conducir una efectiva investigación comparada, la Corte de Casación puede ordenar un reporte de un nuevo Centro de Derecho Comparado en la Universidad Panteón-Sorbonne (Paris I)[30]. Es más, aun los llamados "internistas" en Francia, aunque rehúsen considerarse "comparatistas", hacen varias formas de comparación. Por ejemplo,

24 R. DAVID (nota 11), pp. 68-69. Dice Constantinesco que una vez asegurado el monopolio de la creación del Derecho, el poder político terminará estatizándolo (L-J. CONSTANTINESCO, *Tratado de Derecho Comparado*, Volumen I, Madrid, Editorial Tecnos, 1981, p. 50).

25 Así lo afirmaba el reconocido jurista de Yale Grant Gilmore (H. J. BERMAN / F. J. DASSER (nota 12), pp. 59-60).

26 K. ZWEIGERT / H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Third Edition, New York, Oxford University Press Inc., 1998, p. 19.

27 D. S. CLARK, "Development of Comparative Law in the United States", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, p. 179.

28 Ver en V. RUÍZ ABOU-NIGM, "The Lex Mercatoria and Its Current Relevance in International Commercial Arbitration", en A. DREYZIN / D. FERNÁNDEZ ARROYO (dirs.), *Revista DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Arbitraje, 02.2004, p. 111.

29 R. ZIMMERMANN, "The German Civil Code and the Development of Private Law in Germany" en *Oxford U Comparative L Forum 1* en ouclf.iuscomp.org, 2006, texto después de la nota 144.

30 B. FAUVARQUE-COSSON, "Development of Comparative Law in France", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, p. 59.

todos los textos recientes de doctrina, relativos al derecho de contratos, confrontan el derecho interno francés con convenciones internacionales, "*restatements*", directivas y jurisprudencia europeas, entre otros materiales[31].

Inglaterra es otro país en que la fuerte corriente "internista" viene cediendo cada vez más terreno. El giro radical hacia el universalismo viene sobre todo a partir de la década de los 90, período descripto por Lord BINGHAM como "*the time when England… ceased to be a legal island*". Un punto de inflexión en este sentido representa el caso *White v. Jones* de 1995. En tanto que en el caso *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* (2002) se hace expresa alusión a la búsqueda de soluciones en otros sistemas jurídicos como un "*cross check*" de lo que se adopta como decisiones propias[32]. Dijo allí Lord BINGHAM: "Si una decisión dada en este país ofende el sentido de justicia del juzgador, y si la consideración de fuentes internacionales sugiere que una decisión diferente y más aceptable sería arribada en otras jurisdicciones, cualquiera sea su tradición jurídica, esto debería motivar una ansiosa revisión de la decisión de que se trate"[33].

La tradición del *common law* anglosajón merece una atención especial, considerando que en 1921, en su apogeo de expansión, el imperio inglés incluía casi un tercio de la tierra del mundo y como un cuarto de su población[34], y que hoy muchas de sus soluciones, sobre todo en materia mercantil, permean cual "caballo de Troya"[35] en los derechos nacionales, merced también a los acontecimientos mundiales y regionales homogeneizadores, referidos un poco más abajo.

Si bien en el siglo XIX no tuvieron éxito en la praxis inglesa las propuestas codificadoras de BENTHAM, sí fue consolidándose –allí también– la idea general de un derecho "nacional", expresado en las decisiones de los jueces y en tratados sistemáticos doctrinales explicando el derecho de los jueces. Se empezó a hablar así del "*legal system*" inglés[36].

31 B. FAUVARQUE-COSSON (nota 30), p. 38.

32 S. VOGENAUER, "Sources of Law and Legal Method in Comparative Law", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, p. 876.

33 Veáse J. M. SMITS, "Comparative Law and its Influence on National Legal Systems", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, pp. 525-527.

34 M. GRAZIADEI, "Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, p. 451.

35 Así calificó SCHLECHTRIEM a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, inspirada fuertemente en el *common law*, y hoy ya adoptada por numerosos países del sistema de Derecho civil (ver P. SCHLECHTRIEM, "The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe" en *Oxford U Comparative L Forum 2* en www.ouclf.iuscomp.org, 2002).

36 H. P. GLENN (nota 17), p. 245

Sin embargo, como lo refiere MERRYMAN, en Inglaterra el positivismo estatal se subrayaba mucho menos, pues no hubo una revolución radical como la francesa que, en aras del nacionalismo, intentara romper abruptamente con el pasado y su tradición universalista[37]. Debe considerarse que, históricamente, los jueces ingleses han sido receptivos a prácticas mercantiles y equitativas, a través de tribunales especiales como los *Admiralty Courts* o los *Equity Courts*, que fueron finalmente absorbidos por los tribunales del *common law* con su rico bagaje a cuestas. Particularmente los tribunales comerciales y marítimos anglosajones –al igual que el Pretor Peregrino de la Roma antigua–, recurrían constantemente al derecho comparado para la búsqueda de la mejor solución, en un proceder muy parecido al que enriqueciera en su momento el *ius gentium* romano, según lo hizo notar en su momento el célebre e influyente Lord MANSFIELD (*Chief of the English King´s Bench*, de 1756 a 1788) en el caso *Luke v. Lyde*, en el que incluso citó a CICERÓN[38]. Lord MANSFIELD –entre otros– se había valido liberalmente de fuentes romanas y civiles para desarrollar el derecho comercial inglés. E hicieron lo propio, al otro lado del atlántico, por ejemplo, el notable miembro de la Corte Suprema Joseph STORY (1779-1845), como así también su compatriota James KENT (1763-1847), ambos de gran influencia en los Estados Unidos[39].

En definitiva, hoy día existe mucho más claridad sobre las influencias recíprocas y el universalismo subyacente en materia jurídica. GORDLEY, uno de los más versados comparatistas y teóricos del derecho de nuestro tiempo, luego de años y años de investigación, concluye con énfasis que, claramente, en materia de Derecho privado, la idea de sistemas jurídicos como islas de principios y concepciones distintas del derecho debe ceder ante el hecho de que se lidia con problemas similares, de modo que, normalmente, las divergencias en las reglas formales son solo aparentes, en tanto que subyacen problemas comunes que requieren respuestas análogas[40].

37 J. H. MERRYMAN, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, Traducción de Eduardo L. Suárez, Editorial México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 50-51.

38 F. K. JUENGER, "General Course on Private International Law (1983)", en *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1985*, IV, Tome 193 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 151. Esta contribución se encuentra reproducida, con algunas adaptaciones, en el libro: F. K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Special Edition, New York, Transnational Publishers, 2005. A pesar de que Lord MUSTILL dice que MANSFIELD se refirió a la *lex mercatoria*, no como se le quiere hacer aparecer, sino para asegurarse de que el derecho inglés estatuido por él fuera útil, actualizado e intelectualmente coherente (L. J. MUSTILL, "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years", en *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 152).

39 D. S. CLARK (nota 27), p. 184.

40 J. GORDLEY, *Foundations of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 3.

## 2 El universalismo y los procesos de homogeneización

A lo ya dicho debe agregarse la proliferación, cada vez con mayor ímpetu, de un entramado de normas, dimanantes de procesos mundiales, regionales y locales que tornan imperativo, cada vez con mayor fuerza, el abordaje del derecho propio desde una perspectiva universal. En la esfera comercial, resalta la labor de las Naciones Unidas a través de su Comisión para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI en español o, más difundidamente, UNCITRAL en inglés), en áreas diversas como comercio electrónico, arbitraje, transportes, garantías, insolvencia y otras.

Específicamente en materia contractual, UNCITRAL ha propiciado la conocida como "Convención de Viena", sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, que establece normas para el contrato preponderante del comercio internacional[41]. Calificada por HUBER como "una de las historias de suceso en el campo de la unificación internacional del derecho", al punto que ZIMMERMANN llega a considerarla como "el convenio más escrupulosamente preparado y significativo para la unificación del derecho privado"[42], la Convención de Viena se ha convertido –según GOODE– en el prototipo de las disposiciones generales de casi toda la legislación subsiguiente en materia de comercio internacional[43]. De hecho, hay más actividad de reforma del derecho de contratos luego de veinte años de vigencia de esta convención que en los cincuenta años anteriores[44], dato no menor si se considera que "las partes generales" de los cuerpos normativos contractuales (que suelen con cuestiones como oferta y aceptación, validez, contenido, interpretación y terminación) encuentran inspiración mayormente en reglas que rigen la compraventa en los temas allí comprendidos.

Hoy por hoy, la Convención de Viena rige en más de setenta países, tanto del mundo desarrollado como en desarrollo y más de mil setecientas decisiones que la aplican han sido reportadas[45]. Se estima que dos tercios del comercio mundial es –o puede estar, si las partes

41 Ver A. GARRO / A. L. ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderias*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1990, pp. 43 y ss.

42 No por casualidad constituye un modelo para la propuesta de reforma del derecho de obligaciones alemán (R. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2000, p. 119).

43 R. GOODE, "International Restatements of Contract and English Contract Law 1997-1", *Uniform Law Rev 231*, p. 236.

44 J. BASEDOW, "Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG", *25 International Review of Law and Economics,* September 2005, p. 487.

45 P. HUBER, "Some introductory remarks on the CISG", en *Internationales Handelsrecht (6/2006)*, European Law Publishers, 2006, antes de la nota 1.

no lo excluyen voluntariamente– regido por esta convención[46]. No solo eso, ella está marcada a influir en la intepretación de los derechos domésticos, "transnacionalizándola"; el artículo 7º de la convención[47] – que inspiró a su vez soluciones de varios otros instrumentos internacionales ulteriores– impone la intepretación "autónoma" de la misma, es decir, independientemente de las pecularidades nacionales que puedan resultar inconsistentes con la uniformidad.

Desde luego que cuando se incorpora a un país instrumentos como este, la armonía pretendida con ellos puede destruirse si la interpretación de sus normas se realiza a la luz de conceptos domésticos y no desde una amplitud comparativa[48]. Lo mismo ocurre –o debería ocurrir– a nivel regional. Europa es un claro ejemplo. Allí, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas[49] busca principios generales europeos y filtra lo que los tribunales nacionales pueden haber decidido con criterios estrictamente locales[50]. La Corte europea ha expresado que "de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad, se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la comunidad"[51].

46 P. HUBER, "Comparative Sales Law", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, p. 954.

47 El citado artículo dispone en su primera parte: "1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional…"

48 J. H. DALHUISEN, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Portland, Hart Publishing, 2000, p. 119. De hecho, en tiempos recientes ha aumentado la práctica de insertarse en instrumentos de derecho uniforme indicaciones para que el juez nacional o árbitro tenga en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover su aplicación uniforme. Así, estos textos suelen hacer referencia a "principios generales" –a ser derivados del mismo instrumento normativo–; a que debe recurrirse solo en última instancia al propio u otro derecho doméstico (ver M. J. BONELL, "International Uniform Law in Practice – Or Where the Real Trouble Begins", en *The American Journal of Comparative Law* (38 American Journal of Comparative law 865), 1990, p. 867). De igual manera adquieren particular valor también los usos y costumbres internacionales. Como lo señala OVIEDO ALBÁN, con la incorporación de Convención de Viena la costumbre ha dejado de ser una de las "cenicientas" de las fuentes del derecho mercantil (J. OVIEDO ALBÁN, "La Costumbre en el Derecho Privado", en J. Oviedo Albán (coord.), *Derecho Comercial en el Siglo XXI*, Bogotá, Editorial Temis, Universidad de la Sabana, 2008, p. 69).

49 Artículo 164 del Tratado de Roma. También ciertos Estados han otorgado a esta Corte el poder de interpretar conceptos jurídicos usados en algunos tratados, conforme al artículo 220 del Tratado de Roma (M. J. BONELL (nota 48), p. 27).

50 J. H. DALHUISEN (nota 48), p. 52.

51 STJCE del 9 de noviembre de 2000: Asunto C-357/98, "*The Queen contra Secretary of State for the Home Department, ex parte: Nana Yaa Konodu Yiadom*". FERNÁNDEZ ROZAS también refiere el caso STJCE del 19 de setiembre de 2000: Asunto C-287/98, "*Luxemburgo contra Linster*" (J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *ius mercatorum*, *Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Editorial Colegios Notariales de España, 2003, p. 185 y nota al pie).

Pues bien, si se traslada a la compraventa lo dicho aquí con respecto al "principio de la igualdad", no habría argumento convincente para interpretar con cánones o estándares distintos una operación internacional de una doméstica. ¿Por qué la buena fe, por ejemplo, debería ser diferente en uno u otro caso análogo, en cuanto a las derivaciones que en la práctica se vayan aceptando del principio?[52] Más acorde con la "transnacionalización", el "universalismo" y la "igualdad", en el sentido que venimos exponiendo, sería, ante la duda interpretativa, recurrir a la solución uniforme que haya emergido, en su caso, en aplicación de la Convención de Viena, con lo que se –según viene ocurriendo de manera reiterada en el derecho comparado[53]– introducen al derecho doméstico, de afuera, "por la ventana", criterios relevantes relacionados con la labor hermenéutica. El jurista nacional –y ni qué decir el vinculado al quehacer transfronterizo– que encara cuestiones de interpretación contractual debe estar, pues, adecuadamente al tanto de los desarrollos normativos, casuísticos y doctrinarios preponderantes en el mundo.

Cabe agregar que UNCITRAL se ha abocado en generar instrumentos que no sean necesariamente tratados o leyes modelo, tales como "guías legislativas" con meras indicaciones de regulaciones deseables –incluso con alternativas de solución en un sentido u otro para algunos casos–, además de "recomendaciones", "notas" e incluso "interpretaciones", como las que se hicieron recientemente con respecto a un texto no claro de la Convención de Nueva York de 1958 que regula la ejecución de laudos arbitrales. Esto último acarrea potenciales consecuencias fecundísimas. UNCITRAL no elabora un nuevo tratado, puesto que ello requeriría nuevamente del engorroso trámite de ratificaciones. Sin embargo, de hecho –en el fondo– queda modificado el tratado con esta interpretación "oficial", sobre todo si se considera que no era la única que cabía[54].

52 Trasladando el ejemplo a un caso en concreto, en aplicación de la Convención de Viena, se ha resuelto que, aun cuando no hay una declaración explícita de resolución del contrato, ella no resultaría necesaria cuando el vendedor había rehusado a cumplir su obligación, y que insistir en esa declaración sería contra el principio de la buena fe, aun cuando la convención expresamente requiere la declaración (Caso 277 - UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/7). Se mencionan también otros casos CLOUT, como los nº 297, 277, 377, 136, 154, etcétera). Al no haber una regla expresa en algún derecho nacional en ese sentido, ¿por qué no seguir esta solución, aunque contraríe alguna que antes se haya esgrimido discrecionalmente en derechos locales por la vía interpretativa?

53 Lo mismo ocurre con otros instrumentos universales, como los Principios de UNIDROIT, invocados recientemente en este sentido en al menos tres fallos del Tribunal Supremo Español del año 2007, a partir de otro caso de 2006, el que suele también citarse (Deustsche Seereederei Rostock GMBH v. Martico SL). En 2008, nuevamente el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), recurre al mismo razonamiento en Bodega Marques de Murrieta, S.A. vs Valoría S.A. En UNILEX se encuentran otros pronunciamientos recientes de tribunales españoles, en esta misma línea, de Lleida, Madrid y Tarragona en 2007; de la Audiencia Provincial de Madrid en 2008; y de la Audiencia Provincial de Cádiz y de Valencia, en 2009.

54 Es cierto que los tribunales podrán desatender esta interpretación. Pero aquí entramos en otro problema. Los jueces también circunvalan textos con sanción estatal. Por ejemplo, en materia de Derecho internacional

Yendo más allá de la elaboración de textos destinados a tener sanción estatal, particular repercusión mundial ha tenido también la labor en materia contractual de UNIDROIT. Tal constituye el acrónimo francés de un instituto intergubernamental con sede en Roma, vinculado a Naciones Unidas a través de un acuerdo de cooperación, que publicó en los años 1994 y 2004 "Principios" de Derecho Contractual[55]. Grupos de expertos han trabajado para detectar y reformular (*to restate*) los "principios" universales en la materia, y los trabajos resultantes se encuentran consignados en textos con redacción parecida a la de las normas legislativas, acompañados de comentarios y ejemplificaciones, además de un preámbulo que precede y explica el instrumento[56]. Entre varias aplicaciones, estos principios pueden ser adoptados por las partes como reglas en sus contratos, o servir como guías a legisladores, jueces o árbitros en lo que respecta al *status* de los usos y principios internacionales[57].

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) (en adelante "PECL")[58], elaborados por un grupo cuya cabeza visible fue el profesor escandinavo Ole LANDÖ (Comisión Landö). Pero Europa fue más allá. A partir del 2003, aparece por primera vez en comunicación de la Comisión europea[59] el "enigmático" concepto del Marco Común de Referencia (MCR), que a

privado, en reiteradas oportunidades se han dejado de lado reglas puntuales sustituyéndolas por interpretaciones basadas en principios amplios o "válvulas de escape", como el orden público, por citar un ejemplo bien conocido. Esto en definitiva depende del grado de desarrollo y de apertura del derecho y de los tribunales de un país, para lo que en mucho contribuye obviamente su marco normativo, pero quizás en considerable mayor medida el grado de preparación de sus jueces y operadores jurídicos. Grandes comparatistas han puesto énfasis en que el cambio de regímenes jurídicos, desde luego, no pasa solo por una transformación de sus normas, sino fundamentalmente de mentalidades, puesto que existen preconceptos, formas de razonar y hábitos arraigados que solo se destierran con mucho esfuerzo que comprende una paciente y abarcativa labor de formación. Puede profundizarse sobre el tema en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "La Interpretación del Contrato dentro del Nuevo Escenario Internacional", en C. A. SOTO (dir.), *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Perú, Grijley, 2007; aparece también en J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*, Asunción, Catena Editores y CEDEP, 2006.

55 Puede profundizarse al respecto en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?", en *Revista Foro de Derecho Mercantil*, Bogotá, Editorial Legis, 2005; se reproduce asimismo en J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje* (nota 54).

56 Ello al igual que los llamados "*Restatements*" norteamericanos, de elaboración académica, no destinados a obtener sanción estatal –aunque sí pueden inspirar reformas normativas– que resumen así las tendencias preponderantes en diversos temas.

57 En UNILEX, Base de Datos del Centro para Estudios Comparativos e Internacionales, se encuentran numerosas contiendas donde se alude a los Principios de UNIDROIT. Puede constatarse allí que los citan juzgadores en 153 casos arbitrales y en 70 casos judiciales (lo que indica que su relevancia no ha quedado reducida al arbitraje (ver base de datos www.unilex.info. Último acceso: 2 de marzo de 2010).

58 A nivel estatal, la Cámara de los Lores de Inglaterra ha sido la primera corte europea en citar los PECL, ya en el año 2001 (*Director General of Fair Trading v First National Bank*) (ver C. VON BAR, "Comparative Law of Obligations: Methodology and Epistemology", en M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, p. 126).

59 La idea de dicho MCR fue introducida por *COM* (2003) 68 final, 12 de febrero de 2003, parágrafos 58-68.

partir de entonces se ha consolidado en escena y domina hoy el debate europeo sobre el futuro del derecho contractual[60].

Tanto UNIDROIT como la "Comisión Landö"[61], de manera imprecisa, habían denominado finalmente "principios" a su producto, cuando en realidad estamos ante un cuerpo de reglas que podrían fácilmente ser sancionados por un legislador como "Código". Esto fue enmascarado ahora bajo la expresión "Marco Común de Referencia", que fue elegida por la Comisión europea[62], y se espera contar como resultado final con Principios Comunes del Derecho Contractual Europeo (*Common Principles of European Contract Law–CoPECL*), con definiciones claras de términos contractuales y con principios fundamentales y reglas coherentes en la materia.

Para el proyecto se conformó el grupo de investigación más grande jamás creado en el continente[63], compuesto por una red de académicos expertos, representativos de las distintas tradiciones jurídicas, más representantes de distintos intereses económicos, como asociaciones de consumidores, bancos y otros, amén de autoridades de la Unión Europea. Los distintos grupos fueron integrados en una "Red de Excelencia"[64], cuyos actores más importantes son el *Study Group on a European Civil Code* (SGECC)[65] liderado por Cristian VON BAR y el *Research Group on EC Private Law* (Acquis Group) bajo la conducción de Hans SCHULTE-NÖLKE[66].

El primer borrador del Marco Común de Referencia fue publicado en diciembre de 2007 en tanto que una nueva versión apareció en febrero y luego a fines de 2009[67]. El trabajo

60 VV.AA., "The Common Frame of References for European Private Law - Policy Choices and Codification Problems", *Oxford Journal of Legal Studies N.N.*, Forthcoming. Disponible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=1269270, sept. 17, 2008, p. 4.

61 Así como el Grupo de Estudio de von Bahr y el Grupo Acquis.

62 El modelo de todos es el de los *Restatements* norteamericanos (ver VV.AA. (nota 60), p. 12.

63 L. ANTONIOLLI / F. FIORENTINI (eds.), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference by the Common Core Evaluating Group – Draft*, Prepared by the Common Core Evaluating Group, Trento / Trieste, 2009, http://www.common-core.org/books.html, p. 6 (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

64 http://www.copecl.org (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

65 http://www.sgecc.net (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

66 http://www.acquis-group.org, además del *European Centre of Tort and Insurance Law* (ECTIL), establecido en Viena 1999 (http://www.restatement.info). Los "grupos de redacción" cuentan con "grupos de apoyo" con el objetivo de completar las actividades legislativas con evaluaciones críticas. Entre estos se encuentran la Asociación Henri Capitant (www.henricapitant.org), conjuntamente con la *Société de Législation Comparée* (www.legiscompare.com) en Francia; además de la *Academy of European Law* (www.era.int) y el *Economic Impact Group* establecido por el *Research Group on the Economic Assesment of Contract Law Rules* (TILEC – Tilburg Law and Economic Center) (www.tilburguniversity.nl/tilec). (Últimos accesos: 2 de marzo de 2010)

67 www.law-net.eu (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

puede ser considerado sucesor de los PECL de la Comisión Landö[68], si bien la cobertura resulta ahora más amplia[69], puesto que se comprenden reglas generales de contratos y obligaciones, más otras relativas a contratos específicos, y obligaciones contractuales, como también reglas relativas a enriquecimiento injusto, daños y gestión de negocios, además de propiedad mobiliaria[70].

Como lo predicen connotados juristas germánicos, el debate ahora será marcado por la existencia de diferentes textos compitiendo entre sí. Al lado del borrador "académico" – porque, en el fondo, de eso se trata– del Marco Común de Referencia continuarán existiendo los PECL de la Comisión Landö, además de los textos individuales que fueron publicados en varios volúmenes tanto por el *Acquis Group* como por el Grupo de Estudios de von Bahr[71]. Ambos presentaron trabajos que resumen los "principios" europeos tal cual lo ven[72], emparentados también con otra iniciativa del "*common core*" europeo, bajo la Dirección de Mauro BUSSANI (Trento) y Ugo MATTEI (Torino/Hastings), y que apunta a analizar las

68 Ver C. VON BAR / E. CLIVE / H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Interim Outline Edition 3, 2008, la edición interina fue entregada en 2007, y la edición completa, con comentarios y comparaciones, fue publicada en octubre de 2009 (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Full Edition (6563 páginas), Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group) eds., 2009).

69 Una de las ventajas de contar con un marco de referencia es que temas no contractuales pueden presentarse también en vinculaciones contractuales, y allí se entra en cuestiones conflictualistas de Derecho internacional privado como derecho aplicable, *dépeçage*, etcétera. Esta situación se presenta con los PECL, cuya cobertura abarca solo de la parte contractual. Habrá así una mezcla de derechos aplicables: los PECL para algunas cuestiones, el derecho aplicable para otras, etcétera (S. WHITTAKER, *The ´Draft Common Frame of Reference´, An Assessment*, commissioned by the Ministry of Justice, United Kingdom, 2008, http://www.justice.gov.uk/publications/eu-contract-law-common-frame-reference.htm, p. 63). (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

70 Se excluyen reglas de capacidad, sucesiones, relaciones de famila, instrumentos negociables, relaciones laborales, propiedad inmobiliaria, derecho societario y reglas de procedimiento civil (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Volume I, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), basado en parte en la versión revisada de C. VON BAR / E. CLIVE / H. SCHULTE-NÖLKE (eds.) *The Principles of European Contract Law,* München, Sellier, 2009, p. 11).

71 VV.AA. (nota 60), p. 60.

72 El "Grupo de Estudio del Código Civil Europeo" está conformado por una importante red de académicos, abocados a crear un conjunto codificado de Principios de Derecho Patrimonial Europeo acorde con las necesidades actuales. Ello en varias áreas del derecho patrimonial: compraventa y servicios, finanzas, seguros, garantías personales y reales, obligaciones extracontractuales, transferencias de propiedad de muebles, fideicomisos y locación y uso de propiedad. Hasta la fecha, el grupo ha publicado ocho volúmenes de "Principios de Derecho Europeo" (Principles of European Law – PEL), y se proyecta la aparición de más volúmenes. El "Grupo Acquis" presentó sus "Principios del Derecho Contractual Existente en Europa" (Principles of the Existing EC Contract Law - Acquis Principles). Constituyen un intento de presentar y estructurar el derecho europeo de modo tal a reflejar el estado actual de cosas o hacer que clara y relevante legislación y casuística sea encontrada fácilmente. Esto permite identificar características compartidas, contradicciones y vacíos en el acquis. Así sirven como fuente de redacción, transposición e interpretación del derecho de la UE (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume I, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group),* basado en parte en la versión revisada de C. VON BAR/ E. CLIVE / H. SCHULTE-NÖLKE (eds.) (nota 70), p. 19).

complejidades de la situación presente, sin adoptar una actitud preservacionista ni empujar en dirección hacia la uniformidad, lo que lo diferencia de los otros esfuerzos en el viejo continente[73].

Ahora bien, el proceso de homogeneización reglamentaria lo impulsan no solo organismos en la esfera pública, como las Naciones Unidas, UNIDROIT o la Unión Europea. En la órbita privada se registran un sinfín de iniciativas, entre las que se destacan, a nivel mundial, los trabajos de la Cámara de Comercio Internacional[74], que propone numerosos instrumentos normativos para que los particulares, haciendo uso de la libertad contractual, los incorporen a sus convenios, como ocurre por ejemplo con las reglas relativas a INCOTERMS (que aluden a términos estándares de intercambio usados en el comercio internacional[75]), a cartas de crédito documentarias[76], etcétera[77].

Existen también contratos estándares aceptados dentro de determinados círculos económicos, como las condiciones de contratos internacionales para la construcción de obras de ingeniería civil del año 1987, elaboradas bajo auspicio de la Federación Internacional de Ingenieros-Consejeros (FIDIC), conocidas comúnmente como Contrato FIDIC[78]; o los formularios estándares internacionales de la *Grain and Feed Trade Association* con respecto a productos agrícolas, también de gran utilización en el comercio exterior[79]. Contratos modelos son también propuestos por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, como el de venta internacional de bienes perecederos del UNCTAD/WTO *International Trade Centre*[80], en tanto que el Banco Mundial[81] y organismos de financiación europeos[82] cuentan con lineamientos (*guidelines*) a este respecto.

73 L. ANTONIOLLI / F. FIORENTINI (eds.) (nota 63), http://www.common-core.org/books.html, p. 32. (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

74 Organización no gubernamental con sede en París, que cuenta con más de 7.000 miembros en 130 países http://www.iccwbo.org (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

75 Como FOB (*Free on board*-libre a bordo), CIF (Costo, seguro y flete), etcétera.

76 Las reglas uniformes para el uso de cartas de créditos documentarias, publicadas en el año 2007 como UCP 600, fueron apoyadas por UNCITRAL en julio de 2007 (Informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones (A/64/17), 2009, paras. 356-357 http://www.uncitral.org).

77 Otro organismo privado muy influyente en su área es el Comité Marítimo Internacional (IMC en inglés, CMI en francés y español). http://www.comitemaritime.org/ (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

78 Ver www.fidic.org. (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

79 Ver www.gafta.com. (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

80 H. KRONKE, "The Scope of Party Autonomy in Recent UNIDROIT Instruments and the Conflict of Laws in the MERCOSUR and the European Union", en *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Opertti Badán*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 296.

81 Ver www.bancomundial.org (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

82 Ver www.eurd.com (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

A ello deben sumarse los llamados "Códigos de Conducta", elaborados en círculos privados –o también en organismos intergubernamentales[83]–, que reúnen de manera sistemática normas generalmente de carácter programático, y tienen como características su flexiblidad, el cumplimiento voluntario de sus postulados y la autorregulación, al margen de normativas estatales. Aquí también la Cámara de Comercio Internacional cuenta con instrumentos como el *International Code of Advertising Practice*[84] y el *International Code of Sales Promotion*[85]; en tanto que la *Factors Chain Internacional* ha elaborado el *Code of International Factoring Customs* (IFC)[86].

Los gremios de abogados, como la *International Bar Association*, la *American Bar Association* (ABA)[87] y la *Union Internationale de Avocats* (UIA)[88], participan activamente, asimismo, en los diversos procesos de homogeneización, enviando sus representantes a los grupos de trabajo, además de proponer reglas privadas, como las reglas de ética, conflictos de intereses y producción de pruebas en el arbitraje de la IBA, de amplia utilización en el mundo[89].

Además de todos estos esfuerzos mundiales y regionales, públicos y privados de aproximación normativa, los propios Estados toman cada día con mayor fuerza iniciativas para homogeneizar sus derechos, tal cual ha ocurrido, por ejemplo, en materia contractual en China Continental, Japón, Rusia, México, Holanda, Alemania[90] y Estados Unidos, país en que una Comisión (*National Conference of Comissioners on Uniform State Laws*[91]) y el *American Law*

83 Así, la Comisión de la Unión Europea, por Recomendación 77/524/CE de 1977, ha dictado el Código de Conducta Europeo relativo a transacciones de valores mobiliarios (ver sobre todo esto en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (nota 51), pp. 91-198).

84 Ver http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/marketing/pages/Spanish%20ICC%20Consolidated%20Code%20on%20MA%20Practice.pdf (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

85 Ver http://www.iccwbo.org/id502/index.html (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

86 http://www.factors-chain.com/ (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

87 http://www.ibanet.org/ (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

88 http://www.uianet.org/ (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

89 Se accede a través del siguiente link: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Así también, el Club Español de Arbitraje, por ejemplo, cuenta con Recomendaciones Relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros**,** además de un Código para las Buenas Prácticas Arbitrales (www.clubarbitraje.com). (Últimos accesos: 2 de marzo de 2010)

90 Por ejemplo, el Código Civil Holandés de 1994 y el recientemente aprobado Código Alemán de las Obligaciones (ver P. SCHLECHTRIEM (nota 35) (ver también R. ZIMMERMANN (nota 29).

91 Esta Comisión, sin fines de lucro e integrada por delegados de todos los Estados norteamericanos, funciona desde 1892 y apunta a lograr la uniformidad en la regulación de los distintos Estados. Ha estado activa en cuestiones de Derecho Comercial, Derecho de Familia y Conflicto de Leyes, entre otras (ver www.nccusl.org). (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

*Institute*[92] están revisando las doce partes del Código de Comercio (*UCC – Uniform Comercial Code*)[93]. Un dato no menor es que desde 1990, el Banco Mundial ha apoyado trescientos treinta proyectos de "Estado de Derecho" –relacionados de manera importante con lo arriba señalado– y gastado casi tres billones de dólares norteamericanos para fondearlos[94].

## 3 Aproximación jurídico-cultural

Existen, además, un sinfín de otros emprendimientos que apuntan a lograr también, amén de una mayor homogeneización normativa, una armonización de técnicas para la comprensión e implementación de los textos en ciernes o en camino de consolidación. Así, tenemos por ejemplo en Europa a partir de 1994, bajo iniciativa de VAN GERVEN, los "*Casebooks for a common law of Europe*", inspirados en los libros jurídicos de texto norteamericanos de "casos" (*casebooks*). A semejanza de estos, cada libro reproduce materiales jurídicos diversos, como extractos de fallos, de textos legislativos y de escritos doctrinarios; en este caso extraídos de los tres principales sistemas jurídicos europeos: inglés, francés y alemán y combinados con la normativa supranacional europea. Se provee así a juristas, profesores y estudiantes de un importante material comparativo, a fin de hacerlos compenetrar con el estilo, la sustancia y el razonamiento o la mentalidad de los principales sistemas jurídicos del continente. Tal es el enfoque de homogeneización calificado como *bottom-up*[95], es decir, de

92 El *American Law Institute* fue conformado en 1923 para el estudio y análisis de diversas áreas del Derecho norteamericano que necesitaban ser reformadas. El instituto está conformado por un grupo selecto de jueces, docentes y profesionales del ámbito jurídico y desde su creación ha propiciado el desarrollo sistemático de normas uniformes de derecho. Frutos de sus esfuerzos constituyen los *Restatements*, cuerpos redactados por juristas que resumen el estado de distintas cuestiones del *common law* norteamericano, que tienen un gran valor persuasivo para los jueces; como así también el *Uniform Comercial Code*, o Código de Comercio, en el cual el instituto tuvo una participación activa. Desde 1947, el instituto colabora estrechamente con el *American Bar Association* (Asociación de Abogados Norteamericanos) en programas conjuntos (ver www.ali.org). (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

93 Particularmente el artículo segundo que trata de la compraventa, tomándose como modelos la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios de Derecho Contractual de UNIDROIT, los INCOTERMS y otras fuentes internacionales (Ver artículo de A. ROSSET, "UNIDROIT Principles and Harmonization of International Comercial Law: Focus on Chapter Seven", en www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1997-3.htm). (Último acceso: 2 de marzo de 2010). Cabe apuntar que el UCC no tiene el nivel de abstracción y generalización típico en códigos del sistema de derecho civil, A. T. VON MEHREN, *The U.S. Legal System: Between the Common Law and Civil Law Legal Traditions*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, Conferenze e Seminari, 40, Roma, 2000, p. 10.

94 M. GRAZIADEI (nota 34), p. 459.

95 W. VAN GERVEN, "Comparative Law in a European regionally integrated context", en: A. HARDING / E. ÖRÜCÜ (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, London y otras, Kluwer Law International, 2002, pp. 176-177. Resulta famosa una polémica histórica hacia comienzos del siglo XIX entre SAVIGNY y THIBAUT. Este último abogaba fervientemente por la codificación del derecho, en tanto que SAVIGNY se inclinaba a que el derecho fuera desarrollándose consuetudinariamente, con fuerte apoyo de la doctrina, a fin de evitar su estancamiento y permitir su evolución histórica. Pues bien, LANDÖ llama Savignys a los que encaran en Europa la labor de homogeneización *bottom-up* (debates en universidades, publicación de libros, etcétera, hasta

abajo para arriba, que incluso puede ir permeando en los hechos en el razonamiento de los jueces, como ocurrió con el *casebook* de *torts*, que ha sido citado en sede judicial en varios casos, a partir de la referencia en *MacFarlane v Tayside Health Board* (1999)[96].

El libro de KÖTZ representa –según ZIMMERMANN– un original paso más allá que el de los *casebooks*, al no presentar meramente el derecho contractual tal cual se encuentra formulado en diferentes partes de Europa sino, en vez, proveer un amplio e integrado recuento adoptando hacia un ideal (*vantage point*) situado más allá o por encima de sistemas jurídicos nacionales. Así el derecho privado europeo descripto por KÖTZ no se encuentra en vigor ("*in force*") en ningún lugar y no es "aplicado" como tal por ningún tribunal de Europa: su realidad es virtual antes que actual. Sin embargo, la obra establece un marco intelectual para discutir, desarrollar y enseñar el derecho europeo[97].

A modo de resumen, SCHWENZER hace notar la existencia hoy día de dos enfoques en Europa con respecto a la búsqueda del fondo común ("*common core*"). Uno, al que califica como "clásico", no consiste más en reportes relativos al derecho en los distintos países sino en el tratamiento funcional de problemas prácticos. Se incluye aquí a libros como el de KÖTZ sobre derecho contractual europeo de 1996, de VON BAR en 1996 y 1999 sobre responsabilidad civil y de SCHLECHTRIEM de 2000 y 2001 sobre enriquecimiento sin causa. El otro enfoque es el de la búsqueda de un "*ius commune*" o derecho común para Europa, impulsado originalmente por Heinrich MITTEIS en 1947 y a partir de 1990 por ZIMMERMANN, valiéndose de perspectivas históricas y comparativas, con gran orientación práctica[98]. Desde 1980 hasta hoy se vienen registrando diversos emprendimientos en este sentido, que van desde un anteproyecto de Código de Contratos, a *Restatements* parecidos a los Principios de UNIDROIT y proyectos más recientes.

introducirse sigilosamente en la mente de los europeos) y Thibauts a los que enfocan la cuestión de arriba para abajo (*up-down*). Al haber impulsado los PECL, LANDÖ se considera un Thibaut, no obstante lo cual propugna el espíritu y los métodos de un Savigny (O. LANDÖ, "The Principles of European Contract Law and American Legal Thinking", en *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002, pp. 748-749). BUSSANI, por su parte, entiende que la dicotomía Savigny-Thibaut no tiene mayor sentido (M. BUSSANI, "Current Trends in European Comparative Law: The Common Core Approach", en *Hastings International and Comparative Law Review*, Summer, 21 Hastings Int´l & Comp. L. Rev. 785, 1998, p. 11).

96 Citado por C. VON BAR (nota 58), p. 126.

97 R. ZIMMERMANN, "Comparative Law and the Europeanization of Private Law", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, pp. 550-551, quien considera a KÖTZ poinero en este tipo de literatura.

98 I. SCHWENZER, "Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, pp. 101-103.

Otros esfuerzos, ya de orden "mundial" que coadyuvan a la aproximación cultural constituyen las bases de datos que contienen pronunciamientos judiciales y arbitrales de distintos puntos recónditos del orbe. Para coadyuvar en la interpretación uniforme de sus textos, UNCITRAL ha establecido un sistema de reporte de los fallos basados en aquellos, bajo la denominación abreviada con las siglas "CLOUT", la cual puede ser accedida en versión impresa o a través de internet[99]. Algo parecido ocurre con UNIDROIT y la base de datos asociada, conocida como UNILEX[100]. Merecen también mención aquí otras bases de datos con valiosa información, como la de la Universidad de Pace en los Estados Unidos, relativa a la Convención de Viena, conteniendo un sinnúmero de fallos judiciales, laudos arbitrales, doctrina, y otros documentos relativos a la misma[101]; y la de la Unviersidad de Colonia, en Alemania, a través de su *Center for Transnational Law* (CENTRAL) y su método de "creeping *codification*" del nuevo derecho mercantil transnacional. A dicho efecto, se elaboró una lista abierta de principios sobre la *lex mercatoria*, que se mantiene fácilmente accesible a través de Internet, con lo que se logra una constante actualización, confiriendo flexibilidad a esta forma de "codificación" y evitando estancamientos en el desarrollo de la misma. Cada principio y cada regla traen consigo las referencias de sus fuentes, cuyo texto completo se vuelve así asequible[102]. A semejanza de lo que ocurre con los Principios de UNIDROIT y otros instrumentos análogos, los textos encontrados en CENTRAL, pueden ser utilizados con diversos propósitos, ya sea como inspiración a las partes en sus contratos o a los jueces o árbitros que deban juzgarlos, ya sea como inspiración a legisladores, etcétera.

No menor ha sido el aporte de iniciativas como las resultantes en las "resoluciones" del Instituto de Derecho Internacional, calificado por DEZALAY y GARTH como la más prestigiosa organización de académicos de derecho internacional[103]. Fundado en 1873 en Gante, Bélgica, como asociación privada, sus credenciales científicas, la calidad de sus trabajos y su independencia coadyuvan al mejor entendimiento y al progreso del derecho internacional, tanto público como privado. Ello a través de estudios de sus comisiones científicas que, en su caso, son adoptadas como resoluciones del instituto[104].

99 Al respecto, ver página web de UNCITRAL arriba referida, y también P. WINSHIP, en M. J. RAISCH / R. I. SHAFFER (eds.), *International Harmonization of Private Law, an Introduction to Transnational Legal Transactions*, New York y otras, Oceana Publications Inc., 1995, pp. 175-180.

100 www.unilex.info (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

101 http://www.cisg.law.pace.edu (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

102 www.tldb.de (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

103 Y. DEZALAY / B. G. GARTH, Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Trasnational Legal Order, Chicago / London, The University of Chicago Press, 1996, p. 20.

104 Ver http://www.idi-iil.org (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

*Last but not least*, se encuentran las iniciativas de los "*Moots*" o simulacros de arbitrajes que se desarrollan en distintas áreas, tanto del derecho internacional público (resalta aquí el *Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition*[105]) como privado, tal cual ocurre con iniciativas como la del Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, que se desarrolla cada año en Viena y en Hong Kong[106], el Moot de Madrid[107] (extendido a Latinoamérica a través del Pre-Moot de Asunción) y la competencia que organizan la Universidad de Buenos Aires y del Rosario de Bogotá, en conjunto[108].

## 4 Un errático "conflictualismo nacionalista"

En la disciplina conocida como Derecho internacional privado, queda patente, una vez más, el fracaso del "nominalismo legalista" o positivismo estatista de filiación decimonónica. En una arraigada concepción cerrada o particularista se trata más bien –se ha dicho– de un "Derecho privado internacional"[109], es decir, "nacionalizado" en lugar de universal, razón por la cual a los especialistas de la disciplina se les llama muchas veces, despectivamente, "conflictualistas" antes que "internacionalistas"[110] que, en vez de buscar soluciones idóneas para un caso multiestatal se obsesionan por localizarlo en una jurisdicción determinada[111].

Las dificultades, particularmente en materia de contratación internacional, son patentes. Muchos sistemas nacionales no están preparados para transacciones internacionales. Por ejemplo, el rechazo del comprador de aceptar bienes es mucho más serio en una venta internacional, y aunque el comprador estuviera en su derecho al efectuar el repudio, ciertas obligaciones como de conservación o reventa de la mercadería pueden serle impuestas. Debe considerarse que, comúnmente, las transacciones transfronterizas tienen factores particulares como el de la distancia entre comprador y vendedor, ciertos requerimientos como licencias para importar y exportar que dependen de las autoridades, o prohibiciones, transferencias de moneda, y un sinfín de eventualidades[112]; además de las

105 http://www.ilsa.org/jessup (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

106 http://www.cisg.law.pace.edu/vis.html (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

107 http://www.mootmadrid.es/ (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

108 http://www.derecho.uba.ar/institucional/competencia_arbitraje.php (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

109 B. AUDIT, *Droit International Privé*, Cinquième Edition, Paris, Editorial Economica, 2008, p. 3.

110 R. DAVID (nota 11), p. 25.

111 Con ironía y haciendo un paralelo con los términos utilizados por esta disciplina, JUENGER recuerda las palabras de VOLTAIRE para quien el Sacro Imperio Romano no era sacro, ni imperio, ni romano, pero igual utilizamos los términos (F. K. JUENGER (nota 38), p. 135).

112 R. DAVID (nota 11), pp. 11-12.

soluciones disímiles que pudieran existir entre las leyes nacionales en cuanto a formación, interpretación, cláusulas de exención, incumplimiento y exoneración[113].

No solo eso, las propias normas "indirectas o de conflicto" contenidas en los distintos sistemas jurídicos locales suelen resultar dispares. Todo ello deja a las partes bajo la incertidumbre desde qué derecho se aplica al contrato hasta cuál foro será competente para juzgarlo; y aun allí, dependiendo de las reglas de conflicto del foro elegido, un mismo convenio puede muy bien estar sujeto al derecho de uno y otro Estado[114]. No debe perderse de vista que el problema del derecho aplicable no se presenta solo en los pocos casos que –en términos comparativos– van a litigio, sino en la celebración y el comienzo mismo de la ejecución de las obligaciones emergentes del contrato internacional. Desde el principio, las partes deben conocer el contenido y alcance del derecho que les regirá. De allí –expresa DERAINS– que no resulta exagerado decir que la ignorancia sobre el derecho aplicable al contrato no solo complica la solución de controversias, sino puede contribuir incluso a que aparezcan. Si las partes no saben cuál regla se aplica a su vinculación contractual, cada una de ellas, de buena fe, estará tentada a ejecutar el convenio conforme al derecho que conoce mejor (como, por ejemplo, el de su país), sin percibir que al hacerlo, está incumpliendo con sus obligaciones, dando pie, precisamente por ese hecho, al nacimiento de un conflicto. Por lo demás, una parte de mala fe puede tomar ventaja de cualquier incertidumbre relativa al derecho aplicable e intentar ceñirse al que mejor sirve sus propios intereses[115].

Otro problema es que el conflictualismo clásico parte de una premisa irreal de que los tribunales locales se encuentran igualmente capacitados para aplicar el derecho doméstico y el internacional, en tanto que evidentemente solo la práctica, la jurisprudencia y doctrina propias caen bajo el manejo adecuado de juzgadores dentro de una jurisdicción[116]. Es conocida la investigación de RHEINSTEIN de los cuarenta fallos obrantes en un famoso libro de casos del Derecho internacional privado relativos al derecho aplicable: solo cuatro de ellos arribaron al resultado correcto, por razones incorrectas[117].

113 Los sistemas jurídicos domésticos difieren –al menos en superficie– en casi cada punto, aún en el campo de contratos, conforme lo expresa DAVID (R. DAVID (nota 11), pp. 8-10).

114 M. J. BONELL, "The Unidroit Principles of International Comercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences in Practice", www.unidroit.org, p. 2. (Último acceso: 2 de marzo de 2010)

115 Y. DERAINS, "The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration" en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Volume 6/ nº 1, 1995, p. 10.

116 La dificultad de aplicar derechos foráneos puede incluso poner en peligro que se pueda ejecutar el contrato afuera (R. DAVID (nota 11), p. 11.

117 Ver cita en O. LANDÖ, "Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification", en *Uniform Law Review*, UNIDROIT, Roma, 2003, p. 126.

Por lo demás –como lo destaca GLENN– contrariamente a cuanto se pensó, el sistema de conflicto de leyes, antes que traer estabilidad y efectividad, ha sido inestable e ineficaz. En muchas partes del mundo, como en Rusia, Indonesia, China o gran parte de Latinoamérica, es imposible emitir una opinión sobre el estado de un derecho nacional, o predecir cómo fallará un tribunal local. Algunos Códigos o leyes pueden ser tan viejos, o estar tan corregidos, que resulta imposible saber si uno se encuentra trabajando con un texto fiel. Así también, la corrupción de los sistemas judiciales constituye en muchos países la regla antes que la excepción, lo cual deja sin sentido la teoría decimonónica europea de que las diferencias entre leyes nacionales pueden ser resueltas a través del complicado y costoso sistema conflictualista de Derecho internacional privado[118].

A lo que debe agregarse que el ciberespacio originado por la interconexión informática deja sin sustento posible cualquier concepción territorial o de aplicación de derechos domésticos, pues el derecho aquí no conoce fronteras[119].

Por si lo dicho hasta aquí fuera poco, dentro del conflictualismo clásico hay nuevamente varias "escuelas", con toda la incertidumbre que ello conlleva. Lo que sí queda claro es que –como bien lo destaca JUENGER– estas escuelas conflictualistas, en todas sus vertientes, recompensan a quienes buscan un foro de su conveniencia (*forum shoppers*), pues la decisión sobre disputas internacionales se produce acorde con las reglas del foro donde se litiga[120], lo cual frustra la búsqueda de la comunidad internacional de certeza y predecibilidad para sus transacciones[121].

118 H. P. GLENN, "An International Private Law of Contract", en *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001, pp. 58-59. No resulta extraño, tampoco, que el derecho local esté tan bajamente desarrollado que resulta incapaz de dar solución al caso, como ocurrió, con respecto al sistema jurídico islámico, con el *Caso SPP v. Arab Republic of Egypt* (1992).

119 F. K. JUENGER, "The Lex Mercatoria and Private International Law", *Louisiana Law Review*, Summer, 2000 (60 La. L. Rev. 1133), p. 1141. Lo que antes fue excepción –dice LESSIG– ahora es regla. El comportamiento era alguna vez gobernado ordinariamente dentro de una jurisdicción o de dos jurisdicciones en coordinación. Ahora estará sistemáticamente gobernado dentro de múltiples jurisdicciones no coordinadas (L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Editorial Basic Books, 1999, p. 192).

120 F. K. JUENGER (nota 119), p. 1138. No menor es el problema conexo que se presenta con el orden público y nociones relacionadas. La problemática del orden público la hemos abordado en diversos artículos. Ver, por ejemplo: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "Orden Público y Arbitraje", *Revista Electrónica Lima Arbitration*, 2007 (http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf) (último acceso: 2 de marzo de 2010), incluido también en la *Revista Foro de Derecho Mercantil*, nº 20, Bogotá, 2008 y en la obra J. Oviedo Albán (coord)., *Derecho Comercial en el Siglo XXI*, Bogotá, Editorial Temis, Universidad de la Sabana, 2008.

121 ZEKOLL rescata dos mensajes centrales de la crítica de JUENGER al multilateralismo: al no haber reglas de conflicto universales, no hay armonía decisoria; y el abstracto y avalorativo sistema multilateralista no solo no tiene resultados uniformes sino coarta la justicia individual (J. ZEKOLL, "A Review of Choice of Law and Multistate Justice", en *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001, p. 12).

Por lo demás, de manera frecuente los juzgadores, solapadamente, obvian entrar en el laberinto de la llamada "justicia conflictual" para arribar, por otros medios argumentativos, a soluciones calificadas como de "justicia substantiva" o "material". Ocurre que supuestamente a través del conflictualismo se distribuye de manera justa el poder de los sistemas jurídicos para gobernar las vinculaciones transfronterizas, encontrándose en el interés de la seguridad jurídica y del comercio internacional que los juzgadores traten las distintas normas del mundo de igual manera. Pero, frecuentemente, los juzgadores no siguen esta ortodoxia: pretenden que siguen las normas establecidas, pero de hecho no lo hacen, sino buscan la justicia para el caso individual, lo que se considera más importante que la observancia de abstractas reglas conflictualistas. Se utilizan técnicas encubiertas para llegar al resultado que el tribunal desea, y esto afecta la certeza que supuestamente el conflictualismo debería proveer[122]. De allí que en este dilema entre justicia conflictual (*conflicts justice*) y justicia material o substantiva (*material justice*)[123], los juzgadores suelen recurrir frecuentemente a lo que los anglosajones denominan "*escape devices*", o mecanismos de escape de la rigidez conflictualista, manipulándose a dicho fin, distorsionándolas, nociones como calificación, reenvío, orden público internacional, fraude a la ley y otros[124]. Recientemente incluso, los derechos humanos han sido invocados para "limitar" lo que los Estados pueden hacer en materia de Derecho internacional privado, y marcó todo un hito en este sentido la famosa decisión de la Corte Constitucional alemana en 1971, seguida por otras, como la italiana de 1987[125].

122 Communication on European Contract Law: Joint Response of the Comisión on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code (www.sgecc.net, p. 31) (último acceso: 2 de marzo de 2010).

123 Según lo califica SYMEONIDES, utilizando la terminología de KEGEL (S. C. SYMEONIDES, "Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law", en *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001, p. 125). En el primer supuesto el objetivo del Derecho internacional privado será simplemente elegir el Estado que proveerá la ley aplicable sin atender al contenido y la calidad substantiva de la solución a la que se arriba. En tanto que para alcanzar la justicia substantiva se buscará la mejor solución de fondo a un caso multiestatal (S. C. SYMEONIDES, obra citada, pp. 126-128).

124 La opción del juez por otras alternativas a las soluciones conflictualistas clásicas es la línea de las normas narrativas de JAYME, de la doctrina de las cláusulas de excepción y la teoría alemana *Zweistufentheorie*, que toma en cuenta la regulación establecida en un ordenamiento no reclamado por la norma de atribución, pero sí estrechamente vinculado con el asunto, al objetivo de adaptar la solución confictual legislativamente prevista a los propios objetivos de justicia del foro (J. M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997, p. 88).

125 Además de la propia Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, que invocó a ese efecto repetidamente el tratado de la Unión, especialmente las cuatro libertades (movimiento de bienes, personas, servicios y capital) y el principio de no discriminación. Así, la regla tradicional prevaleciente por mucho tiempo en países europeos, de que las corporaciones se encuentran sujetas a lugar de su asiento, no puede ser invocada para denegar a un emprendimiento incorporado en otro estado miembro a establecerse y ser reconocido como tal en otro (*Centros v Erhvervs-og Selskabsstryrelsen*, Caso C-212/97, (1999) ECR-I, 1459). Al menos en una ocasión la Corte se basó también en la Convención Europea de Derechos Humanos, como cuando dijo que el alcance de la excepción de orden público al deber de reconocer los juzgamientos civiles de otros estados miembros debe ser interpretado conforme a la referida convención (*Krombach v Bamberski*, Caso C-7/98, (2000) ECR I-1935). También en Francia se ha invocado dicha convención para denegar juzgamientos foráneos

Hace unos años, un informe conjunto de la Comisión Europea y del Grupo de Trabajo formado para elaborar un Código Civil europeo, conformado por eximios juristas del continente, ha encontrado numerosos problemas con el conflictualismo, tales como lidiar con distintos idiomas, la dificultad de establecer el alcance de leyes extranjeras, la existencia de precedentes jurisprudenciales no claros o contradictorios, así como la onerosidad de obtener información sobre el derecho extranjero y el tiempo que ello insume[126]. En el *common law* los jueces son más pragmáticos, pues, frecuentemente, recurren a testigos, expertos en sus respectivos sistemas foráneos, para que los convenzan y, si la evidencia se presenta insuficiente, los tribunales se inclinarán a aplicar el derecho de su foro[127]. El informe concluye que en el sistema conflictualista europeo hay un amplio margen para que las empresas sean tomadas de sorpresa, simplemente porque las reglas son complejas y no siempre pueden resultar rigurosamente aplicadas en la práctica[128].

En suma, nacionalizar vinculaciones internacionales, o "intentar hacer cuadrado un círculo", según una célebre frase, resulta algo altamente indeseable en un sinfín de situaciones, lo que forzó a que la doctrina intentara, infructuosamente, encontrar luz entre tanta sombra, en una rama, caracterizada por VISHER, como "la más debatida del derecho", en la que no hay acuerdos básicos sobre sus principios, métodos y objetivos[129]. El fracaso teórico de la disciplina queda patentizado en expresiones como la de NIBOYET, que califica al conflictualismo como un juego mental con infinitas complicaciones, en tanto que según BUCHOLZ se trata de un campo minado en un laberinto, construido por profesores borrachos en teorías[130], o –en palabras del Decano PROSSER– estamos frente a "profesores excéntricos que teorizan sobre cuestiones misteriosas en un extraño e incomprensible idioma", y complican una materia de por sí compleja, inyectando a la discusión su propia nomenclatura[131].

---

que la violaran (ver M. REIMANN, "Comparative Law and Private International Law", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, pp. 1392-1393).

126 Debe considerarse también que algunas leyes tienen vínculos cercanos a las reglas procesales, como las del *common law* basadas en *equity* (ejemplos: *trusts* y *specific performance*) o las francesas (ejemplo: *astreintes*).

127 Communication on European Contract Law: Joint Response of the Comisión on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code (www.sgecc.net) (ultimo acceso: 2 de marzo de 2010), pp. 30-31.

128 Communication on European Contract Law (nota 127), p. 6.

129 DAVERS describió la búsqueda de sus fundamentos como "seis siglos de frustración" (ver F. VISHER, "General Course on Private International Law", *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992, I, Tome 232 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 21).

130 F. K. JUENGER (nota 38), p. 320.

131 F. K. JUENGER (nota 38), p. 134.

Ante tanta frustración, SYMEONIDES habla hoy de una pérdida de inocencia en el Derecho internacional privado en la segunda mitad del siglo XX[132]. Dicho fracaso lleva a cultores ortodoxos de la disciplina a recurrir actualmente a un "pluralismo metodológico", que "porque explica todo no explica nada" ("*because it explains everything, it explains nothing*"), agregando más confusión[133]. Enfrentado este panorama desolador, y específicamente con relación a la contratación internacional, decía DAVID en su "*Rapport General*" de 1977 para el Instituto UNIDROIT que "la manera en la cual el comercio internacional se regula actualmente, luego de la nacionalización del Derecho a partir del siglo XIX, es lo más insatisfactoriamente posible; lastima la razón y es una vergüenza para los juristas"[134].

## 5 Hacia una nueva "*lex mercatoria*" universal

La nacionalización decimonónica iba absolutamente de contramano con las necesidades del comercio que, como bien lo señala OLIVENCIA, en alusión a su milenaria historia, se encuentra marcada por la "tendencia a la internacionalidad". Mercurio, el Dios del comercio, "se representa en un icono con pies alados, símbolo de desplazamientos y de la velocidad propia de la actividad mercantil"[135].

La salida… un retorno al universalismo. Martin WOLFF lo había dicho ya claramente –desde una perspectiva visionaria– hace varias décadas: Un sistema de iusprivatista internacional que descuidara una visión supranacional sería contrario a la justicia[136].

Pues bien, en materia de contratación transfronteriza, el nuevo Derecho internacional privado reconoce cada vez más una *lex mercatoria*[137] universal –como lo fue en el Medioevo–,

132 S. C. SYMEONIDES (nota 123), p. 385.

133 F. K. JUENGER (nota 38), p. 254.

134 Citado por GOLDMAN, en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. xxii.

135 M. OLIVENCIA, en *Diario ABC de Madrid*, 25 de setiembre de 2007 (accesible en dicha fecha en el sitio: http://www.abc.es/20070925/opinion-la-tercera/globalizacion-derecho_200709250303.html).

136 M. WOLFF, *Derecho Internacional Privado*, Traducción española de la segunda edición inglesa por Antonio Marín López, Barcelona, Editorial Bosch, 1958, p. 15.

137 La terminología alusiva a la nueva *lex mercatoria* es caótica. En las primeras décadas del siglo XX LAMBERT utilizaba la expresión "derecho corporativo internacional" (*droit corporatif international*). JESSUP en su obra *Transnational Law* de 1956, parece haber sido el primero en poner en circulación esta expresión, con la que se pretende superar la división tradicional entre el aspecto público y privado de las relaciones internacionales (ver F. RIGAUX, *Derecho Internacional Privado,* Parte General, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1985, p. 81). Modernamente la utilizan autores como GOODE (R. GOODE, "Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law", *46 ICLQ 1*, 1997, p. 2), Muir WATT (H. MUIR WATT, "New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help?", en M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, p. 277), LOUSSOUARN, BOREL y VAREILLES SOMMIÈRES –quienes también aluden a un "orden superior" (P. BOUREL / Y. LOUSSOUARN / P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8e édition, Éditions Dalloz, 2004, p. 3), entre varios otros. También se

sobre todo a partir de los años sesenta en que Berthold GOLDMAN y otros juristas franceses proveyeron una base teórica al fenómeno registrado en el comercio internacional del respeto a la palabra empeñada y a los usos, costumbres y principios cosmopolitas, incluso muchas veces por encima de particularismos locales[138]. Ello, en coincidencia con la propagación del reconocimiento, la consolidación y la propagación a lo ancho del orbe de la autonomía de la voluntad[139], que en materia de transacciones transfronterizas se relaciona con facultad de elegir el derecho aplicable y el juzgador que entenderá el caso, a cuyo respecto cobra cada vez más preponderancia el arbitraje.

Como lo destaca FERNÁNDEZ ARROYO, el avance del principio de la libertad contractual o autonomía de la voluntad, a expensas del de soberanía otrora imperante, es característica de tendencias recientes en el Derecho internacional privado y promete una profundización en los

habla de un "derecho a-nacional", término atribuido a FOUCHARD (L. J. MUSTILL (nota 38), p. 151, nota al pie), en tanto que los Principios de UNIDROIT de derecho contractual utilizan la palabra "supranacional". También puede verse en BERMAN la utilización de la expresión "*world law*" (derecho mundial) (H. J. BERMAN: "Is Conflict-of-Laws Becoming Passe?, An Historical Response", *Emory University School of Law, Public Law & Legal Research Paper Series, Research Paper nº 05-42*, http://papers.ssrn.com/abstract=870455) (ultimo acceso: 2 de marzo de 2010). ILLESCAS y PERALES VISCASILLAS, por su parte, en vez de utilizar expresiones como *lex mercatoria*, Derecho mercantil internacional, Derecho comercial internacional o Derecho del comercio internacional, se inclinan por adoptar –por considerarla más adecuada– la terminología de Derecho uniforme del comercio internacional (R. ILLESCAS ORTIZ / P. PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2003, pp. 28 y ss.). Actualmente se encuentran muy en boga las expresiones en inglés *soft law*, o derecho de génesis no-estatal, y su contrapartida *hard law*, que sí tiene dicho origen.

138 Como lo expresa OVIEDO ALBÁN, "el derecho comercial está asistiendo a una nueva etapa en su desarrollo que lo lleva más cerca de lo que fue en sus orígenes: un derecho que se nutre de los usos y prácticas de los comerciantes, que se depura en el laboratorio del comercio y que no concoce fronteras" (J. OVIEDO ALBÁN (nota 48), p. 69).

139 El principio de la autonomía de la voluntad en materia internacional se propaga por Europa durante los siglos XVII y XVIII, y sobre todo con el liberalismo del siglo XIX, con apoyo de doctrinas como las de HUBER, VOET, FOELIX, SAVIGNY, MANCINI y STORY, a lo cual vino a sumarse su consagración en la jurisprudencia francesa de 1840 a 1874. El proceso queda consolidado en Francia con el fallo de la máxima instancia judicial –Tribunal de Casación– del 5 de diciembre de 1910, en el asunto *American Trading Company contra Québec Steamship Company Limited.* En Alemania, si bien no fue previsto en la Ley de Introducción al Código Civil de 1896, el principio ha sido aceptado jurisprudencialmente, y hoy en día también en doctrina. En Italia, la autonomía de la voluntad ya había sido recogida en el Código Civil de 1865, y hace lo propio, actualmente, el Código Civil de 1942, en su artículo 25 relativo a disposiciones preliminares. Asimismo, lo hacen el artículo 6:248 del Código Civil Holandés y la Sección 859 del Código Civil austríaco. En el derecho inglés también ha sido admitida durante mucho tiempo por los tribunales la libertad de las partes de elegir la ley que regirá el contrato (*proper law of the contract*) (R. H. GRAVESON (nota 3), p. 289. Al otro lado del Atlántico, el principio de la autonomía de la voluntad (*party autonomy*) lo terminó consagrando definitivamente el segundo *Restatement* norteamericano de 1971, en su sección 187. Casos emblemáticos reafirmaron el principio en los Estados Unidos (*Bremen v. Zapata* (1972) y *Scherk v. Alberto Culver Co.* (1974). También lo ha consagrado el Tribunal Internacional de Justicia Permanente, ya en el año 1929, en un conocido asunto relativo a préstamos del Brasil. La autonomía de la voluntad ha sido recibida, además, en importantes tratados, y –como lo resalta JAYME– el principio de la libertad individual se encuentra reconocido por diversas cartas y declaraciones que enuncian derechos fundamentales del hombre, como el artículo 29, parágrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que alude al libre y pleno desarrollo de la voluntad (ver E. JAYME, "Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne", Cours général de droit international privé, *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1995*, IV, Tome 251 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 147).

años venideros[140]. De hecho, con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad desaparece, en la gran mayoría de los casos, la incertidumbre que, en su defecto, existiría sobre la aplicación de reglas estatales según el sistema conflictualista, pues regirán las normas establecidas, referidas o incorporadas por las partes. Así, quienes están envueltos en actividades de comercio exterior desarrollan sus propias reglas, manifestadas, muchas veces, en cláusulas estándares que incorporan a sus acuerdos. Los contratantes, además, buscan asegurarse que dichas estipulaciones serán respetadas, para lo cual recurren masivamente a sistemas de resolución de conflictos sustraídos de la órbita estatal, como el arbitraje[141]. Ya lo señalaba hace varias décadas GUTTERIDGE, que el boicot a los tribunales, que se hace al recurrirse a los arbitrajes, es el resultado a una inclinación marcada de no correr el riesgo de quedar envueltos en reglas de conflicto tan complicadas que los mercaderes ni sus asesores puedan prever sus efectos. El derecho que prevalecerá ante juzgadores ordinarios puede últimamente estar determinado por un evento puramente fortuito o relativamente trivial, como ocurrió en el famoso caso *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co.*[142]

## 6 Arbitraje y universalismo

En el ámbito transfronterizo, los contratantes se encuentran comúnmente ante la opción de someter sus eventuales conflictos a un tribunal "nacional" o a un arbitraje "internacional". En el primer caso se presenta el riesgo de tener que litigar en otro país ante juzgadores que probablemente manejarán criterios "nacionales", desconociendo la problemática del quehacer mercantil transfronterizo. Por lo demás, la parte foránea deberá recurrir a los servicios de abogados de esa jurisdicción, muchas veces desconocidos o al menos no de su confianza, y el proceso puede resultar conducido en un lenguaje que quizás no sea el del contrato, con las consecuentes complicaciones de que los documentos básicos de la contienda deberán ser traducidos, lo que implica costos y retrasos, más la posibilidad generada por malos entendimientos[143]. En contrapartida, el arbitraje provee un método barato y

140 D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, Derecho internacional privado (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales), Córdoba, Editorial Advocatus, 1998, p. 92.

141 Aunque no de manera exclusiva. Como lo señala LOWENFELD, el debate sobre *lex mercatoria* no debe concentrarse exclusivamente en el arbitraje, pues la cuestión también se plantea con respecto a los fallos judiciales (A. F. LOWENFELD, "Lex Mercatoria: An Arbitrator´s View", Special Supplement, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2002, p. 74). En UNILEX figuran al menos 70 casos de tribunales de Australia, Bélgica, China, Francia, India, Italia, Holanda, Estados Unidos, Reino Unido, Venezuela, Suiza, España, etcétera (www.unilex.info) (Último acceso: 2 de marzo de 2010).

142 H.C. GUTTERIDGE, Comparative Law, An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research, Second Edition, Camdridge University Press, 1949, p. 53.

143 M. HUNTER / A. REDFERN, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Third Edition, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 27.

eficiente para resolver disputas internacionales sin muchas de estas complicaciones, normalmente en sitios y ante árbitros neutrales y competentes en cuestiones técnicas del comercio exterior, por lo general –además– con habilidades en el manejo de distintos idiomas[144]. También suele ser "neutral" el derecho aplicable en los arbitrajes, con una tendencia a sustraerse de localismos y arcaicas fórmulas de Derecho internacional privado conflictualistas, apuntándose, en vez, a soluciones universales o trasnacionales[145].

No resulta, pues, de extrañar, que se presente en el arbitraje lo que OPETTIT denomina como el fenómeno de la "aculturación jurídica": los árbitros se ven obligados a realizar un esfuerzo de integración que recuerda la simbiosis de los derechos "sabios" en la Edad Media, como lo eran el canónico y el romano, descartándose en aquel entonces el derecho feudal y la costumbre local[146], en exclusión análoga a la de hoy día con respecto a los localismos.

Ello, diría un novato, implicaría dar una carta blanca (*carte blanche*) con la que el juzgador tendría una fácil tarea por delante (*easy ride*), al no tener que entrar en mayores profundizaciones, lo cual –expresa BLESSING– está absolutamente equivocado. Ocurre en estos casos exactamente lo contrario: el juzgador debe extremar esfuerzos en cotejar las distintas posibilidades existentes ante la problemática del caso que se le presente, y optar por alternativas que fundadamente puedan resultar aceptables conforme a parámetros manejados internacionalmente[147], extremando esfuerzos en su argumentación. A dicho efecto, como bien lo afirma Lord Goff DE CHIEVELEY: "Es mejor tener un festival de fuentes en contraste, con ebullición de ideas, que un simple paquete higiénico, envuelto en polietileno"[148].

144 De allí que normalmente los arbitrajes importantes se desarrollan fuera de los países de las partes en contienda, y en lugares como hoteles o salas de conferencias. Suiza adquirió gran fama en este sentido como sede neutral.

145 La tendencia aplicar un derecho transnacional en arbitrajes internacionales es particularmente fuerte en áreas en que los derechos nacionales se están desarrollando en diferentes ritmos como lo relativo a frustración de contratos, las consecuencias de la invalidación total y parcial y el problema de las tasas de intereses aplicables (H. SMIT, "Proper Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis", en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 109).

146 B. OPPETIT, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Bogotá, Legis Editores, 2006, pp. 278-279, nota al pie.

147 M. BLESSING, "Choice of Substantive Law in International Arbitration", *Journal of International Commercial Arbitration*, Vol.14 nº 2, (Kluwer CD), June, 1997, p. 7.

148 Citado por J. M. SMITS, "The Europeanisation of National Legal Systems", en M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, p. 239). No es muy distinto lo que ocurría en la Edad Media con las transacciones mercantiles. La caracterizaba, en primer lugar, su universalismo, por tratarse de reglas consuetudinarias que trascendían fronteras, sobre todo debido al intercambio marítimo de los últimos tiempos del medioevo. Segundo, la distinguía su mecanismo particular de resolución de conflictos, consistente en juzgamientos por tribunales especiales, usualmente integrados por comerciantes, reconociéndose la libertad contractual y la supresión de tecnicismos jurídicos y la potestad de decidir "*ex aequo et bono*". Por último, merece también particular mención la progresiva estandarización en su utilización escrita, sobre todo por la actividad de los Notarios Públicos (ver C. M. SCHMITTHOFF, "International

Ahora bien, un hito para la consolidación del arbitraje internacional –y el universalismo consecuente– lo marca la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, propiciada por las Naciones Unidas y hoy día ratificada por más de ciento cincuenta países. Calificada por Lord MUSTILL como "la más efectiva instancia de legislación en la historia del Derecho comercial"[149], por GOODE como "*astonishingly succesful*"[150] y por WETTER como el "pilar en el cual descansa el edificio del arbitraje internacional"[151], la Convención de Nueva York prevé condiciones uniformes para la ejecución de los laudos arbitrales en los países adherentes, amén de confirmar el criterio de que las partes se rigen por el derecho que elijan. Si hoy día resulta mucho más fácil ejecutar un laudo extranjero que un juzgamiento foráneo[152], ello debe atribuirse, fundamentalmente, a las virtudes de la Convención de Nueva York[153]. De hecho, es difícil encontrar en casos publicados "*horror stories*" de no ejecución de laudos[154], a los que VAN DEN BERG califica como "*unfortunate*

Business Law: A New Law Merchant", en C-J. CHENG (ed.), *II Current Law and Social Problems*, 129 (1961), Clive M. Schmitthoff´s Selected Essays on International Trade Law, p. 23). Cuando COLBERT, propulsor de las célebres ordenanzas francesas que precedieron a la codificación en la Francia del siglo XIX preguntó a VOLTAIRE cómo debería ser promocionado el comercio internacional por la legislación estatal, los comerciantes respondieron con la célebre frase de "*laisser faire et laisser passer*". Sin embargo, a partir del siglo XIX, se produce la nacionalización de la *lex mercatoria*, expresándosela en Códigos de Comercio "nacionales", lo que llevó al peculiar desarrollo el Derecho internacional privado "conflictualista", con todos sus problemas ya resaltados.

149 Ver cita en S. M. KRÖLL / J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS, *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, p. 694.

150 R. GOODE, "The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 17 nº 1, 2001, p. 22.

151 S. M. KRÖLL / J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS (nota 149), p. 694.

152 Ver, por ejemplo, FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN, en E. GAILLARD / J. SAVAGE (eds.), *International Commercial Arbitration*, 1999, p. 885; A. KUPFER SCHNEIDER / C. J. MENKEL-MEADOW / L. PORTER LOVE / J. R. STERNLIGHT, *Dispute Resolution, Beyond de Adversarial Model,* New York, Aspen Publishers, 2005, p. 448, etcétera. También se sostiene que resulta diferente la intensidad cuando los tribunales son requeridos a reconocer/ejecutar un laudo de afuera que cuando son requeridos a dejar sin efecto un laudo dentro de su propia jurisdicción. En este último caso, se ha mostrado menos severa, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Milán (*Wilson Smithett & Cope Ltd., v. Terruzi* (1977). Sin embargo, se lee en el ILA *Interim Report* que es difícil determinar si la práctica de tribunales es menos rigurosa cuando los tribunales son requeridos a reconocer/ejecutar un laudo de afuera que cuando son requeridos a dejar sin efecto un laudo dentro de su propia jurisdicción (*International Law Association, London Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration, Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards* (www.ila-hq-org) (Último acceso: 3 de marzo de 2010), p. 16).

153 S. M. KRÖLL / J. D.M. LEW / L. A. MISTELIS (nota 149), p. 693. Debe tenerse presente que, como lo señala MOURRE, la violación manifiesta por un Estado de sus obligaciones consagradas en la Convención de Nueva York o en cualquier otra convención internacional relativa al reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales es susceptible de comprometer su responsabilidad internacional y dar lugar al pago de una indemnización a favor de la parte acreedora (A. MOURRE, "La Responsabilidad Internacional del Estado por Incumplimiento de su Obligación de Ejecutar un Laudo Extranjero", en C. A. SOTO (dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008, p. 579).

154 S. M. KRÖLL / J. D.M. LEW / L. A. MISTELIS (nota 149), p. 688.

*few*"[155] –los resultados de una investigación indican que solo en alrededor de un diez por ciento de los casos se deniega ejecución[156]–.

Este extraordinario instrumento no solo facilitó la propagación –cual reguero de pólvora– del arbitraje en el mundo, sino también abrió las compuertas al derecho transnacional. Como muestra basta un botón. La Declaración de la Conferencia de El Cairo de la *International Law Association*, de 1992, alusiva a la Convención de Nueva York, se ha expedido contundentemente en los siguientes términos: "El hecho de que un árbitro internacional haya sustentado un laudo en normas transnacionales (principios generales del derecho, principios comunes a muchos derechos, derecho internacional, usos del comercio y expresiones análogas), en vez del derecho de un Estado determinado, no debería, por sí mismo, afectar la validez o el carácter ejecutorio del laudo, cuando las partes acordaron que el árbitro aplicaría normas transnacionales, o cuando las partes guardaron silencio respecto al derecho aplicable".

Al éxito de este texto convencional debe sumarse el *aggiornamento* en los derechos internos, más aún luego que UNCITRAL aprobara en 1985 una "ley modelo"[157], que ha inspirado reformas normativas por doquier, para volver más propicios los sistemas nacionales a las peculiaridades del arbitraje. Esta ley no solo tiene como uno de sus pilares el principio de la autonomía de la voluntad[158], sino también habilita a que las disputas sean resueltas de acuerdo a principios y criterios transnacionales, cuando las partes así lo hayan decidido[159].

155 Ver G. KAUFMAN-KOHLER, "Enforcement of Awards – A Few Introductory Thoughts", en *ICCA Congress* series nº 12, 2005, pp. 287-290.

156 A. J. VAN DEN BERG, "Why Are Some Awards Not Enforceable", en *ICCA Congress* series nº 12, 2005, p. 291.

157 Ampliada con reformas en el año 2006 (ver en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html) (Último acceso: 3 de marzo de 2010).

158 Lo propio había hecho ya en el año 1976 el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, ayudando, según se ha dicho, a modelar efectivas reglas supranacionales (R. AMISSAH, "Revisiting the Autonomous Contract, Transnational contracting, trends and supportive structures", en www.lexmercatoria.org, p. 5) (Último acceso: 3 de marzo de 2010).

159 El comentario de UNCITRAL al artículo 28 (1) de la Ley Modelo expresa que la referida disposición es importante por dos razones. En primer lugar, atribuye a las partes la facultad de elegir el derecho sustantivo aplicable, lo que es importante dado que varias leyes nacionales no reconocen clara o plenamente esa facultad. Además, 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 aquellas pueden, por ejemplo, elegir de común acuerdo normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional. A su vez, se expresa en los Principios Europeos de Derecho contractual, que la expresión "normas de derecho" del art. 28(1) de la Ley Modelo supone que las partes pueden escoger la lex mercatoria para regir su contrato (Notas, art. 1:101 PECL, comentario 3, a). Por su parte, observa GRIGERA que en materia de Derecho internacional privado el término "derecho" para referirse al régimen jurídico aplicable al fondo de la controversia en materia de arbitraje internacional se entiende que excluye normas, principios o reglas de fuente anacional o internacional general, y se limita tan solo a los derechos nacionales o convenciones internacionales ratificadas

Incluso ante el silencio de las mismas, si bien en principio la Ley Modelo se atiene a criterios más tradicionales o "conflictualistas"[160], autoridades del mundo arbitral entienden que debe darse una interpretación extensiva a estos cuerpos normativos[161]. Y aunque así no fuera, la Ley Modelo contiene una importante disposición de que "en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso"[162]. Como bien lo señala DALHUISEN, la aplicación de este precepto no depende de la voluntad de las partes, y tiene prelación sobre cuanto determinen las reglas de conflicto, en su caso, lo cual da pie en cierto sentido a la *lex mercatoria* o el derecho transnacional, al menos en lo que respecta a la aplicación de los principios fundamentales al caso en particular que se presente[163].

En la misma línea, muestran una amplia apertura hacia el derecho transnacional los reglamentos de las principales instituciones arbitrales del mundo[164]. Este constituye un dato no menor, si se considera la uniformidad existente entre estos instrumentos normativos[165], guiados, en cierta parte, por los conceptos y las reglas elaboradas bajo los auspicios de UNCITRAL[166], con el efecto homogeneizador consecuente impactando, también aquí, de manera favorable al universalismo.

---

por los Estados cuyas condiciones de aplicación se encuentren reunidas en el caso concreto (H. A. GRIGERA NAÓN, "El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR: un Análisis Crítico", en *Revista Brasileira de Arbitragem*, Coedición de Sintese y el Comité Brasilerio de Arbitragem, nº 1, jul/out 2003, p. 24).

160 En ese caso, el artículo 28(2) de la Ley Modelo hace alusión a la aplicabilidad de "la ley que determinen las normas de conflicto", expresando el comentario de UNCITRAL que aquí las atribuciones del tribunal arbitral se ajustan a pautas más tradicionales. Es decir, en caso de silencio de las partes, el tribunal arbitral debería determinar como derecho aplicable uno de origen estatal, y no principios como los de UNIDROIT. Al respecto, refiere BORN que existe un debate en cuanto a qué reglas de conflicto deberían aplicar los árbitros. Tradicionalmente se consideró que debían ser las reglas de conflicto de la sede del arbitraje. Una variación era que se aplicaban las reglas sustantivas del lugar. En ambos casos, la teoría principal era que la selección de las partes de la sede arbitral constituia una elección de ley implícita. Todo esto fue abandonado o moderado. Actualmente, la tendencia es abogar por un enfoque menos mecánico, que se encamina cada vez más hacia soluciones sustantivas en lugar de las tradicionales del derecho internacional privado (G. B. BORN, *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials*, Second Edition, Transnational Publishers Inc. and Kluwer Law International, 2002, pp. 529-530).

161 Así, BLESSING, por ejemplo, entiende que puede darse una interpretación extensiva a estos cuerpos normativos. También hacen lo propio otras renombradas figuras del arbitraje de hoy, como, por ejemplo, GAILLARD (ver en V. RUÍZ ABOU-NIGM (nota 28), p. 117). Incluso, leyes arbitrales, como las de Francia, Italia y Holanda permiten a árbitros aplicar dicha *lex* aun en ausencia de elección de las partes.

162 Artículo 28, inciso 4).

163 J. H. DALHUISEN (nota 48), p. 119.

164 Como el de la Cámara de Comercio Internacional, la *American Arbitration Association* (AAA), que funciona internacionalmente con la denominación de *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR); la *London Court of International Arbitration* (LCIA); el *Stockholm Chamber of Commerce;* el centro de disputas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO); y el centro de resolución de disputas en materia de inversiones del Banco Mundial, cuya abreviatura en español es la de CIADI.

165 C. N. BROWER, "W(h)ither International Commercial Arbitration?" – *The Goff Lecture,* 2007, p. 184.

166 J. J. BARCELÓ III / A. T. VON MEHREN / T. VÁRADY, *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, Fourth Edition, Thomson Reuters, 2009, p. 70.

A todo lo anterior debemos sumar el imponente desarrollo casuístico, sobre todo en las últimas décadas en que, además, los laudos arbitrales comenzaron a ser publicados y –por ende– difundidos internacionalmente[167]. La Cámara de Comercio Internacional, por ejemplo, difunde sus laudos desde 1974 en el "*Journal du droit international*", los que, a partir de entonces, también aparecen en otras publicaciones. Estos laudos, por su parte, citan o se apoyan en muchos casos en otros anteriores.

A su vez, los laudos arbitrales han sido sistematizados por la doctrina, a cuyo respecto, claramente, Francia ha estado a la vanguardia, al punto de que se ha llegado a calificar a la *lex mercatoria* como "un fantasma creado por profesores de La Sorbona"[168]. Esa doctrina, nuevamente, recibió espaldarazos importantes de los más altos tribunales de diversas jurisdicciones claves para el desarrollo del comercio internacional.

En la propia Francia, por ejemplo, tribunales superiores se han expedido en numerosos casos en esta dirección. Así, en *Fougerolle c. Banque de Proche Orient* de 1981, la Corte de Casación no revirtió un laudo en que los árbitros decidieron que la disputa se resolvería según principios generalmente aplicables en el comercio internacional –o *lex mercatoria*–, incluso sin que las partes hubieran hecho mención a ello[169]. En otro caso (*Pabalk Ticaret c. Ugilor/Norsolor*), quedó convalidada la decisión de los árbitros que, ante la dificultad de elegir entre dos derechos nacionales, optaron por recurrir a la *lex mercatoria*[170], sin que las partes contratantes se hubieran remitido, en su momento, ni a ella ni a *amiable composition*[171]. En

167 Con el debido resguardo de la confidencialidad que impone la materia arbitral, lo cual implica por lo general la no mención de las partes y de ciertos hechos relativos a los casos que se publican. Ello a pesar de que muchas decisiones no contienen razonamiento (solo expresan quién ganó y quien perdió) y otras tantas no son publicadas (ver A. KUPFER SCHNEIDER / C. J. MENKEL-MEADOW / L. PORTER LOVE / J. R. STERNLIGHT (nota 152), p. 453).

168 Debido al influjo de la doctrina francesa, algunos críticos han llegado a afirmar que se está ante un "fantasma creado por profesores de la Sorbona" (ver G. TEUBNER, "Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems", en *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 149), p. 151). En general, ver J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "Nueva Lex Mercatoria: Fantasma creado por profesores de La Sorbona?", en *Foro de Derecho Mercantil, Revista Internacional*, nº 1, Bogotá, Editorial Legis, 2003). Ello en alusión a GOLDMAN y otros juristas franceses que instalaron el debate contemporáneo en torno al derecho transnacional así manifestado (ver, por ejemplo, B. GOLDMAN (nota 134).

169 A pesar de las dudas que plantea, el caso *Fougerolle* puede verse como un primer modesto paso a considerar la *lex mercatoria* como *lex fori* dentro del arbitraje internacional (F. DE LY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Netherlands, Elsevier Science Publishers B.V., 1992, pp. 255-256). Desde una posición crítica, refiere MUSTILL que, de las razones económicas dadas por la Corte no resulta claro si la decisión estaba fundada en la *lex mercatoria*, y puede no resultar seguro sacar muchas conclusiones al respecto (L. J. MUSTILL (nota 38), pp. 169-170).

170 En el caso *Norsolor*, la Corte acepta que la *lex mercatoria* consiste en reglas jurídicas que pueden ser aplicadas, aun si las partes no han autorizado al tribunal arbitral a actuar como *amiables compositeurs* (F. DE LY (nota 169), p. 257).

171 Ver referencia en O. LANDÖ, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", *34 ICLQ 747*, 1985, p. 757.

1989, la Corte de Apelaciones de París llegó a atribuir un carácter normativo[172] al derecho transnacional (*Compañía Valenciana de Cementos Portland c. Société Primary Coal Inc.* 1989)[173], expresado en los principios y usos de comercio denominados *lex mercatoria*[174]. En tanto que en 1991, la Corte de Casación decidió que un árbitro que aplique *lex mercatoria* o reglas transnacionales, en lugar de normas creadas por el Estado, decide conforme a derecho[175], lo que fue reafirmado en fallos ulteriores, como el de 1993, en que dicha Corte proclamó la autonomía de la cláusula compromisoria[176] sobre la base de una regla material del "derecho internacional del arbitraje" (*Dalico Contractors c. Comité de la Municipalité de Khoms El Mergeb*)[177]. La misma línea fue seguida en los casos *Uni-Kod* (2004) [178] y *Némesis* (1ª Sala Civil, 2005)[179]. Nuevamente, en 2007, en el caso *PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding* la Corte de Casación confirmó la existencia de un orden jurídico arbitral distinto de los sistemas normativos nacionales. Además, caracterizó el laudo arbitral como una decisión judicial internacional[180]. Un tiempo antes, en el caso *Jules Verne et al. c. American Bureau of Shipping* (2006) el alto tribunal había reconocido, expresamente, virtualidad al "derecho a-nacional"[181].

172 Ver referencia, por ejemplo, en C. Esplugues (Coord.), *Contratación Internacional*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1994, pp. 62-63.

173 La Corte concluyó que la decisión arbitral estuvo correcta, puesto que la aplicación del derecho español, el de Nueva York o el inglés –que podrían también tener conexión con el caso– hubiera frustrado la tácita voluntad de las partes contratantes (caso CCI 5953, 1990) (F. DE LY (nota 169), p. 261).

174 Como señala GAILLARD al referirse al caso, "si un árbitro puede, ante la ausencia de elección de ese derecho por las partes, preferir recurrir a una regla trasnacional antes que arriesgar, según los peligros de vinculación, este derecho, lo es en razón del carácter aislado de la regla francesa y no porque las reglas trasnacionales no "digan nada" sobre el tema (Ver E. GAILLARD, *Aspects philosohiques du droit de l'arbitrage international,* Les Livres de Poche de L'Academie de Droit International de La Haye, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 89). En la ultima frase, "lo es en razón del carácter aislado de la regla francesa y no porque las reglas trasnacionales no "digan nada" sobre el tema" (GAILLARD cita a P. MAYER, "L'arbitre et la loi", p. 236).

175 Y. DERAINS / E. A. SCHWARTZ, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, México, D.F., Oxford University Press, 2001, p. 268, nota al pie.

176 Es decir, que las discusiones sobre la validez del contrato principal no se extienden a la cláusula arbitral.

177 En esta contienda, una de las partes había alegado que el convenio arbitral era inválido por no cumplir con los formalismos exigidos por el derecho aplicable al contrato principal (en ese caso, el derecho libanés). La Corte resolvió que en virtud de regla material del Derecho internacional del arbitraje, la cláusula compromisoria es independiente jurídicamente del contrato principal que la contiene. Su existencia y eficacia se aprecian reservando la aplicación de reglas imperativas del derecho francés y del orden público conforme a la voluntad común de las partes, sin que sea necesario referirse a ningún derecho nacional (J. M. GARCÍA REPRESA, en J. M. García Represa / F. Mantilla-Serrano / A. Mourre / C. Núñez-Lagos (coords.), "Panorama de Jurisprudencia Francesa" (por el Capítulo Francés del Club Español del Arbitraje), *Revista del Club Español del Arbitraje* – 3/2008, p. 101.

178 Rechazando la aplicación del derecho ruso.

179 Efecto positivo del principio competencia-competencia.

180 Es la primera vez en que se expide la Corte de Casación sobre este tema desde las famosas decisiones *Hilmarton*, mencionadas más abajo, y este caso tiene importancia por el marco teórico que brinda el tribunal a esta solución (ver P. PINSOLLE, "The Status of Vacated Awards in France: the Cour de Cassation Decision in Putrabali", *Arbitration International*, volume 24, issue 2, 2008, pp. 277-278). Señala GAILLARD que allí donde la Corte de Apelación de París se contentaba con mostrar que la sentencia no estaba integrada al orden jurídico de la sede, la Corte de Casación va aun mas lejos hasta afirmar que ella no está ligada a ningún orden jurídico estatal. Prosigue diciendo GAILLARD que "no podremos consagrar más claramente la existencia de un orden

En Inglaterra, DALHUISEN hace notar una actitud judicial definitivamente favorable a la *lex mercatoria* a partir del caso *Eagle Star v. Yuval*, del año 1978[182]. Pero indudablemente, como "*landmark case*" se erige *Deutsche Schautbau-und Tiefbohrgesselschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd.* (1987). Allí, la Corte Inglesa de Apelaciones rechazó el argumento de que violaría el orden público la ejecución de un laudo que, sin invocar derechos nacionales, se encuentra basado en principios del derecho internacionalmente aceptados para las relaciones contractuales y, más en concreto, la práctica común en arbitrajes internacionales, particularmente en el campo de concesiones de hidrocarburos[183].

Otros tribunales superiores europeos también han admitido –o tolerado– la aplicación de la *lex mercatoria*. Ya hemos mencionado la decisión de la Corte Austríaca en *Norsolor* (1982). Además, existen pronunciamientos en ese sentido de la Corte de Casación Italiana (caso *Damiano*, 1982) y de la Corte Suprema de Suecia (*Götaverken Arendal AB v. Libyan General Maritime Transport Co*[184]*)*. Al otro lado del Atlántico, el camino quedó allanado en los Estados Unidos de América con el caso *The Bremen v. Zapata Offshore Co.,* de 1972[185], dictado

jurídico arbitral, al ser considerada la sentencia como una "decisión de justicia internacional" al mismo título que puede ser la decisión de una jurisdicción permanente creada por la comunidad internacional" (ver E. GAILLARD (nota 174), pp. 96-97).

181 J. M. GARCÍA REPRESA (nota 177), pp. 94 y ss.

182 J. H. DALHUISEN (nota 48), p. 118.

183 ILA *Interim Report* (2000), pp. 27-28. Se trataba de un acuerdo para la exploración de petróleo y gas hecho por el gobierno y una compañía del gobierno, de un lado; y del otro un consorcio de compañías registrado en varios países. El arbitraje, sometido a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, se llevó a cabo en Ginebra. El gobierno y la compañía de petróleo declinaron cumplir alegando que fueron inducidos por engaños (*misrepresentation*). La disputa fue sometida a arbitraje y el gobierno no participó del mismo. Los árbitros decidieron en los hechos sosteniendo que el engaño no quedó establecido y que no había otro argumento para declarar inválido el acuerdo. En el laudo (CCI 3572) dijeron los árbitros que "la elección del derecho a ser aplicado al acuerdo es de pequeña significación, si alguna, bajo las circunstancias prevalecientes". Pero, no obstante, expresaron una elección, presumiblemente porque se sintieron obligados según los términos de referencia, rechazando el derecho del país donde el acuerdo sería ejecutado, y sostuvieron que principios internacionalmente aceptados de derecho rigiendo las relaciones contractuales eran "*the proper law*". De esto se asió la compañía para impugnar el fallo en Inglaterra. Se pretendió la no ejecución del laudo por resultar contrario al orden público, porque los principios aplicados por los árbitros eran inseguros en cuanto a su determinación. El planteo, está visto, no tuvo éxito. MUSTILL relativiza las circunstancias de este caso, por las particularidades del arbitraje llevado a cabo en Suiza, que no contradecían el orden público inglés (L. J. MUSTILL (nota 38), pp. 171-172). Este fallo llegó a manos de MUSTILL cuando estaba por enviar a imprenta su artículo (renuente hacia la *lex mercatoria*), y señaló que, no obstante lo anteriormente dicho, será bienvenido por mercatoristas (L. J. MUSTILL (nota 38), p. 171).

184 Ver en F. VISHER (nota 129), p. 143. Así también –entre otras jurisdicciones–, las prácticas de la *lex mercatoria* son mayoritariamente aceptadas por la magistratura brasilera (Ver el artículo de B-H. RAVA / L. DA ROS, "Posicionamentos da Magistratura brasileira sobre a nova *lex mercatoria"*, en *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Volume 26, Dezembro 2006, particularmente en la p. 54).

185 La Corte Suprema de Estados Unidos dio virtualidad a una cláusula de selección de foro entre una empresa alemana y otra norteamericana, requiriendo que su disputa sobre una operación en alta mar sea litigada en una corte inglesa. Sin preocuparse de cuestiones teóricas, como si la cláusula podría dejar de lado a tribunales federales o la jurisdicción marítima, o si la cláusula debería ser regida por leyes domésticas o foráneas, la Corte escribió –en palabras de BORCHERS– una magnífica decisión cosmopolita, basándose en el endoso mundial de la

en el marco de un litigio ante tribunales nacionales, en que la Corte Suprema profirió –en palabras de BORCHERS– una magnífica decisión cosmopolita, basándose en el endoso mundial de la idea que las partes pueden elegir de antemano el foro y el derecho que las gobernará[186]. El golpe de gracia lo dio la misma Corte Suprema en 1985, ya en un caso sometido a arbitraje, en que se dejó sentado que el tribunal arbitral no se debía a normas de Estados en particular, y sí está obligado a dar virtualidad a la intención de las partes (*Mitsubishi Motor Corp. c. Soles Chrysler-Plymouth Inc.*)[187].

Pero la cosa no para allí. En paralelo a la resurrección en forma moderna de la *lex mercatoria* en el arbitraje, se propugna incluso la liberación del proceso arbitral y de su eventual laudo de los derechos nacionales[188], con lo que la contienda por esta vía debería ser capaz de "flotar" independientemente al país en que se conduce[189], produciéndose así lo que se llama como "deslocalización"[190] o "desnacionalización". Se sostiene incluso que las leyes nacionales solo tendrían efecto, en su caso, ante un ulterior estadio de ejecución del laudo en virtud de limitadas eventuales causales de invalidación o –por supuesto–, cuando las partes

idea que las partes pueden elegir de antemano el foro y el derecho que las gobernará (P. J. BORCHERS, "The Triumph of Substance over Rules of Choice in International Commercial Transactions: From the Lex Mercatoria to Modern Standards", en M. J. RAISCH / R. I. SHAFFER (eds.), *Introduction to Transnational Legal Transactions*, New York y otras, Oceana Publications Inc., 1995, p. 153).

186 P. J. BORCHERS (nota 185), p. 153.

187 473 U.S. 614, 636 (1985). Ver A. T. VON MEHREN, "Arbitration Between Status an Foreign Enterprises. The Significance of the Institute of International Law´s Santiago de Compostela Resolution", *5 ICSID Rev*. – Foreign Investment L.J. 54, 1990, p. 60. Refieren DEZALAY y GARTH que este fallo alteró la relación entre tribunales, el gobierno federal y la regulación de la empresa privada establecida luego del *New Deal*, cambiando el escenario de resolución de disputas en los Estados (Y. DEZALAY / B. G. GARTH (nota 103), pp. 156-157). En este caso, un representante de automóviles (Soler) intentó evitar una cláusula de arbitraje en su contrato de distribución con la empresa transnacional Mitsubishi. La cláusula preveía el arbitraje en Japón sometido a las reglas y procedimiento de la *Japan Comercial Arbitration Association*. Soler se resistió al arbitraje sosteniendo que Mitsubishi había violado leyes federales de defensa de la competencia de los Estados Unidos y que esto debía ser juzgado ante tribunales ordinarios

188 R. GOODE (nota 150), pp. 21-22. Se habla así de "denationalized, anational, floating or drifting arbitrations".

189 READ cita a LALIVE para quien el arbitraje no debería ser considerado una "manifestación del poder del Estado" como la de los jueces. Los poderes del árbitro derivan del acuerdo privado de las partes antes que de la tolerancia del Estado en que se lleva a cabo. Muchas veces los árbitros seleccionan un foro de arbitraje basados en consideraciones de conveniencia y neutralidad, a pesar de que ninguna tiene residencia o activos en el Estado del foro. La intervención se justificaría si se afectan políticas de ese Estado, pero ese no es normalmente el caso. Ello no implica que los laudos no estarán sujetos a escrutinio: lo estarán en el lugar en que se pretenda su ejecución, en el cual sí se verá si existen violaciones al orden público. Pero ello en nada debería afectar al lugar del arbitraje, que muchas veces es elegido por razones de conveniencia o neutralidad, sin que las partes tengan allí activos o intereses (P. READ, "Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millenium", *10 American Review of International Arbitration 177*, p. 186).

190 Sobre este tema, puede verse un provocante análisis en: R. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, "Delocalización, la *lex loci arbitri* y la nueva Ley de Arbitraje y Mediación", en J. A. Moreno Rodríguez (coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Intercontinental Editora, 2003, pp. 147 y ss.

específicamente designan el derecho del foro arbitral (*lex loci arbitri*) como aplicable al procedimiento arbitral[191].

La tesis de la deslocalización se somete a prueba extrema con la cuestión de los llamados "laudos flotantes". El problema aquí es si un Estado puede dar curso a la ejecución de un laudo, independientemente a que haya sido anulado o no en el país donde fue emitido, en caso de constatarse que han incurrido en un exceso indebido los tribunales del país de origen en la invalidación, o al menos que ello se haya debido a peculiaridades exclusivamente locales que en sede de ejecución no se tendrían por qué respetar.

También en este tema Francia se encuentra a la vanguardia. En el ya mencionado caso *Pabalk c. Norsolor*, la Corte de Casación resolvió a favor de la ejecución en Francia de un laudo, no obstante su invalidación en Austria[192]. En tanto que en *Unichips c. Gesmouing*, la Corte de Apelación de París, en 1993, abordó la cuestión de los efectos extraterritoriales de una decisión judicial, declarando el carácter ejecutivo del laudo. Pero quizás el caso de mayor trascendencia haya sido *Hilmarton c. OTV*", resuelto por la Corte de Casación en 1994. Desatendiendo lo juzgado por tribunales superiores suizos, dejó sentado aquí la Corte de Casación que un laudo arbitral dictado en Suiza es un laudo internacional que no se encuentra integrado al sistema jurídico de ese Estado, de tal manera que subsiste pese a su anulación en dicho país, por lo que su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público internacional[193]. A su vez, en el caso *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arabic Republic of Egypt*,

191 La autonomía de las partes –dice CARBONNEAU– debe prevalecer como principio, y la autoridad jurídica nacional debe intervenir solo para apoyar el desarrollo del arbitraje al que se han sometido las partes, salvo circunstancias verdaderamente excepcionales (T. E. CARBONNEAU, "The Remaking of Arbitration: Design and Destiny", en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 28).

192 L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications, 2000, p. 505.

193 Se trataba de un arbitraje llevado a cabo en Ginebra según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional. El árbitro entendió que el acuerdo relativo a servicios de consultoría era ilegal según el derecho del Algeria, país en el cual tuvo ejecución el contrato. Ulteriormente, un tribunal cantonal suizo invalidó el laudo, lo que confirmó el tribunal federal suizo (en 1990), al sostener que la ilegalidad del contrato según las leyes de Algeria no violaba el orden público suizo como para justificar que se rehúse la ejecución de un contrato de otra manera válido. Un segundo tribunal arbitral que trató la misma cuestión se expidió a favor de quien había hecho el reclamo por los servicios prestados de consultoría. Planteada la ejecución en Francia, la Corte de Casación resolvió que el primer laudo podría ser objeto de reconocimiento a pesar de su anulación en Suiza (Corte de Casación, 1994). Ello en tanto que otra corte francesa reconoció el segundo laudo así como la anulación suiza del primer laudo (Tribunal de *Grande Instance* de Nanterre, en 1993, confirmado por la Corte de Apelación de Versailles en 1997). Finalmente, la Corte de Casación Francesa, invocando la cosa juzgada, afirmó que la existencia de un primer juzgamiento francés prevenía un reconocimiento ulterior de una decisión judicial o arbitral extranjera que fuera incompatible (L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 192), p. 505).

de 1997, la Corte de Apelaciones de París concedió exequátur a un laudo pese a su invalidación en Egipto[194].

Particular mención merece también, nuevamente, el caso *Putrabali* de 2007. Dijo allí la Corte de Casación que el juez francés no puede denegar la ejecución, cuando el laudo ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en el cual ha sido proferido, si la causal no figura en la legislación procesal francesa[195], por más que aparezca en el artículo VII de la Convención de Nueva York[196]. Expresa MANTILLA que hasta entonces la Corte había dado un fundamento "negativo" al laudo arbitral, en el sentido de que no es decisión estatal y no se encuentra integrado a sistema estatal alguno. También resultaba negativo el análisis de las decisiones sobre anulación, en el sentido de que "esas decisiones no producen efectos internacionales puesto que ellas solo conciernen un poder soberano concreto y el territorio donde este se ejerce". Con *Putrabali*, la Corte de Casación da un paso adelante. El laudo arbitral es "una decisión de justicia de carácter internacional", existiendo un verdadero orden jurídico arbitral, independiente de los ordenamientos jurídicos estatales, conforme al cual el laudo tiene vida propia, que emana de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje y encuentra su aplicación práctica en la medida en que existe al menos un país dispuesto a reconocer esa voluntad y el laudo que genere, sin preocuparse por la posición que puedan asumir los tribunales en la sede del arbitraje[197].

194 Siguiendo un precedente de la Corte de Casación de 1993 (caso *Polish Ocean Line c. Jolasry*), en Hilmarton la Corte de Casación se había valido del Artículo VII (1) de la Convención de Nueva York, que hace prevalecer por sobre ella cualquier eventual regla local que resulte más favorable para la ejecución del laudo. Lo propio ocurrió en el caso *Chromalloy*. Cabe destacar que en el caso *Chromalloy* se usó la versión en inglés del texto porque la francesa es más limitante. Este debate, sin embargo, encierra sus complejidades, cuyo abordaje excede nuestro propósito aquí (ver al respecto en T. CLAY, "La Convención de Nueva York desde la perspectiva de la doctrina francesa", en *Revista Internacional de Arbitraje*, Diciembre 2008, pp. 152-154).

195 Artículo 1502 del Código Procesal Civil Francés.

196 Ello ante un procedimiento arbitral en Londres bajo el reglamento de arbitraje de la *International General Produce Association* (IGPA), se desestimaron demandas de la sociedad *Putrabali*. Esta recurrió a un juez que permitió reabrir la discusión y enviar la cuestión al tribunal arbitral para que dictara una nueva decisión teniendo en cuenta el análisis hecho por el juez. Los árbitros así lo hicieron dictando el nuevo laudo, ahora a favor de *Putrabali*. La otra parte, *Rena Holding* obtuvo un exequátur en Francia del primer laudo. *Putrabali* apeló. La Corte de Apelaciones de París desestimó la apelación y confirmó el exequátur y la Corte de Casación confirmó dicha decisión.

197 J. M. GARCÍA REPRESA (nota 177), p. 111. En el 2007, en el caso, *Societe Bargues Agro Industries,* la Corte de Apelación de París ha afirmado que "es en efecto un principio fundamental del derecho francés de la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero que la anulación por el juez de la sede no alcanza a la existencia de la sentencia impidiendo su reconocimiento y su ejecución en los otros órdenes jurídicos nacionales porque el árbitro no forma parte integrante del ordenamiento jurídico del Estado de la sede, en nuestro caso, de Bélgica". (Corte de Apelación de París, 18 de enero de 2007, *La société S.A. Lesbats et fils c. Monsieur Volker le docteur Grub,* inédito). Como bien señala GAILLARD, "la solución retenida por la jurisprudencia francesa se inspira directamente en la visión del arbitraje propuesta por Berthold GOLDMAN, de quien la fórmula de sentencia "no integrada" al orden jurídico de la sede ha sido prestada". (ver E. GAILLARD, citando a B. GOLDMAN en "Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria",* (nota 174), pp. 95-96).

En Inglaterra el caso emblemático favorable respecto a "laudos flotantes" es *Omnium de Traitement (OTV) et de Valorisation S.A. v. Hilmarton Ltd.* (1999)[198]. Por su parte, en los Estados Unidos, en el caso *KBC c. Pertamina* de 2003 los tribunales han sentado que tienen "una competencia discrecional en la aplicación de la Convención de Nueva York para ejecutar un laudo a pesar de su anulación en otro país, y ya la ha ejercido en el pasado", con referencia a *Chromalloy Aeroservices v. Egypt* de 1996[199], en que se había pretendido ejecutar en los Estados Unidos un laudo anulado en Egipto[200].

En su evaluación del derecho comparado, expresa ZULETA que los casos dan comienzo a la construcción de una teoría del reconocimiento de laudos anulados, según la cual a los tribunales de cada país ya no les es suficiente sustentar la anulación a la luz de las particularidades de la norma local. Por el contrario, tienen que preguntarse si esa anulación es o no internacionalmente efectiva, si la causal invocada y el fundamento de la anulación es aceptable por las cortes en las que se puede hacer efectivo el laudo por corresponder a situaciones internacionalmente aceptadas como eventos en los que se debe anular el laudo. El omitir dichos cuestionamientos lleva a que los laudos que han sido anulados por simples consideraciones locales, resuciten y cobren vida en otro Estado ante la impotencia de quienes se han empeñado en anularlos[201].

198 Versaba sobre el mismo laudo cuya ejecución también se pretendió en Francia. Luego de presentarse ante tribunales suizos y franceses, se planteó el litigio en Inglaterra. *Hilmarton* había sido contratada para acercarse a autoridades del sector público de Algeria a fin de obtener un contrato de drenaje para OTV. Ello violaba la ley de Algeria, que prohibía intermediarios para este tipo de operaciones. *Hilmarton* reclamó el pago de su tarifa de consultoría, y un tribunal arbitral en Ginebra, aplicando el derecho suizo, falló a favor de dicha compañía, puesto que ante la falta de evidencia de un soborno, el acuerdo no era ilegal según el derecho suizo. *OTV* intentó resistir la ejecución en Inglaterra. Allí el tribunal dijo que puede que un juzgador inglés hubiera rechazado el reclamo de *Hilmarton* aplicando el derecho de su país, pero en el caso no se está juzgando el contrato, sino la ejecución del laudo en Inglaterra, y al no detectarse prácticas corruptas que harían aplicables razones obvias de orden público, el hecho de que el derecho inglés difiera en nada afecta el punto (ver ILA *Interim Report* (2000), p. 16).

199 E. GAILLARD, "El asunto ´KBC c. Pertamina´ y el reencuentro del juez norteamericano con la postura favorable al reconocimiento de las sentencias anuladas en el Estado de origen", en *Revista DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, 03.2005, Inversiones extranjeras, p. 493.

200 Aquí, La Corte Distrital Norteamericana confirmó el laudo a pesar de su anulación en la sede, y el razonamiento fue que dicha confirmación estaba permitida bajo la *Federal Arbitration Act* y por tanto se encontraba dentro de la esfera de la Convención de Nueva York, cuyo art VII habilita la ejecución de un laudo si así lo permite el derecho doméstico (L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 192), p. 506). La cuestión, sin embargo, se presenta dudosa en los Estados Unidos ante un pronunciamiento ulterior en el caso *Termorío* de 2006, en que el tribunal se atuvo al tenor literal de la versión inglesa del encabezamiento del art. V.1, que el reconocimiento y refuerzo del laudo "pueden ser rechazados", lo cual implicaría que el tribunal tiene un poder discrecional al respecto (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 140), p. 116). Esta decisión es señalada como sinónimo de una pobremente redactada decisión judicial (J. M. GARCÍA REPRESA (nota 177), p. 397) MANTILLA expresa la pérdida de oportunidad en Termorío de la corte del Distrito Federal de los Estados Unidos de América para aclarar una posición con respecto a los laudos anulados. (F. MANTILLA-SERRANO, "Case Note: Termorío S.A. E.S.P. et al v. Electranta S.P. et al.", en *Journal of International Arbitration*, 25 – nº 3, 2008, p. 405).

201 E. ZULETA, "El Reconocimiento Internacional de Laudos Anulados", en C. A. SOTO (dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008, p. 607. Pero ojo: la deslocalización del arbitraje –en palabras de

Además de todos estos desarrollos jurisprudenciales, modernas leyes de arbitraje vienen propiciando distintas aristas de la deslocalización. Por ejemplo, antes de ser reformado en 1998, el artículo 1717 del Código Procesal Belga permitía, pero no imponía, la exclusión de un eventual escrutinio de los tribunales por voluntad de las partes[202]. En la actualidad, Bélgica[203] y otros países como Suiza[204], Suecia[205], Túnez y, recientemente Perú[206], prevén en sus leyes de arbitraje la posibilidad de que las partes renuncien al derecho de apelar el laudo cuando son extranjeras, lo que constituye un paso más hacia su desnacionalización[207].

Si bien debe reconocerse que la deslocalización del arbitraje –en palabras de FERNÁNDEZ ARROYO– constituye una tendencia y no un hecho consumado[208], hasta detractores como GOODE han llegado a reconocer que el debate ha ayudado a la formulación de principios internacionales[209]; y, en efecto, de la praxis arbitral renace –o se extiende en su consolidación– un derecho consuetudinario universal como lo fue el de los mercaderes en la Edad Media[210], al

---

FERNÁNDEZ ARROYO– constituye una tendencia y no un hecho consumado (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 140), p. 117).

202 L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 192), p. 503.

203 En 2004 la Corte Civil de Primera Instancia de Bruselas decidió que el derecho de anular un laudo solo podría ser renunciado cuando ninguna de las partes fuera de nacionalidad belga. En este caso ambas eran belgas, por lo que la Corte entendió que no podría renunciarse a dicho derecho (Caso nº R.G. 03/8267/A + 03/14084/A).

204 El artículo 192 de la ley de Derecho internacional privado suizo prevé que las partes pueden excluir la revisión judicial de acuerdos en tanto no tengan domicilio, residencia o centro de actividades en Suiza.

205 Ello ha sido reconocido por la Corte Suprema de Suecia en 1989 (caso *Ugana*), tratándose de partes no suecas. Lo propio ha ocurrido en la legislación de Bélgica y Suiza. En el caso *Titan Corporation v Alcatel CIT SA* (Caso T 1038-05) la Corte de Apelación de Svea rechazó intervenir en la apelación de un arbitraje, al sostener que no existía una conexión con Suecia. Se trataba de una disputa en que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, eligieron Estocolmo como el lugar del arbitraje. La disputa se planteó entre una compañía francesa y una americana, con un solo árbitro inglés que desarrollo una reunión para pruebas en París y realizó el resto del trabajo en Suecia. El tribunal entendió que no había interés sueco en la cuestión, por no existir conexión con Suecia.

206 Sobre las particularidades del arbitraje internacional en Perú, a partir de su nueva y vanguardista ley de arbitraje, puede verse una excelente síntesis en F. CANTUARIAS SALAVERRY, "Marco legal aplicable al arbitraje en el Perú: Ley General de Arbitraje y legislación aplicable al Estado peruano", en C. A. SOTO (dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008, pp. 33-73. Una propuesta de reforma futura de la legislación paraguaya en este sentido la había formulado en 2003 (R. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ (nota 190, p. 177).

207 D. JIMÉNEZ FIGUERES, "Renuncia al Recurso de Anulación contra el Laudo: Alcances y Análisis Comparativo", en C. A. SOTO (dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, 2008, Ediciones Magna, p. 537. Cabe destacar que la legislación panameña no exige el requisito de la nacionalidad para la renuncia a recursos judiciales al laudo, yendo así incluso más lejos, pero ello fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema Panameña en 2005 (ver en K. GONZÁLEZ ARROCHA / L. SÁNCHEZ ORTEGA, "Arbitraje Comercial Internacional en Panamá: Marco Legal y Jurisprudencial", en C. Conejero Roos y otros (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial*, pp. 556 y 557).

208 D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 140), p. 117.

209 R. GOODE (nota 150), p. 22. Por eso, se ha expresado que los laudos franceses y americanos levantan "*policy concerns*" que han dividido a la doctrina (L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 192), p. 685). Para los argumentos a favor y en contra de la deslocalización, puede verse un muy buen resumen en R. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ (nota 190), pp. 64-171.

210 El arbitraje –dice STRENGER– ha sido el ambiente más fértil para el desarrollo de la *lex mercatoria*, porque los árbitros no dictan sentencias en nombre de la soberania natural y pueden, en consecuencia, aplicar o crear

punto incluso de que organismos internacionales han propuesto su cristalización en cuerpos normativos como convenciones, guías legislativas, leyes modelo u otros instrumentos análogos, o bien han ensayado consolidarlo en documentos peculiares como "*Restatements*" o "Principios"[211], según se ha visto[212].

## 7 Las lecciones de América Latina

### 7.1 Influencias en la codificación latinoamericana

Esta región, cuyos desarrollos fascinan a juristas de los principales círculos mundiales, ha sido calificada como "el sueño de todo comparatista ("*a comparatist´s dream*"), un "mosaico" que fue conformándose con la mezcla de distintos sistemas jurídicos[213], europeos y –sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial– norteamericano[214].

Para explicarse lo que ocurre en Latinoamérica debe comprenderse como se moldeó, en general, su tradición jurídica, en una historia no muy distinta a la de otras regiones de Occidente. En el mundo existen países, a los que podría calificarse de "centrales", que terminan monopolizando la teoría jurídica y exportando sus modelos, debido a la riqueza de su tradición y del bagaje de la información allí circulante, además del sinfín de recursos con los

reglas adecuadas al comercio internacional lo que explica el continuo enriquecimiento de sus formulaciones (I. STRENGER, "A Arbitragem como Modo de Insercao de Normas da Lex Mercatoria na Ordem Estatal", en *Revista Brasileira de Arbitragem*, Año 1, Número 3, São Paulo, Editora Sintese y Comité Brasileiro de Arbitragem, 2004, pp. 8-9).

211 FARNSWORTH, en su análisis de diversos precedentes arbitrales, concluye que en ellos los árbitros realmente consideran los Principios de UNIDROIT como expresión de los principios generales del derecho mercantil internacional o de la *lex mercatoria* si así se quiere llamarlos. En el boletín de la Asociación Suiza de Arbitraje aparece un estudio en el cual se concluye que los prácticos frecuentemente tienden a evitar el término *lex mercatoria* y prefieren referirse a los Principios de UNIDROIT. En los Estados Unidos, la expresión *lex mecatoria* tiende a conjurar imágenes de extrañas concepciones del *civil law*, lo cual explica por qué en países del *common law* en general, y los Estados Unidos en particular, la gente se siente más cómoda teniendo a su disposición Principios como los de UNIDROIT. A diferencia de la *lex mercatoria*, refiere FARNSWORTH, uno puede asir los Principios de UNIDROIT en sus manos, por así decirlo (E. A. FARNSWORTH, "The Role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (2): a US Perspective on their Aims and Application" – *Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 22).

212 Puede profundizarse también en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 168).

213 LÓPEZ MEDINA lo grafica comparando el fenómeno con la mimesis de la Caverna de Platón (D. E. LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho, La transformación de la cultura jurídica lationamericana*, Editorial Legis, 2004, p. 13).

214 Así lo destaca, por ejemplo, J. KLEINHEISTERKAMP, "Development of Comparative Law in Latin America", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, p. 300. Esa "americanización" se está produciendo a escala global. GAMA JR. menciona el caso de los Principios de UNIDROIT de derecho contractual, influenciados fuertemente por los *Restatements* norteamericanos en cuanto a metodología e incluso con respecto al fondo (cuando se sigue al *Restatement* de Contratos), además de la influencia del *Uniform Commercial Code* y del propio profesor Edgar A. FARNSWORTH de Columbia de Nueva York, uno de sus propulsores principales, debiendo considerarse también que su discusión y redacción se hicieron en lengua inglesa (L. GAMA JR. (nota 9), p. 207).

que cuentan. A su vez, los países "periféricos", por llamarlos de alguna forma, reciben textos jurídicos de otras latitudes sin –comúnmente– tener el acceso extratextual y la información acabada del contexto en el que fueron elaborados, desatendiéndose muchas veces las estructuras jurídicas subyacentes, o coyunturas políticas o intelectuales específicas. De allí que se los haya referido como "ambientes hermenéuticos pobres"[215].

Si esto trasladamos a Latinoamérica, puede constatarse una y otra vez una errónea interpretación o transmutación de ideas foráneas, debido a estas lecturas calificadas por LÓPEZ MEDINA como vulgares o vulgarizadas[216], y caracterizadas por un eclecticismo salvaje ("*scissors and paste tradition-back-to-back quotations*"), que carece muchas veces de reflexión o adecuada comprensión contextual del derecho alemán, francés, italiano y español[217] que sirva, en su caso, como fuente de inspiración. Los autores que se leen son los que "están a mano" y la "lectura ecléctica" termina haciendo esfuerzos de síntesis entre materiales que serían vistos como inconmensurables bajo las prácticas de sus sitios de producción. Se van creando caminos de lectura idiosincrásicos y sinuosos, sintetizando argumentos, autores y obras que en el gran canon se mantienen separados y comprimiendo tiempos, lugares y estilos con respecto a los sitios originarios de producción[218]. Dentro del "mosaico", las piezas que constituían el rompecabezas anterior, se arman según un nuevo patrón antes no imaginado[219].

El fenómeno ha sido estudiado desde la óptica literaria en general, donde se encuentran consideraciones como las del lingüista norteamericano Harold BLOOM, para quien "la mala lectura, lectura tergiversada o trasmutación", no debe tener un sentido peyorativo. "*To misread*" es una actividad creativa en sí misma[220]. De hecho, los autores "de la periferia" terminan por colaborar en la comprensión de las tradiciones universales[221], e incluso contribuyendo en su avance. Esto ha ocurrido particularmente en Latinoamérica, tanto con la codificación decimonónica del Derecho privado e internacional privado como con la, mucho más reciente, Convención de México. Pero vayamos por parte.

Efectivamente, la codificación latinoamericana del siglo XIX se valió de manera agresiva del derecho comparado, según se refleja en los trabajos de los tres más influyentes codificadores –y de facto académicos comparatistas– de entonces: Andrés BELLO en Chile,

215 D. E. LÓPEZ MEDINA (nota 213), pp. 11-18.

216 D. E. LÓPEZ MEDINA (nota 213), p. 23.

217 Ver autores citados en J. KLEINHEISTERKAMP (nota 214), p. 285.

218 D. E. LÓPEZ MEDINA (nota 213), pp. 48-49.

219 D. E. LÓPEZ MEDINA (nota 213), p. 67.

220 D. E. LÓPEZ MEDINA (nota 213), p. 31.

221 Aunque no en la comprensión de las dinámicas del derecho local, D. E. LÓPEZ MEDINA (nota 213), p. 51.

Teixeira DE FREITAS en Brasil y Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD en Argentina[222]. En general, los codificadores son, de hecho –como bien los califica el genio de WALTON– flagrantes ladrones ("*arrant thieves*"), pues cada Código nuevo suele contener artículos que legisladores de otros países querrán robar tan pronto una oportunidad favorable se les presente[223].

BELLO vivió en Londres, donde estudió derecho inglés y americano, además de profundizar conocimientos en derecho romano y español medieval. Incluso llegó a actuar allá como secretario de BENTHAM, quizás la más importante figura jurídica inglesa del siglo XIX y de la historia de su país. Pero su influencia más fuerte se encuentra en el Código Napoleón, al que BELLO consideraba como el "modelo más perfecto", no obstante lo cual recurría frecuentemente, a la vez, a sus fuentes –como POTHIER– o comentaristas ulteriores –como DELVINCOURT– para la redacción final de sus normas inspiradas en el derecho francés[224].

FREITAS, por su parte, quien trabajó en la consolidación del derecho brasileño en 1332 artículos (*Consolidação*, 1858), recurrió frecuentemente a romanistas de la época –en gran parte germánicos–, entre ellos HUGO, HEINECCIUS, SAVIGNY, MACKELDEY y ORTOLÁN. Aunque esta "consolidación" no tuvo sanción estatal, la adoptaron como fuente de inspiración tribunales y abogados. El otro trabajo de FREITAS, el *Esboço*, que fue entregando de 1860 a 1866, se encuentra incompleto por no haberse concluido el libro quinto. No obstante, representa un inagotable patrimonio jurídico de gran riqueza, debido sobre todo a sus eruditas notas en donde hizo gala FREITAS de su notable manejo del derecho comparado. Dicho esbozo sirvió como fuente a su compatriota Clovis BEVILAQUA, en la redacción del Código Civil Brasileño que estuvo vigente desde 1916 hasta recientemente.

FREITAS también inspiró de manera abierta a VÉLEZ SARSFIELD, quien a su vez recurrió a diversas fuentes foráneas, incluso norteamericanas, como los trabajos de Joseph STORY en materia de Derecho internacional privado. El eclecticismo de VÉLEZ –como lo señala GUZMÁN BRITO– fue consciente y declarado; sus notas al pie de los artículos revelan la multiplicidad de

222 Ver sobre todo esto, J. KLEINHEISTERKAMP (nota 214), pp. 274-279. El "contexto de recepción" existe también en países del llamado mundo desarrollado, como Italia, que ha sufrido una fuerte influencia francesa, luego alemana y, más recientemente, norteamericana (E. GRANDE, "Development of Comparative Law in Italy", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, p. 108).

223 "Codifiers are arrant thieves, and every new civil code ought to contain some articles which the legislators of other countries will make up their minds to steal so soon as a favorable opportunity occurs" (ver en J. W. CAIRNS, "Development of Comparative Law in Great Britain", en The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, p. 146).

224 A. GUZMÁN BRITO, *La Codificación Civil en Iberoamérica, Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 364, 371.

fuentes y obras a las que recurrió, en la que ha sido calificada como la codificación "más informada del continente"[225].

Por lo demás, hubo –y se sigue registrando muy frecuentemente en la región–, experiencias como las del uruguayo Eduardo ACEVEDO, quien para redactar, también en el siglo XIX, su proyecto de Código Civil, recurrió a trabajos de DOMAT, POTHIER, TOULLIER, MERLIN y TROPLONG, pero confesó haber evitado citarlos para dar a todo el trabajo resultante un "carácter nacional", quitándole una apariencia foránea por la cual sería criticado[226].

No muy distinto ha sido el panorama en materia de Derecho internacional privado, en que los codificadores decimonónicos prestaron ideas y soluciones foráneas, yendo a este respecto más allá, incluso. Así, los Códigos Civiles chileno de 1855[227] y argentino de 1869 se encuentran entre los pioneros a nivel mundial en la inclusión de normas de tinte conflictualista[228]. Además, se considera que los primeros tratados multilaterales de Derecho internacional privado en el mundo son latinoamericanos[229], a cuyo efecto se han llevado a la

225 A. GUZMÁN BRITO (nota 224), p. 453. COLMO refuta la posición crítica de ALBERDI porque VÉLEZ había recurrido a fuentes foráneas antes que autóctonas, y dice: "Nuestras tradiciones jurídicas: si cabían en el hueco de una sola mano… Tan pocas eran, tan corta duración contaban y tan escasamente se habían inflitrado en la conciencia del pueblo. Por lo demás, lo conveniente no era mirar hacia atrás sino hacia adelante, no hacia el pueblo que entonces se tenía sino al pueblo del porvenir…" (A. COLMO, *Técnica Legislativa del Código Civil Argentino*, Segunda Edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 150).

226 Decía textualmente que la omisión de citas se encontraba motivada por la necesidad de "dar a todo un carácter nacional, quitándole el aire extranjero, que se le reprocharía. Tan es así, que muchas veces un artículo que nos había sugerido TOULLIER, lo apoyábamos en una opinión de SALA o ACEVEDO" (A. GUZMÁN BRITO (nota 224), p. 462).

227 Para su época, expresa LEÓN, las disposiciones del Título Preliminar del Código Civil Chileno de Andrés BELLO constituyeron un adelanto notable (A. LEÓN, "Reforma del Sistema Chileno de Derecho Internacional Privado", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 180).

228 También FREITAS en su *Esboço*, un proyecto de Código Civil que nunca entró en vigencia (elaborado entre 1860 y 1865) ya se ocupaba particularmente del tema. Solo preceden a la regulación de BELLO los Códigos Civiles francés de 1804, austríaco de 1811 y del Cantón de Zurich de 1854; en tanto que antecedieron al Código Civil argentino el de Italia de 1865, cuya regulación del Derecho internacional privado era bastante detallada para la época, y el Código Civil de Bajo Canadá, de 1866.

229 A este respecto, uno puede remontarse al Congreso de Panamá de 1826, si bien sólo se trató allí de establecer bases para una política exterior común, un pacto de alianza defensiva y un tribunal internacional de justicia. En el Congreso de Lima de 1877 a 1878, del cual participaron Perú, Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba y Venezuela, se suscribieron tratados de extradición y de conflictos de leyes. Su escaso éxito se atribuye no sólo a la ruptura con sus vecinos del sur al desatarse la Guerra del Pacífico, en 1879, sino fundamentalmente a las discrepancias surgidas en los otros países sobre su contenido. Con todo, la Convención de Lima constituye la primera obra integral de Derecho internacional privado convencional que se conoce (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado Interamericano, Evolución y Perspectivas*, Santa Fé, Rubinzal – Culzoni Editores, 2000, p. 101). Este tratado está todavía vigente, "a pesar de las desinformaciones circulantes", entre Perú, Ecuador y Costa Rica (E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, "Personajes para una biografía del derecho internacional privado latinoamericano", *Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, nº 133, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2009).

práctica, plasmándolas normativamente, ideas como las de germano SAVIGNY[230] y el italiano MANCINI. El primero abogaba por una comunidad de naciones que –idealmente- estuviera atada por instrumentos internacionalmente vinculantes[231]. El segundo, también político, apuntó llevar a la praxis este *desiderátum*. En efecto, en 1881, ya como Ministro, MANCINI intentó llevar adelante una conferencia de Derecho internacional privado, que no se realizó, y cuando salió del cargo, sus sucesores no dieron continuidad a la iniciativa en su país[232]. Tal ha sido, empero, el modelo que inspiró a los esfuerzos latinoamericanos que se siguieron, concretados en los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante[233].

## 7.2 Los Tratados de Montevideo

El Primer Congreso Sudamericano de Derecho internacional privado se llevó a cabo en Montevideo en 1889. Se suscribieron allí nueve tratados multilaterales sobre la materia, acontecimiento, a la sazón, sin precedentes en el mundo. Estos tratados fueron ratificados por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. Por su parte, el Segundo Congreso Sudamericano de 1939-1940, ha introducido algunas pocas modificaciones, solo ratificadas por Argentina, Paraguay y Uruguay[234]. No solo ha sido escaso el interés de la comunidad académica sino, además, la conferencia no tuvo el éxito esperado ni las influencias suscitadas por la anterior de cincuenta años antes[235]. Entre Paraguay, Uruguay y Argentina se aplican los tratados de 1940, que acabaron subsumiendo a los que les antecedieron por versar sobre idénticas materias y entre los mismos Estados (no así con respecto a Bolivia, Perú y Colombia)[236].

230 El español Francisco SUÁREZ se anticipó dos siglos a la concepción de la comunidad internacional de SAVIGNY (J. DE YANGUAS MESSÍA, *Derecho Internacional Privado*, Parte General, Tercera Edición, Madrid, Editorial Reus, 1971, p. 93).

231 M. F. C. DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, Tomo Sexto, Segunda Edición, Madrid, Centro Editorial de Góngora, p. 137.

232 Ver N. DE ARAÚJO, *Contratos internacionais*, 2ª Ed., Río de Janeiro, Libraría e Editora Renovar Ltda., 2000, pp. 145-147.

233 En Europa, las ideas de MANCINI tuvieron impulso final a iniciativa del jurista holandés 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 (M. WOLFF (nota 136), p. 44). Tal constituye la génesis de la Conferencia de Derecho Internacional Privado.

234 Entre Paraguay, Uruguay y Argentina se aplican los Tratados de 1940, que acabaron subsumiendo los de 1889, no así con respecto a Bolivia, Perú y Colombia.

235 L. PÉREZNIETO CASTRO, "Las Influencias Recíprocas entre la Codificación Interamericana y los Sistemas de Derecho Internacional Privado", en *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el Umbral del Siglo XXI*, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Segovia, 1995, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado, Madrid, Eurolex SL, 1997, p. 245.

236 Brasil no ratificó los tratados de Montevideo, que recogían el criterio del domicilio de SAVIGNY. Dicho país sí ratificó el Código Bustamante que seguía el criterio de la nacionalidad, situación que enmendó luego con su

Las reglas relativas a contratos internacionales se encuentran en los "Tratados de Derecho Civil Internacional", y plantean desde el vamos múltiples interrogantes. ¿Se extienden a contratos "comerciales"?[237]; ¿según qué derecho se califica el contrato como "civil o comercial", de acuerdo al derecho del lugar de celebración o de ejecución?; ¿cómo se determina la internacionalidad?[238]. Además de estas disparidades, aún hoy debatidas, si bien algunos acuerdos comerciales quedaron comprendidos en la regulación de los Tratados de Montevideo, como los de seguros y transportes, por citar ejemplos, no ocurrió lo propio con el contrato de compraventa internacional, que es el de mayor utilización en el comercio transfronterizo.

Pero esto es apenas el comienzo. El Tratado de Derecho Civil Internacional tiene otros severos inconvenientes, a ser resaltados a continuación.

El primero se relaciona con el problema de la autonomía de la voluntad. A este respecto, el de 1889 guarda silencio. Dicha falta de pronunciamiento llevó a algunos a interpretar que se admitió el principio, criterio considerado sumamente discutible[239]. El proyecto original, que sirvió de base para el tratado finalmente aprobado, lo reconocía

---

Ley de introducción al Código Civil brasileño de 1942, que regula cuestiones de Derecho internacional privado (Ver J. DOLINGER, *Direito Internacional Privado* (Parte Geral), 6ª edición ampliada y actualizada, Río de Janeiro / São Paulo, Editorial Renovar, 2001 , pp. 74-79). Se vuelve así a la doctrina de FREITAS, quien ya en el año 1857 propuso en su *Esboço* el sistema del domicilio, adoptado también en los Tratados de Montevideo (Ver J. GRANDINO RODAS, "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente As Obrigações Contratuais", *en Contratos Internacionais*, 3ª Edición, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 26).

237 A diferencia de Argentina, Brasil y Uruguay, que tienen Códigos Civiles y de Comercio, respectivamente, Paraguay ha unificado, en su Código Civil vigente desde 1987, el régimen de las obligaciones y los contratos civiles y comerciales.

238 ¿Bastará la presencia de cualquier elemento internacional, como el domicilio, el lugar de celebración o ejecución, o la nacionalidad, para considerar que el convenio reviste aquel carácter? ¿Se puede internacionalizar el acuerdo por la mera voluntad de las partes? ¿Debe existir un fenómeno económico transfronterizo para que el contrato sea reputado internacional?, etcétera. Este último criterio ha sido acogido por diversos fallos uruguayos (por ejemplo, caso nº 9316, resuelto por la Corte Suprema de Justicia en 1982; caso nº 967, resuelto por el Tribunal de Apelación Civil del 2º Turno en 1970, etc.). A su vez, la internacionalización por mera voluntad de los contratantes, de resultar razonable (por ejemplo, cuando se recurre a un sistema jurídico sofisticado para la regulación de algún tema técnico que encuentra allí respuesta adecuada), ha recibido sólidas argumentaciones a favor, esgrimidas por doctrinarios de peso como BOGGIANO (ver en J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "La Contratación Internacional: Régimen General", en C. Esplugues Mota / D. Hargain (coords.), *Derecho del Comercio Internacional, MERCOSUR-Unión Europea*, Madrid y otras, Editoriales Reus y Bdef, 2005, pp. 287-288).

239 Señalan OPERTTI BADÁN y FRESNEDO DE AGUIRRE que en Montevideo en 1889 se estudió someter el contrato a la voluntad de las partes, y solo a falta de dicha voluntad a la ley del lugar de cumplimiento, lo que no prosperó. La solución fue adoptar la regla de "ley del lugar de cumplimiento", quedando subsistente la posiblidad de que esta autorizara la autonomía tal cual lo defendía RAMÍREZ, el delegado uruguayo. Se ha dicho que, si bien la autonomía de la voluntad no fue rechazada expresamente en los Tratados de Montevideo de 1889, como lo sería en 1940, se desprende de aquellos "que cada categoría se regula por la ley indicada por el punto de conexión preceptivamente establecido en la norma de conflicto, y que las partes no pueden por su voluntad someterse a una ley diferente de la que dispone el Tratado" (C. FRESNEDO DE AGUIRRE / D. OPERTTI BADÁN, *Contratos Comerciales Internacionales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 16).

expresamente, pero el texto correspondiente fue suprimido. Ello en atención al espíritu general de lo defendido por la delegación uruguaya, de que el Derecho internacional privado tenía por función resolver conflictos de soberanías. Al respecto, se ha hecho notar que el debate en Montevideo no se circunscribía a una mera toma de posición a favor o en contra de la autonomía. Estaba envuelta una cuestión mucho más profunda, cual era el convencimiento de sus redactores de la tesis universalista[240], conforme a la cual los diversos sistemas jurídicos deberían tener reglas conflictualistas uniformes, de modo tal que los casos sean resueltos de la misma manera, cualquiera resulte la jurisdicción del juzgador. En contraposición, la tesis particularista se inclina a que cada Estado establezca las reglas que considere aceptables en la materia.

Pues bien, en los Tratados de Montevideo de 1889, bajo el influjo de las ideas universalistas, se apuntó a unificar el Derecho internacional privado recurriéndose al mecanismo del convenio internacional, que se estimaba el medio apropiado para lograr uniformidad en las soluciones. Y se descartó que el arbitrio de las partes contratantes pudiera disponer lo contrario, en el entendimiento de que ello atentaría contra el universalismo que se pretendía lograr. Cosa distinta sería la autonomía de la voluntad dentro del orden jurídico interno. Esta constituía una cuestión de soberanía que correspondía a cada Estado regular, así como determinar, en su caso, su alcance. No existe, pues, lugar en la solución universalista adoptada en Montevideo para la llamada "autonomía conflictual", conforme a la cual los individuos, y no de modo imperativo los Estados, tienen la potestad de discernir el derecho que les será aplicable.

En las deliberaciones precedentes al Tratado de Derecho Civil de 1940 hubo posturas enfrentadas de las delegaciones argentina, que propugnaba la admisión expresa de la autonomía de la voluntad, y uruguaya, que abogaba por su rechazo[241]. En el texto de 1940 se arribó finalmente a una solución transaccional. Si bien se evitó consagrar la autonomía[242], el

240 R. SANTOS BELANDRO, *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 2ª Ed., Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pp. 55-56.

241 El delegado uruguayo VARGAS GUILLEMETTE, en la misma línea adoptada por su país en las negociaciones del anterior tratado, sostenía que se estaba ante una cuestión de "conflicto de soberanías", que se encuentran "por encima de los propósitos de voluntad de las personas", y que "la voluntad de las partes no puede ni debe moverse, sino dentro de los límites que le fija la regla del derecho competente en la esfera internacional". Incluso, llegó a afirmar que "es inadmisible que los interesados señalen a su arbitrio la ley aplicable o el juez competente. Si tal ocurriere, los Tratados estarían de más y desaparecería la razón de ser del Derecho internacional privado. Sobrevendría la anarquía" (ver R. SANTOS BELANDRO (nota 240), p. 64).

242 Señala GOLDSCHMIDT: "No obstante, si un contrato, por ejemplo, se celebró en Montevideo, y la prestación se ha de cumplir en Buenos Aires, resulta aplicable el derecho argentino, que, si se acude, según la doctrina del reenvío, al Derecho Internacional Privado Argentino interno, nos obliga a tener en cuenta una estipulación de las partes que declara aplicable el derecho uruguayo o cualquier otro con el cual existe una conexión

artículo 5º del Protocolo Adicional finalmente quedó redactado de la siguiente manera: "La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley".

De esa forma, se deja que cada Estado, en ejercicio de su soberanía, determine en exclusividad la jurisdicción y el derecho aplicable al contrato internacional[243]. Si el Estado cuyo derecho resulta aplicable reconoce la autonomía de la voluntad, ella será admitida[244]; y al conferirse a las partes la posibilidad de seleccionar el lugar de ejecución del contrato, indirectamente se les permite elegir el derecho deseado[245].

Además de la falta de una postura contundente a favor de la autonomía de la voluntad, los Tratados de Montevideo adolecen de severas inconsistencias en cuanto a los puntos de conexión. Como regla, en línea con la propuesta savigniana, se establece en estos tratados que el derecho del lugar del cumplimiento gobernará aspectos fundamentales del contrato relativos a formación, calificación, validez, efectos, consecuencias y ejecución (artículo 37).

La seguridad buscada con esta solución tropezaba, desde el vamos, con el problema de que su fórmula apuntaba a aplicarse a contratos cuya ejecución ocurriera en un solo Estado. Además, muchas veces dicho lugar no resulta conocido al momento de la celebración o puede variar con posterioridad. Por otra parte, la realidad negocial nos trae un sinnúmero de situaciones no resueltas por la fórmula del lugar de cumplimiento. Por ejemplo, cuando la cosa vendida no existe al momento de contratar, ¿cómo determinar qué regulación se aplicará mientras esté pendiente la ejecución del acuerdo hasta la entrega final de la misma?

En la búsqueda de responder a los interrogantes generados, el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 ha establecido presunciones o criterios localizadores acerca de qué debe

---

razonable. Los Tratados de Montevideo aplican, si no se puede averiguar según las reglas determinadas en los Tratados el lugar de la ejecución, el Derecho del lugar de la celebración. Esta regla se infiere del artículo 35 del Tratado de 1889, mientras que se encuentra expresa en el artículo 40 de 1940" (W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, Octava Edición, Reimpresión, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997, p. 392).

243 Refieren OPERTTI BADÁN y FRESNEDO DE AGUIRRE que el contrato como tal responde a la voluntad de las partes y su régimen jurídico al balance de interés público y privado. La solución se inclina por un régimen preceptivo, que se expresa de modo particular en el Protocolo Adicional de Montevideo del 40 (art. 5) (C. FRESNEDO DE AGUIRRE / D. OPERTTI BADÁN (nota 239) p. 14).

244 R. SANTOS BELANDRO (nota 240), p. 65. Con ello se consagra el "reenvío", que sucede cuando las normas de conflicto de un derecho se remiten a otro, y las reglas indirectas de este, a su vez, prevén o toleran que ocurra lo propio hacia un tercer país, la posibilidad de que exista autonomía de la voluntad si el derecho aplicable por remisión de la norma de conflicto autoriza a las partes a elegir un tribunal arbitral estatal diferente al previsto en el artículo 56 de los Tratados de Montevideo (ALFONSÍN, FRESNEDO, HERBERT, citados por M. B. NOODT TAQUELA, "Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños", en D. P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 2003, p. 988).

245 N. DE ARAÚJO (nota 232), p. 151.

entenderse en cada caso por tal (artículo 38)[246]. Existe, empero, consenso mayoritario de que el objetivo no ha sido logrado. Las soluciones del tratado han llegado a ser calificadas como "verdaderas entelequias del legislador internacional" que, en vez de proporcionar soluciones a la realidad fáctica de los negocios, acarrean mayores dudas al intérprete que las ya generadas por el deficiente sistema de los tratados[247].

En varias de las excepciones, el derecho del lugar de celebración tiene gran importancia en un sistema que postula la del lugar de ejecución. Ello obedece a que se pretendió seguir el ideal savigniano de la unidad de la relación jurídica, la que debería regirse desde su inicio hasta su agotamiento por un solo derecho sustantivo o material. Pero, ¿cómo podía determinarse el lugar de cumplimiento si la cosa cierta y determinada no estaba indicada en el contrato original, o si había una modificación posterior por acuerdo de partes? De allí que se hayan planteado serias dudas –incluso jurisprudenciales– relativas a estas soluciones de Montevideo, por la contradicción inherente en ellas[248].

Por lo demás, el artículo 40 del Tratado de Derecho Civil de 1940 hace aplicable el derecho del lugar de celebración a los contratos en que no pueda determinarse, al momento

246 Artículo 38. La primera regla dispone: "Los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración". Esta conexión normalmente no se compaginará con el cumplimiento, si se considera como tal la entrega de la cosa del contrato. Se prevé también que los contratos "sobre cosas determinadas por su género" y "referentes a cosas fungibles" se regulan por ley del domicilio del deudor al momento en que fueron celebrados. En los contratos de prestación de servicios, se diferencian: a) si recaen sobre cosas, se aplica la ley del lugar en donde ellas existían al tiempo de su celebración; b) si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, se regirán por la ley en donde se producirán los efectos; y c) en los demás casos, tendrá virtualidad la ley del domicilio del deudor al tiempo de su celebración.

247 D. HARGAIN / G. MIHALI, *Régimen Jurídico de la Contratación Mercantil Internacional en el MERCOSUR*, Montevideo / Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 1993, p. 31, p. 39.

248 C. FRESNEDO DE AGUIRRE / R. HERBERT, "Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 69-70. Al apuntarse a obtener seguridad jurídica a través de presunciones rígidas, se buscó evitar la división de los aspectos de fondo de la vinculación contractual, y la consecuente posibilidad de que se apliquen a ella distintos derechos. Esto se conoce comúnmente en doctrina con el nombre de *dépeçage*. La falta de flexibilidad acarrea numerosos problemas, como por ejemplo, tratándose de contratos accesorios. En vez del derecho del contrato principal, como impone el tratado (Art. 32), al acreedor le importará que tengan virtualidad las reglas jurídicas del lugar donde se encuentra situado el bien, pues en definitiva le interesa la posibilidad de ejecutar la garantía en caso de incumplimiento. La solución va, en consecuencia, de contramano con las necesidades del comercio internacional. Desde luego que no la contienen instrumentos convencionales modernos atinentes a la contratación internacional como, en Europa, el Convenio de Roma de 1980 (ni su análogo interamericano de 1994). Otro problema se presenta cuando difieren los derechos del lugar de celebración y de ejecución sobre la calificación misma del contrato como accesorio o no. ¿Se hace ella conforme al derecho del acuerdo principal, o según el del acto presuntamente secundario? Debe tenerse presente que la fianza y las garantías bancarias, por ejemplo, son accesorias en numerosos sistemas, en tanto que en otros no, al punto de que instrumentos modernos, como la Convención de UNCITRAL sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995, no otorgan a estos actos el carácter de accesorios.

de su formación, el lugar de cumplimiento, solución que en definitiva representa – en palabras de GOLDSCHMIDT– una "declaración general de bancarrota" de la tesis de SAVIGNY[249].

De hecho, los problemas del planteo savigniano son insalvables. Se apunta a "localizar" el contrato en base a un factor objetivo de conexión, o "lugar de cumplimiento", que es la "sede" o el "asiento" de la obligación a que aludía SAVIGNY. Sin embargo, está visto que normalmente los contratos internacionales y las obligaciones que de ellos derivan, tienen más de un lugar de cumplimiento. Se vuelve así imposible determinar cuál derecho se aplica, salvo que se elija una prestación determinada o "característica" y su correspondiente lugar de cumplimiento, tal cual lo propuso, hace ya varios años, SCHNITZER en Europa, teoría que también, en su aplicación práctica, ha generado divergencias, con respecto –por ejemplo– a si se refiere al lugar físico de cumplimiento, o al domicilio, la residencia habitual o establecimiento del deudor de la prestación característica[250].

De modo que el régimen de los Tratados de Montevideo resulta altamente insatisfactorio. Ni se acepta abiertamente la certeza que trae la autonomía de la voluntad con respecto al derecho aplicable, ni se otorga flexibilidad al juzgador para determinar si existen conexiones más estrechas a las previstas de antemano por el legislador y tampoco se trae claridad con respecto a cuáles son en definitiva sus soluciones[251]. Por ello, no resulta extraño que quienes se detuvieron a analizarlos en profundidad se quejen de las severas inconsistencias de las soluciones de estos tratados[252].

En perspectiva, GOLDSCHMIDT opina, no obstante, que estos tratados merecen un aplauso entusiasmado pues constituyen, con cuarenta años de antelación, la primera codificación internacional del derecho internacional privado[253], al menos con un considerable ámbito de vigencia espacial efectiva que se mantiene incluso hasta hoy día[254] y con la cual solo entró en

249 W. GOLDSCHMIDT (nota 242), p. 396.

250 En la Argentina, la Cámara Comercial, Sala E, de 1985, en el caso "*Espósito e hijos SRL v. Jacqueviel de Vieu*", entendió que una cosa es el lugar de cumplimiento a los fines de localizar el contrato, eligiendo el derecho aplicable. Y otra es fijar el lugar de cumplimiento a los efectos de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos. Para ello, bastará cualquier lugar de cumplimiento del contrato, sea o no el que se refiere a la prestación característica. No se ha advertido razonabilidad en someter una cuestión a tribunales extranjeros si se aplica la ley argentina, y se ha entendido, en consecuencia, que los jueces argentinos tienen jurisdicción concurrente. Dicho criterio ha sido confirmado por la Corte Suprema Argentina en el caso "*Exportadora Buenos Aires c/ Holiday Inn*" de 1998 (M. B. NOODT TAQUELA, (nota 244), p. 1008).

251 Esta elasticidad la contemplan instrumentos normativos modernos, como –según se verá– la Convención de México.

252 Ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO / C. FRESNEDO DE AGUIRRE, "Obligaciones contractuales: aspectos generales", en D. P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 2003, p. 949.

253 Al cual solo entró en competencia el Código Bustamante de 1928 (W. GOLDSCHMIDT (nota 242), p. 39).

254 D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 229), p. 101.

competencia el Código Bustamante de 1928. Por lo demás, las soluciones de los Tratados de Montevideo de 1889 van en correspondencia con la coyuntura histórica en la región, particularmente en lo que respecta a la adopción del criterio del domicilio en vez del de la nacionalidad, debido a que estábamos ante países con fuerte inmigración, a los que las potencias dominantes del siglo XIX pretendían imponer esta última solución, por desconfianza hacia los derechos de estos nuevos Estados[255]. De allí un factor fundamental del suceso de estos tratados, a lo que contribuyó también, indiscutiblemente, el ingrediente político del sueño bolivariano de unión continental, a cuyo fin el acercamiento jurídico constituia un paso fundamental[256].

### 7.3 El Código Bustamante

Otro tempranero esfuerzo latinoamericano ha sido la concreción del Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana de La Habana de 1928. Inspiradas en las Conferencias de La Haya, se han llevado a cabo Conferencias Panamericanas análogas, de las cuales participaron numerosos países del continente, y en su sexto encuentro, se aprobó el Código Bustamante, de 437 artículos, suscripto a la sazón por veinte delegaciones y ratificado ulteriormente por quince países[257].

La apariencia de uniformidad transmitida a primera vista por su extenso articulado se desvanece cuando se repara en las concesiones excesivas al derecho local y la cantidad de amplitud y reservas de que fue objeto[258]. Además, su inclinación por las ideas de la nacionalidad del italiano MANCINI marca un profundo cambio con lo generalmente aceptado hasta entonces en Códigos Civiles y Tratados de Latinoamérica, abandonándose al respecto las ideas de STORY, FREITAS y BELLO[259]. Como lo señala GARRO, la unificación del criterio sobre el derecho aplicable solo se hubiera logrado en caso de un acuerdo generalizado acerca de la ley

255 C. FRESNEDO DE AGUIRRE / D. OPERTTI BADÁN (nota 239), pp. 14-15.

256 L. PÉREZNIETO CASTRO (nota 235), p. 244. Como dato no menor, estos tratados –puntualiza Pérezniето CASTRO– marcan el inicio de una tendencia recurrente en la codificación interamericana, cual es el pluralismo metodológico en materia de regulación del Derecho internacional privado, manifestado por la inclusión no solo de normas conflictuales o indirectas, sino también de normas materiales o sustantivas (L. PÉREZNIETO CASTRO (nota 235), p. 248).

257 El Código Bustamante no fue ratificado por Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay; Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador lo ratificaron con reservas indeterminadas, es decir, subordinadas a su legislación interna y Brasil, Haití, República Dominicana y Venezuela lo ratificaron con reserva de algunos de sus artículos.

258 A. GARRO, "Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades", en L. O. Baptista y otros (org.), *Direito e comércio internacional. Tendencias e perspectivas*, São Paulo, Ltr. Editora Ltda., p. 517.

259 D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, (nota 229), p. 37.

del domicilio o la de la nacionalidad. Esto no ocurrió, privándose al Código Bustamante de su gran potencial unificador[260], conforme lo destacó también, en su momento, GUTTERIDGE en Europa[261].

El Código Bustamante contiene normas relativas a obligaciones y a contratos, en general[262], y en particular, como compraventa, permuta, préstamo, depósito, transporte y seguros, entre otros[263].

Declara aplicable a los contratos el derecho que, en su caso, resulte común a las partes en cuanto a su capacidad y en su defecto, el del lugar de celebración[264]. Lo propio ocurre con respecto a validez, efectos e interpretación[265]. Sin embargo, que exista un derecho común relativo a la capacidad es poco probable, puesto que en la contratación internacional el domicilio casi siempre diverge, lo que resulta el criterio prevaleciente en Latinoamérica, por sobre el de la nacionalidad. De modo que pocas veces regirá el criterio subsidiario, con lo que resulta ampliamente preponderante el derecho del lugar de celebración[266]. En cuanto a las formas, se aplican acumulativamente la ley del lugar de celebración y de la ejecución del contrato[267].

La autonomía de la voluntad no parece desprenderse del articulado del Código[268], a pesar de que BUSTAMANTE ha opinado, en una obra de doctrina posterior, que el principio sí se encuentra reconocido. Queda abierto hasta hoy el debate a este respecto[269].

A ello debe sumarse que, en general, destacados internacionalistas observan que el Código Bustamante es sumamente confuso en todo el tema contractual. Además, al igual que

260 A. GARRO (nota 258), p. 518. La tradicional "bipolaridad" entre los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante se ha producido, sobre todo, en un marco acotado por mezquinas, aunque comprensibles razones de protagonismo y de apego a las propias soluciones, y el peso relativo de la antinomia latinoamericanismo-panamericanismo (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 229), p. 102).

261 Según este autor, el problema de la ratificación proviene fundamentalmente del tema nacionalidad-domicilio (Ver H.C. GUTTERIDGE (nota 142), pp. 56-57).

262 Artículos 164 a 186.

263 Artículos 194 a 294.

264 Artículo 186.

265 Artículo 184.

266 N. DE ARAÚJO (nota 232), p. 163.

267 Artículo 180.

268 N. DE ARAÚJO (nota 232), pp. 162-163.

269 No caben dudas de que en el Código Bustamante sí se admite la autonomía para designar expresa o tácitamente al juez competente para dirimir contoversias, en tanto al menos uno de los litigantes tenga nacionalidad o domicilio en el país y en cuanto no exista un "derecho local contrario" (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Acerca de la Necesidad y las Posibilidades de una Convención Interamericana sobre Competencia Judicial en Casos de Derecho Internacional Privado*, pp. 120-121).

los Tratados de Montevideo, su utilización por los tribunales de países ratificantes se considera escasa y muchas veces meramente supletoria ante lagunas del derecho privado local[270].

### 7.4 Evaluación: problemas del conflictualismo en Latinoamérica

Saltan a la vista los problemas que presenta la región con sus soluciones "conflictualistas" mayormente "nacionales". Y cuando en materia de Derecho internacional privado se ha recurrido a tratados para evitar este último inconveniente –particularmente los de Montevideo y el Código Bustamante–, ellos han resultado altamente insatisfactorios, fundamentalmente, en lo que aquí nos interesa, con relación a temas que afectan a la contratación internacional.

A todo esto debe agregarse la crisis en que se encuentra la disciplina iusprivatista en nuestros días. El sistema conflictualista y los mismos cimientos de este Derecho internacional privado "clásico", por así decirlo, han sido puestos bajo severos cuestionamientos en las últimas décadas, esgrimiéndose numerosas consideraciones de orden conceptual, terminológico y práctico, ya referidas.

El problema se minimiza con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad. El principio, sin embargo, ha provocado históricamente reticencias en Latinoamérica[271], alimentadas por la falta de comercio activo libre, la doctrina Calvo y la desconfianza hacia el arbitraje[272] y alguna responsabilidad atribuida a los intentos prematuros de codificación de las reglas conflictuales en el Tratado de Montevideo de 1889, que rechazó dicha autonomía[273]. A esto último ya se hizo referencia. En cuanto a la doctrina Calvo, cabe destacar que ella se elaboró, en su momento, como respuesta hacia el colonialismo europeo y norteamericano, específicamente el uso de "*Claims Comissions*" para conseguirse como resultado intervenciones diplomáticas. Esta experiencia ha sido negativa para los países latinoamericanos, pues las referidas comisiones fallaron sistemáticamente en contra de sus gobiernos en reclamos de Estados foráneos por pérdidas sufridas por sus nacionales. Ello

270 J. SAMTLEBEN, citado por N. DE ARAÚJO (nota 232), p. 161. Ver también J. DOLINGER, "The Bustamante Code and the Inter-american Conventions in the Brazilian System of Private International Law", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 133 y ss.

271 En este sentido, se ha dicho que la autonomía de la voluntad en materia contractual no guarda real correspondencia con la situación del comercio internacional debido a diferencias de poder e influencia de los agentes económicos y de los propios Estados (C. FRESNEDO DE AGUIRRE / D. OPERTTI BADÁN (nota 239), p. 15).

272 Ver una interesante perspectiva reciente en: H. A. GRIGERA NAÓN, "Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks", Freshfields Lecture, *Arbitration International*, Volume 21 Number 2, 2004, pp. 127-175.

273 F. K. JUENGER, "Contract Choice of Law in the Americas", en *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 195), pp. 197-198.

resultó en el pago de indemnizaciones considerables por gobiernos latinoamericanos y pérdida de territorio[274]. CALVO, un estadista y jurisconsulto argentino (1824-1906), elaboró una doctrina de condena a estos tipos de intervenciones[275]. Es así que la llamada "cláusula Calvo" se incluía en contratos entre Estados sudamericanos y súbditos extranjeros, estipulándose que los inversores extranjeros tendrían, a lo sumo, idénticos derechos que los nacionales, y que sus conflictos serían dirimidos ante tribunales locales, renunciándose a una protección diplomática de sus gobiernos[276].

El proteccionismo se extiende en diversas aristas a varias décadas del siglo XX, en cuyos primeros setenta años –destacan OPERTTI BADÁN y FRESNEDO DE AGUIRRE– se vivió un fuerte protagonismo intervencionista de los Estados nacionales[277]. Sin embargo, hoy día la situación se ha revertido enormemente. La región se encuentra envuelta activamente en el comercio internacional[278], y existe un grado mucho mayor de apertura económica en los países del continente; varios de ellos enfrascados incluso en procesos de integración o adscriptos a esfuerzos mundiales de liberalización como los de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La contratación internacional contiene reglas peculiares, y se encuentra fuertemente marcada por principios, usos y costumbres, no recogidos muchas veces en regulaciones domésticas, que se muestran totalmente inapropiadas para dicho fin. A ello debe agregarse

274 México particularmente sufrió sus consecuencias, incluso hasta con intervenciones foráneas militares, y cuando los fallos favorecían a mexicanos, los países del primer mundo se negaban a cumplirlos (J. L. SIQUEIROS, "Arbitral Autonomy and National Sovereign Authority in Latin America", en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, a Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, pp. 219-220).

275 H. ACCIOLY, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 285-286.

276 Sin embargo, los fallos que admiten su plena validez fueron escasos; en la mayoría de las ocasiones – expresa ROUSSEAU – se ha procurado limitar sus efectos: a) declarándola válida en las relaciones entre el individuo perjudicado y el Estado demandado, pero sin posiblidad de alegación frente al Estado demandante; b) no teniéndola en cuenta en caso de denegación de justicia e, incluso, pronunciándose categóricamente por su nulidad (C. ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público*, 3ª Edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1966, p. 369).

277 En los últimos decenios, sin embargo, se presentan dos correlatores del Estado: las corporaciones profesionales y los organismos internacionales. Además, los nuevos vientos a favor del arbitraje contribuyen al nuevo escenario. Si bien el arbitraje no puede confundirse con solución del conflicto de leyes "no es menos cierto que sea por imprecisión técnica o por simple difusión práctica el tema de la ley aplicable pasa a segundo plano. Particulares actúan o tratan de actuar a fin de facilitar sus entendimientos, manejan conceptos y terminología común y en muchos casos prescinden de los propios Estados o compiten con estos en la regulación de sus negocios" (C. FRESNEDO DE AGUIRRE / D. OPERTTI BADÁN (nota 239), pp. 24-25).

278 El desdén de la región hacia esta disciplina lo atribuye SIERRALTA a que en su conjunto la región no tenía presencia significativa en el comercio internacional, con lo que la demanda de profesionales especializados en cuestiones contractuales del derecho del comercio internacional era también débil (A. SIERRALTA RÍOS, "Comentarios liminares del Derecho Internacional del Comercio: un enfoque latinoamericano", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 257).

que caracterizan a los contratos internacionales, entre otras cosas, la emergencia recurrente de nuevos tipos contractuales, la multiplicidad frecuente de acuerdos complejos multiestatales de gran atipicidad y la celebración y ejecución de convenios en distintas sedes, varios incluso de índole virtual. De allí que la autonomía de la voluntad, tanto para determinar el contenido de los acuerdos como para remitirse a sistemas jurídicos sofisticados, o en muchos casos a reglas de origen no estatal, sea hoy más que nunca necesaria para la conducción de los negocios internacionales.

Diversas licencias proteccionistas en las regulaciones de los países en desarrollo no hacen sino desalentar o introducir un factor de inseguridad adicional en las transacciones, lo que en definitiva representa un costo adicional normalmente trasladado al contratante de estas jurisdicciones. En muchos casos, la "protección a la parte débil" se traduce, en el fondo, en un amplio margen de poder de revisión contractual trasladado a juzgadores, en tanto que las partes –y no terceros en su nombre– son los mejores árbitros para reglar sus derechos en sus contratos. Obviamente, en situaciones de aprovechamiento abusivo de disparidades contractuales, la intervención estatal resulta aconsejable, pero el Derecho internacional privado contiene mecanismos, como el desarrollo de normas, que evitan este resultado, o la protección del orden público, por citar algunos, que hacen innecesaria una regulación adicional protectora de "partes débiles". Vale decir, herramientas de índole imperativa provenientes de regulaciones estatales, adecuadamente utilizadas por quienes resuelven las contiendas transfronterizas, servirán de contrapeso para que el principio de la autonomía de la voluntad no resulte aplicado de manera irrestricta, y harán que en definitiva el contrato internacional no se encuentre al margen del Derecho o "sin ley"[279]. Obviamente lo ideal es que dichas normas imperativas se encuentren unificadas, y a ello apuntan los trabajos actuales de la Organización de Estados Americanos en cuanto a protección al consumidor[280], pero esto es harina de otro costal.

Pese a todo lo dicho, aún hoy se registra un rechazo del principio de la autonomía de la voluntad, o dudas sobre su vigencia en varios países de la región. El Mercado Común del Sur

279 Se habla de *autonomía universal* en alusión a una hipotética potestad de las partes de fijar el Derecho que rige sus contratos, con absoluta prescindencia de cualquier Derecho positivo o del Derecho internacional público (A. BOGGIANO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, p. 597). GOLDSCHMIDT referencia que así lo han pretendido el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, por ejemplo, en sus contratos estándares (W. GOLDSCHMIDT (nota 242), p. 195).

280 Ver, al respecto diversas contribuciones que aparecen en D. Fernández Arroyo / J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *Protección al Consumidor en América – los Trabajos de la CIDIP (OEA)*, Asunción, Editorial La Ley Paraguaya, 2007). Un reciente y acabado estudio con respecto a la problemática de la protección al consumidor "on-line" en la región puede verse en (J. M. VELÁZQUEZ GARDETA, *La Protección al Consumidor Online en el Derecho Internacional Privado Interamericano*, Asunción, CEDEP, 2009).

(MERCOSUR) –proceso de integración regional sudamericano cuyos miembros plenos son a partir de 1991 Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay– constituye un claro ejemplo de este problema[281]. En al menos dos de los países (Brasil[282] y Uruguay[283]) parece rechazarse el principio, o al menos el panorama se encuentra confuso allí (así como en Paraguay[284]), en lo

281 Sobre este tema puede ampliarse en diversos trabajos, como: M. M. ALBORNOZ, "El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales entre los Estados del Mercosur", publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLII, nº 125, mayo-agosto de 2009, pp. 631-666, accesible en la página http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/125/art/art3.pdf y http://asadip.wordpress.com/2009/10/16/el-derecho-aplicable-a-los-contratos-internacionales-entre-los-estados-del-mercosur. (Últimos accesos: 4 de marzo de 2010)

282 Sobre el debate histórico en el Brasil, puede verse en en N. DE ARAÚJO (nota 232), pp. 320-324. Más recientemente, M. COPPETT / P. DE OLIVEIRA AREAS / L. OTAVIO PIMENTEL, en el capítulo sobre Brasil de la obra C. ESPLUGUES MOTA / D. HARGAIN / G. PALAO MORENO (dirs.), Derecho *de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Montevideo / Buenos Aires, Editorial B de f, 2008, p. 137.

283 La actititud histórica uruguaya ha sido de reticencia hacia el principio. Puede verse un amplio recuento en C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991. Ante la reciente ratificación de diversos instrumentos internacionales favorables a la autonomía de la voluntad", HARGAIN y MIHALI indican la aceptación actual de las modernas concepciones del Derecho internacional privado en el ámbito de los negocios transfronterizos, "resquebrajándose el mayoritario rechazo a la autonomía de la voluntad (D. HARGAIN / G. MIHALI, capítulo de Uruguay, en C. ESPLUGUES MOTA / D. HARGAIN / G. PALAO MORENO (dirs.), *Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Montevideo / Buenos Aires, Editorial B de f, 2008, p. 774). Por lo demás, actualmente, existe un giro importante en este tema, analizado en perspectiva más amplia en el siguiente excelente trabajo: D. OPERTTI BADÁN, "El Derecho Internacional Privado en tiempos de globalización", en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Año VI, nº. 6, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005. Un excelente recorrido histórico y actual de la cuestión específica de la autonomía de la voluntad en Uruguay, puede verse en: J. TÁLICE, "La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el Derecho Internacional Privado Uruguayo", en *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Opertti Badán,* Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp. 527 y ss., particularmente pp. 560 a 562.

284 El problema se presenta allí debido a la falta de claridad del Código Civil, que contiene normas de conflicto en materia de contratación. El debate se ha planteado en Paraguay a nivel doctrinario. SILVA ALONSO, uno de los miembros de la Comisión de Codificación que trabajó activamente en la elaboración del mismo, sostiene que el principio se encuentra admitido, y que ello surge de su artículo 715. Dicha norma –en lo pertinente– dispone que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma..." (R. SILVA ALONSO, *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, Asunción, Intercontinental Editora, 1995, pp. 136-137). En líneas parecidas se pronuncia RUIZ DÍAZ LABRANO, quien invoca además la norma del artículo 669 del Código Civil, conforme a la cual los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, en tanto no controviertan disposiciones imperativas (R. RUIZ DÍAZ LABRANO, "La Ley aplicable y Jurisdicción competente en materia contractual desde la perspectiva del ordenamiento jurídico paraguayo", en C. A. SOTO (dir.), *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, T. II, pp. 1509 y ss.). Desde la otra vereda, se ha sostenido que esta norma del artículo 669, así como la del artículo 715 (de que cuanto se acuerde en los contratos constituye regla para las partes), son disposiciones encaminadas a regular contratos puramente internos, y no se extienden a la contratación internacional. Puede verse al respecto, enfatizándose en distintos matices, las contribuciones de R. DÍAZ DELGADO, "El derecho aplicable al fondo del contrato con cláusula de arbitraje", en J. A. Moreno Rodríguez (coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Intercontinental Editora, 2003, pp. 223 y ss.; y B. PISANO, "La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado Paraguayo", en *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, Año 32, nº 1, febrero 2009, pp. 1 y ss. Nuestra posición, favorable al reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el país, la hemos fijado en el capítulo sobre Paraguay en: C. ESPLUGUES MOTA / D. HARGAIN / G. PALAO MORENO (dirs.), *Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Montevideo / Buenos Aires, Editorial B de f, 2008, pp. 571-572. En el fondo, la cuestión gira en torno al orden público y su relación con las normas de conflicto. Las normas imperativas indicadas en el artículo 669 equivalen, al menos en lo que atañe a sus efectos, a las de orden público en la nomenclatura paraguaya. Y el país ha ratificado diversos instrumentos internacionales que admiten la autonomía de la voluntad. Ante este escenario, no habría violación al orden público, o a norma imperativa alguna, por el mero hecho de que las partes hagan uso de la autonomía de la voluntad, para prever una solución distinta a la indicada en las normas de conflicto paraguayas. Salvo que con ello violenten

que atañe a la admisión o no del principio[285]. 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, ratificado por los cuatro miembros plenos del bloque[286]. Sin embargo, en cuanto se admite en el MERCOSUR, de manera amplia, que las partes puedan elegir al juez o árbitro, no ocurre lo propio con la selección del derecho aplicable, tema que es de capital importancia y cuya solución resulta impostergable[287].

Demás está decir que el panorama se encontraba confuso en la región no solo con respecto a la autonomía de la voluntad, sino también con relación al derecho transnacional y su virtualidad. Un cambio de escenario en tiempos recientes se viene dando, con particular fuerza, a partir de dos circunstancias: una, el dictado de la convención interamericana sobre el derecho aplicable a la contratación internacional (Convención de México), a la que hacemos alusión más abajo; y dos, la nueva coyuntura arbitral, a la que se hace a continuación una breve referencia.

### 7.5 Cambio del paisaje latinoamericano a partir del arbitraje

En los últimos años, gran parte de los países de América Latina actualizó sus leyes internas de arbitraje, poniéndolas en sintonía con la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de UNCITRAL[288]. CONEJERO resume el panorama actual, resaltando que el país pionero

disposiciones que sí sean imperativas, pues ellas deben ser observadas, conforme lo dispone el referido artículo 669.

285 Ver J. A. MORENO RODRÍGUEZ, en la obra de C. Esplugues / D. Hargain (coords.), *Derecho del Comercio Internacional, MERCOSUR-Unión Europea*, Madrid y otras, Editoriales Reus y Bdef, 2005, pp. 297 y ss. Ver también: R. DÍAZ DELGADO (nota 284), pp. 229 y ss. Puede decirse entonces que no está cumplido el Tratado de Asunción, que en su artículo 1º establece como uno de sus objetivos la armonización en esta área

286 Tres acuerdos guardan relación directa con los contratos internacionales: el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual de 1994, el Protocolo de Santa María de jurisdicción internacional en relaciones de consumo de 1997, y el Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR de Buenos Aires, 1998. Todas tratan aspectos procesales y subrayan que la autonomía contractual se ha vuelto el eje del nuevo sistema; la primera al permitir elegir expresa o tácitamente la jurisdicción, con lo cual se admite que sea una foránea; la última al permitir una jurisdicción "privada"; y la segunda al reconocer una excepción especial a la regla de autonomía para los contratos de consumo (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional", en D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estaos del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 2003, p. 164).

287 La falta de un régimen general que afiance la autonomía de la voluntad en el MERCOSUR implica una deuda impostergable, de cuyo avance y diseño dependen el éxito o el fracaso en la consecución de los fines de la libertad de circulación de mercaderías, bienes y servicios, sin olvidar el objetivo de desarrollo económico con justicia social (J. A. TONIOLLO, "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*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 439-440).

288 Una completa reseña puede verse en la reciente obra: C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial,* España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009.

en este sentido ha sido México, que en 1993 introdujo una modernización sustancial a su regulación sobre arbitraje doméstico e internacional. El fenómeno se fue reproduciendo en la mayoría de los países de la región como –entre otros– Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Guatemala, Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela[289].

De su examen comparativo, CONEJERO destaca que existe una tendencia generalizada a unificar la regulación tanto del arbitraje doméstico o nacional como del arbitraje internacional[290], aunque con excepciones como en Chile, Colombia y Ecuador[291].

Las consecuencias de este "monismo" –de equiparar el arbitraje nacional al internacional[292]– son fecundísimas en lo que respecta a los derechos internos. Ello fundamentalmente, en lo que aquí nos interesa, porque las leyes de arbitraje que siguen, en el punto, al artículo 28 de la Ley Modelo de UNCITRAL, imponen al árbitro la obligación de

289 Bolivia aprobó la Ley 1770 sobre Arbitraje y Conciliación en 1997; Brasil aprobó la Ley de Arbitraje 9307 en 1996; Colombia aprobó el Decreto 1818 en 1998, el cual compila todas las normas aplicables a la Conciliación y el Arbitraje antes contenidas en diversas legislaciones; Costa Rica aprobó el Decreto Ley 7727, que contiene la Ley para los Métodos Alternativos de Solución de Disputas y la Promoción de la Paz en 1997; Cuba aprobó el Decreto-Ley 250 sobre la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, en 2007; Chile aprobó la Ley 19.971 en 2004; Ecuador aprobó la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997, bajo el Registro Oficial 145; El Salvador aprobó la Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje contenida en el decreto legislativo 914 en 2002; Guatemala aprobó el Decreto Ley 67-95 que contiene la Ley de Arbitraje en 1995; Honduras aprobó el Decreto Ley 161-2000 que contiene la Ley de conciliación y Arbitraje en 2000; Nicaragua aprobó la Ley 540 en 2005 que contiene la Ley de Mediación y Arbitraje; Panamá aprobó el Decreto Ley 5 en 1999 por el cual se establece el régimen general de arbitraje, de la conciliación y de la mediación; Perú aprobó recientemente una nueva Ley de Arbitraje, contenida en el Decreto Legislativo 1071 en 2008; Paraguay aprobó la Ley 1879 para el Arbitraje y la Mediación en 2002; la República Dominicana aprobó la Ley 489-08, publicada en el 2008 en la Gaceta Oficial, que contiene la Ley sobre Arbitraje Comercial; y finalmente, Venezuela aprobó la Ley sobre Arbitraje Comercial en 1998 (C. CONEJERO ROOS, "El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Un Panorama General", en C. Conejero Roos/ A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial,* España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009, p. 64).

290 Tal es el caso de Argentina (Art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial), Bolivia (Títulos I y II de la Ley 1770), Brasil (Art. 34 de la Ley 9307/1996), Costa Rica (La Ley 7727, la que no contempla un criterio de internacionalidad), El Salvador (Art. 3 del Decreto Legislativo 914), España (Art. 3 de la Ley 60/2003), Guatemala (Artículo 1 del Decreto 67-95), Honduras (Art. 27 del Decreto 161-2000), México (Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio), Nicaragua (Art. 22 de la Ley 540), Panamá (Ley 5), Paraguay (Art. 1 de la Ley 1879), Perú (Art. 13.7 del Decreto Legislativo 107), Portugal (Art. 37 de la Ley 31/1986), República Dominicana (Art. 1 de la Ley 489-08) y Venezuela (el Art. 11 de la Ley de arbitraje comercial no hace distinción entre interno e internacional) (C. CONEJERO ROOS (nota 289), p. 68).

291 Los países que optaron por este sistema dualista son Chile (Art. 1 de la Ley 19.971), Colombia (Art. 2 de la Ley 350), Cuba (Art. 9 del Decreto Ley 250), Ecuador (Art. 42 de la Ley 145) y el proyecto de la ley de Uruguay. En el caso de Uruguay, aunque a la fecha no cuente con una ley específica de arbitraje, las normas de derecho interno que rigen el arbitraje doméstico no son de aplicación al ámbito internacional (C. CONEJERO ROOS (nota 289), p. 68).

292 SILVA ROMERO entiende que existe una confusión en la doctrina y la mayoría de las legislaciones del mundo. "La palabra arbitraje es de aquellas que no soportan ningún adjetivo. El arbitraje, en estre sentido, no es ni civil ni comercial; ni privado ni público o administrativo; ni "nacional", interno o doméstico ni "internacional". Cuando se habla de arbitraje internacional solo se hace referencia a controversias de orden nacional y a controversias de orden internacional (E. SILVA ROMERO, "Breves observaciones sobre los métodos de definición del contrato de arbitraje ´internacional´", en E. SILVA ROMERO (dir.), *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá, Editorial Legis, 2005, p. 41).

respetar la autonomía de la la voluntad, los usos y –se ha visto– al menos principios universales en materia de contratación, con lo que a través de este medio de resolución de conflicto se introducen, por la ventana, pautas transnacionales en los derechos internos[293]. Se entiende, entonces, por qué la recepción de este monismo en Brasil, por ejemplo, haya merecido calificativos como de una "verdadera revolución" y "evolución notable" del derecho brasilero[294]. Es más, "de manera sorprendente para su época y sobrepasando la propuesta de la Ley Modelo", la ley panameña, que también adopta el sistema monista, dispone en su art. 27 que el tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas mecrantiles "y los principios de los contratos de comercio internacional de UNIDROIT"[295].

Hay que reconocer, sin embargo, que en muchos casos de reformas latinoamericanas, de manera no recomendable, se amplió el alcance del recurso de nulidad y se contempló un recurso de apelación, desvirtuando así la solución restrictiva sugerida por la Ley Modelo[296]. Ello ocurrió, por ejemplo, en Brasil, no obstante lo cual se considera que este país dispone de una ley de arbitraje "aceptable" [297], complementada por la ratificación de importantes instrumentos convencionales, entendiéndose que, con estas reformas introducidas en los últimos años del siglo XX, el fenómeno de la globalización "*entrou de cheio*" al Brasil[298]. Por su parte, el Poder Judicial brasileño no defraudó la experiencia legislativa. Si bien las

293 Sobre la interpretación "transnacionalizada" de los derechos internos, puede ampliarse en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "La Interpretación del Contrato dentro del Nuevo Escenario Internacional", en J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*, Asunción, Catena Editores y CEDEP, 2006.

294 Ver citas y examen de la problemática en J. BOSCO LEE, *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do MERCOSUL*, 1ª. Ed (año 2002), 3ª tir., Curitiba, Juruá, 2004, pp. 178-181.

295 K. GONZÁLEZ ARROCHA / L. SÁNCHEZ ORTEGA (nota 207), p. 554.

296 De su análisis comparativo, CONEJERO resalta que solamente algunas legislaciones latinoamericanas han adherido fielmente a la norma del artículo 34 de la Ley Modelo en cuanto a reconocer un solo recurso en contra del laudo. Entre estas, solo pueden mencionarse a Chile, El Salvador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana. Agrega CONEJERO que hay países como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia y Costa Rica en que, además de la acción de anulación, se han establecido otros mecanismos de impugnación del laudo vulnerando así el propósito de establecer la nulidad como la vía para el efecto. En cuanto a las causales para anulación, solo algunos países de la región han seguido las establecidas en la Ley Modelo: Bolivia, Chile, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana. Varios otros se apartaron claramente de la Ley Modelo, omitiendo causales previstas en ella, incorporando otras, o utilizando un lenguaje local distinto, vulnerando el propósito de uniformidad perseguido con dicha Ley Modelo. Tal es el caso de Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras y Venezuela (C. CONEJERO ROOS (nota 289), p. 82).

297 En Brasil, "el arbitraje ganó fuerza y proyección… recién a partir de la Ley º 9307/1996", que refleja, "…en alguna medida la Ley Modelo de UNCITRAL" (VV.AA., "El Arbitraje Comercial Internacional en Brasil: Marco Legal y Jurisprudencial", en C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial,* España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009, p. 171).

298 R. ALVARES GASPAR, *Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil*, São Paulo, Editora Atlas, 2009, p. 5.

intervenciones judiciales todavía no pueden ser consideradas lineares, su experiencia –en palabras de ALVARES GASPAR– puede ser calificada como más que satisfactoria y ayuda a consolidar el arbitraje[299].

En cuanto a los otros países del MERCOSUR, Paraguay sí ha seguido casi fielmente el modelo de UNCITRAL[300]. Inexplicablemente, no han *aggiornado* aún sus leyes arbitrales Argentina[301] y Uruguay[302]. Sin embargo, estos últimos dos países, además de varios de Latinoamérica y todos los miembros plenos del MERCOSUR, han ratificado la Convención de Nueva York[303]. Lo propio ha ocurrido con la Convención de Panamá de 1975[304] y la de Montevideo de 1979, elaborada en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA)[305]. Estos instrumentos, como es bien sabido, reconocen la autonomía de la voluntad y la

299 R. ALVARES GASPAR (nota 298), p. 266.

300 Con alguno que otro condimento pasible de críticas. Ver J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "El Arbitraje Comercial Internacional en Paraguay: Marco Legal y Jurisprudencial", en C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial,* España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009, pp. 571 y ss. Ver también: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "Derecho aplicable, orden público y el régimen arbitral paraguayo", en *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 3, São Paulo, Coedición de IDB Thompson y el Comité Brasileiro de Arbitragem, 2004, reproducido también en *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*, Asunción, Catena Editores y CEDEP, 2006.

301 Argentina ratificó las Convenciones de Nueva York y Panamá, así como el Acuerdo de Arbitraje del MERCOSUR. Refieren MACCHIA y ZAPIOLA, y se reconoce la vigencia allí del principio de la autonomía de la voluntad, recogido por el art. 1197 del Código Civil. "Este principio proclama que las convenciones hechas en los contratos (por ejemplo, la cláusula compromisoria) forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". Explica RIVERA que la *lex arbitri*, un conjunto normativo que rige en un país determinado –formado tanto por las reglas establecidas en los códigos procesales o leyes especiales sobre arbitraje como por las que emanan de leyes de fondo y de las convenciones y tratados internacionales incorporados al derecho de ese país- impone límites al principio de la autonomía de la voluntad" (V. MACCHIA / I. ZAPIOLA, "El Arbitraje Comercial Internacional en Argentina: Marco Legal y Jurisprudencial", en C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial,* España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009, p. 128).

302 Uruguay también ratificó, entre otras, las Convenciones de Nueva York y Panamá, así como el Acuerdo de Arbitraje del MERCOSUR. "En Uruguay, el arbitraje internacional se rige esencialmente por las convenciones y tratados ratificados por el país. No hay una ley nacional de arbitraje". S. GONZÁLEZ / F. GÓMEZ, "Arbitraje Comercial Internacional en Uruguay: Marco Legal y Jurisprudencial", en C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial,* España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009, p. 691.

303 Argentina (1989); Bolivia (1995); Brasil (2002); Chile (1975); Colombia (1979); Costa Rica (1988); Cuba (1975); Ecuador (1962); El Salvador (1998); Guatemala (1984); Honduras (2001); México (1971); Nicaragua (2003); Panamá (1985); Paraguay (1998); Perú (1988); República Dominicana (2002); Uruguay (1983); Venezuela (1995). Información disponible en http://www.interarb.com/vl (último acceso: 5 de marzo de 2010) y también incluida en el trabajo citado de C. CONEJERO ROOS (nota 289).

304 Ha sido ratificada por los siguientes países: Argentina (1994); Bolivia (1998); Brasil (1995); Chile (1976); Colombia (1986); Costa Rica (1978); Ecuador (1991); El Salvador (1980); Guatemala (1986); Honduras (1979); México (1978); Nicaragua (2003); Panamá (1975); Paraguay (1976); Perú (1989); República Dominicana (2008); Uruguay (1977); y Venezuela (1985). Información disponible en http://www.oas.org (último acceso: 5 de marzo de 2010) y también incluida en el trabajo citado de C. CONEJERO ROOS (nota 289).

305 Varios países de la región también ratificaron instrumentos de la OEA que atañen –al menos en parte– al arbitraje, como la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (Panamá, 1975) y su protocolo adicional; la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (Montevideo, 1979); la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Panamá, 1975); la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero (Panamá,

eficacia de laudos arbitrales en el extranjero[306]. Hace lo propio en el ámbito del MERCOSUR el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Decisión Consejo Mercado Común nº 3/98[307]), ratificado por los cuatro miembros plenos del bloque[308].

Si bien puede criticarse la duplicación de esfuerzos y otras cuestiones técnicas contenidas en los instrumentos americanos[309] y mercosureños[310], su dictado y ratificación masiva indican claramente la apertura registrada en la región con respecto al arbitraje y, en simbiosis, la autonomía de la voluntad y la apertura al derecho transnacional que este medio alterno de solución de controversias conlleva. Esta apertura se reafirma con la adhesión masiva –si bien con contramarchas recientes– al Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en español o ICSID en inglés), creado en Washington en 1965, de gran amplitud hacia el derecho transnacional; como así también al Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) de Seúl, Corea, que garantiza la ejecución, en los países adherentes, del laudo arbitral en materia de inversión dictado de conformidad con sus normas[311], y la suscripción de convenios bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones.

---

1975); Convención Interamericana sobre Prueba e Información Acerca del Derecho Extranjero (Montevideo, 1979) y la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979).

306 La Convención de Panamá ha sido, sin embargo, bastante criticada, según se conoce ampliamente; como por ejemplo, debido a la superposición existente –lo que puede dar pie a un "conflicto entre convenciones"– con este último instrumento, mucho más efectivo en atención al número de ratificaciones y menos cuestionable en cuanto a su contenido.

307 El MERCOSUR también cuenta con el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Decisión Consejo Mercado Común nº 5/92), que se ocupa del tema arbitral en su capítulo V, arts. 18 al 20 y 24; y el Protocolo de Medidas Cautelares (Decisión Consejo Mercado Común nº 27/94), que hace extensivos al arbitraje sus arts. 1º, 2º y 6º. Por su parte, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del MERCOSUR (Decisión Consejo Mercado Común nº 1/94), en su art. 4° permite a las partes elegir la jurisdicción competente, propia o foránea, judicial o arbitral. Con anterioridad, debe tenerse presente que Argentina, Paraguay y Uruguay habían suscripto –y les era de aplicación recíproca– el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, con una solución distinta, en tanto que no existía texto convencional al respecto con Brasil.

308 El MERCOSUR también dictó el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (Decisión Consejo Mercado Común nº 4/98), que, sin embargo, no se encuentra vigente por falta de ratificaciones de parte de Bolivia y Chile.

309 Pueden verse críticas a las convenciones interamericanas, por ejemplo, en: J. BOSCO LEE (nota 294), pp. 243 y ss.

310 GRIGERA, por ejemplo, critica ácidamente el acuerdo arbitral del MERCOSUR (H. A. GRIGERA NAÓN (nota 159), pp. 16 y ss.), cuyas falencias, sin embargo, señala que pueden ser sobrepasadas merced al espíritu creativo de jueces, árbitros y juristas, que estén sinceramente empeñados en fomentar el desarrollo del aribtraje comercial internacional en el bloque (p. 30).

311 C. LEATHLEY, *International Dispute Resolution in Latin America, An Institutional Overview*, Kluwer Law International, 2007, p. xv. Sobre el arbitraje de inversión y varias cuestiones que atañen a Latinoamérica, puede consultarse el excelente trabajo siguiente: F. CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, pp. 555 y ss.

Todos estos instrumentos contienen una remisión recurrente al derecho transnacional. Así, el convenio constitutivo del CIADI prevé en su artículo 42, que "podrán tener virtualidad las normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables". Ello en tanto que la Convención de Panamá se remite en su artículo 3º, a falta de acuerdo entre las partes, a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), cuyo Art. 30 prevé, a su vez, que en todos los casos se tendrán en cuenta "los usos mercantiles aplicables". Por su parte, los acuerdos de arbitraje del MERCOSUR aluden en su Art. 10 "al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional". Ello surge también del Art. 25, inciso 3º[312].

En definitiva, el problema de la autonomía de la voluntad, y de la apertura hacia el universalismo en la contratación internacional, debe entenderse superado en la gran cantidad de países latinoamericanos que modernizaron sus derechos arbitrales[313]. Sin embargo, se presenta aquí el contrasentido de que, por el simple hecho de recurrirse a este medio de resolución de conflictos, puede alterarse el derecho de fondo que sería aplicable a un contrato internacional si uno acudiera a la jurisdicción estatal. Esta situación resulta, obviamente, inaceptable.

## 7.6 La Convención de México… algunos caminos van más allá de Roma

### A) En general

La Organización de los Estados Americanos (OEA) mucho ha hecho en tiempos recientes por un mejoramiento jurídico del quehacer privado transfronterizo en el continente, fundamentalmente a partir de las Conferencias Especializadas Intermericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). En seis encuentros llevados adelante a partir del último cuarto del siglo pasado, estas han aprobado numerosos instrumentos normativos en distintas materias, ulteriormente adoptados por –o inspirado reformas en– diversos países del

312 Por su parte, el propio Tratado de Asunción, constitutivo del MERCOSUR, en el Anexo 2, relativo al Régimen General de Origen, utiliza la terminología de FOB y CIF, reconociendo normativamente estos términos que forman parte de los "usos y costumbres internacionales". Con ello, efectúa un reconocimiento formal a estas fuentes no legisladas y admite además la autonomía de la voluntad; ya que, por ejemplo, al incorporar las partes una cláusula FOB en un contrato, determinan donde se consideran cumplidas las obligaciones y, por ende, el derecho aplicable. También dentro del MERCOSUR el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias, ratificado por Ley paraguaya nº 2070 de 2003, reconoce un orden jurídico supranacional o transnacional al referirse en su Art. 34.1, entre las consideraciones a ser tenidas en cuenta con respecto al derecho aplicable, "…a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia".

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

continente, generalmente con positivo impacto[314]. No solo eso: desde sus orígenes –como bien lo señala ARRIGHI–, la OEA ha construido un rico patrimonio jurídico en variados temas, en muchos de los cuales marcó nuevos rumbos al derecho internacional hasta entonces aceptado, siendo muchas de sus soluciones y propuestas retomadas luego en otras regiones y en el plano universal[315].

Pero el legado de las CIDIP va más allá[316]. Muchas de sus normas operan de hecho como un "caballo de Troya" en los derechos estatales que las reciben, puesto que "transnacionalizan" las soluciones jurídicas del hipotético o eventual caso cuando, por ejemplo, dan virtualidad a principios reconocidos por organizaciones internacionales, a usos y costumbres, y a soluciones para "realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto", más allá de la aplicación de "derechos estatales", según la feliz fórmula de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (CIDIP II, Montevideo, 1979)[317], todo lo cual representa el abandono de un conflictualismo cerrado contenido en anteriores instrumentos del continente –como en los Tratados de Montevideo–, hacia otras flexibles, que apuntan a la búsqueda de soluciones de la llamada "justicia sustantiva" antes que "conflictual"[318].

314 La influencia de los Convenios suscriptos dentro del ámbito de la OEA, a más de directa en los países en que fueron ratificados, ha sido indirecta en varios otros como Perú, México, Uruguay y en alguna medida Paraguay, al inspirar reformas en sus legislaciones internas, civiles y procesales, en armonía con las soluciones del referido organismo internacional (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 229), pp. 55-56). Además, muchas convenciones han sido internalizadas en textos convencionales del sistema de integración del MERCOSUR (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, obra citada, p. 56).

315 J-M. ARRIGHI, "El proceso actual de elaboración de normas Interamericanas", en *Jornadas de Derecho Internacional*, Córdoba, Argentina, 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.

316 Sobre este tema, puede ampliarse en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "*Quo Vadis* CIDIP", en D. P. Fernández Arroyo / J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *Protección al Consumidor en América – Los Trabajos de la CIDIP (OEA),* Asunción, Editorial La Ley Paraguaya, 2007, pp. 97-105.

317 El artículo 9º de esta convención dispone: "Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, tratando de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades por su aplicación simultánea se resolverán tratando de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto". HERBERT y FRESNEDO DE AGUIRRE han destacado que el citado artículo recoge nociones estadounidenses de las doctrina de CURRIE (de políticas legislativas) y CAVERS (de equidad), contrarias al carácter abstracto y automático del sistema clásico imperante en Latinoamérica. Estas doctrinas estaban en boga en la época de elaboración de este instrumento interamericano, que posee el mérito de haber dejado abierto al juzgador un amplio campo interpretativo a los efectos de flexibilizar los criterios rígidos preponderantes en el continente hasta entonces (Ver C. FRESNEDO DE AGUIRRE / R. HERBERT (nota 248), p. 57. También R. HERBERT, "La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", *RUDIP*, Año 1-nº 1, pp. 89-90).

318 Ello forma parte, desde luego, de un movimiento mayor producido en el mundo. Por ejemplo en Europa –observa REIMANN– la tendencia en la segunda mitad del siglo XX ha sido mover el modelo decimonónico obsesionado con la nación Estado y mirar a intereses privados, reglas más flexibles, y criterios más abiertos a políticas substantivas (M. REIMANN, "Domestic and International Conflicts Law in the United States and Western Europe", en *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger,* New York, Transnational Publishers Inc., 2001, p. 114). Tal constituye un cambio de soluciones formales a

Pues bien, en la CIDIP V, llevada a cabo en Ciudad de México en 1994, se suscribió la "Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", también conocida como la Convención de México[319]. Este instrumento se inspiró principalmente en el Convenio de Roma de 1980[320] que con análogo contenido fue elaborado en la Unión Europea –hoy convertido, con algunos cambios, en Reglamento Comunitario 593 de 2008, llamado "Roma I"[321]– y con el cual presenta mucha similitud, si bien va mucho más allá en lo que respecta a su apertura hacia el derecho transnacional[322]. Al Convenio de Roma se lo había calificado como una de las más exitosas concreciones conflictuales de los tiempos modernos[323], por lo que resulta apropiada, y muy ilustrativa, la laudatoria frase hacia la Convención de México –acuñada por FERNÁNDEZ ARROYO– de que "algunos caminos conducen más allá de Roma" [324].

De hecho, la modernidad de las soluciones de la Convención de México ha sido muy aplaudida[325], considerándosela una trascendente reforma normativa[326], que debe merecer

otras menos mecánicas y que por ende atienden la sustancia de los problemas presentados en materia privada internacional (G-P. CALLIES, "Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report, The European Commision´s Action Plan COM (2003) 68 final and the Green Paper on the Modernisation of the 1980 Rome Convention COM (2002) 654 final", en *German Law Journal*, www.glj-pdf.de, p. 333). Es elocuente el artículo 15 de la Ley Suiza de Derecho internacional privado de 1987, que dispone: "El derecho designado por la presente ley excepcionalmente no es aplicable si, a la vista del conjunto de circunstancias, es evidente que la causa no tiene un vínculo bien determinado con ese derecho y que se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro derecho".

319 La Convención de México cuenta con treinta artículos incluidos en seis capítulos, a saber: (I) Ámbito de aplicación; (II) Determinación del derecho aplicable; (III) Existencia y validez del contrato; (IV) Ámbito del derecho aplicable; (V) Disposiciones generales; y (VI) Cláusulas finales. Dicho instrumento se ocupa fundamentalmente del derecho aplicable; de hecho, se excluyeron del mismo los temas centrales sobre jurisdicción o competencia internacional. De este instrumento nos hemos ocupado en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "La Convención de México sobre el Derecho Aplicable a la Contratación Internacional", publicación de la Organización de Estados Americanos, Washington DC, 2006.

320 La complementa el importante Reporte Oficial elaborado por los profesores GIULIANO y LAGARDE (M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe Relativo al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales", *DOCE C 327*, de 11 de diciembre de 1992). El informe se encuentra transcripto en C. Esplugues (coord.), *Contratación Internacional*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1994, pp. 177 y ss.

321 Ver, entre otros, B. AUDIT (nota 109), p. 679.

322 J. L. SIQUEIROS, "Reseña General sobre la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre el Derecho Internacional Privado, CIDIP-V", en Cursos de Derecho Internacional, Serie Temática, Volumen I (Parte I): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2002, p. 516. Asimismo se tuvieron presentes los Principios de UNIDROIT de derecho contractual, que se dieron a luz precisamente en el mismo año. Se tuvo en cuenta también, la Convención de La Haya de 1986 sobre el derecho aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

323 J. H. DALHUISEN (nota 48), p. 72.

324 Así lo calificó FERNÁNDEZ ARROYO en una publicación en francés, traducida en un artículo aparecido en Argentina (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, "La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada por a CIDIP-V", *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, nº 5933, 1995, pp. 820-824).

325 Ver R. HERBERT (nota 317), p. 45. Ver también la evaluación hecha en el artículo de **A**. DREYZIN DE KLOR / T. SARACHO, *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, Buenos Aires, La Ley, 1995.

ratificaciones o incorporarse por otras vías a los derechos internos de los países[327]. Sin embargo, el instrumento solo fue ratificado por México y Venezuela[328]. HERNÁNDEZ-BRETÓN expresa su convencimiento de que ello se debe a la falta de información en cuanto a su contenido y en cuanto a las modalidades bajo las cuales las soluciones de esta convención podrían ser recibidas en los países del continente[329].

Lo primero presupone una adecuada difusión, labor que debería verse facilitada hoy con los avances producidos en los últimos años, particularmente en materia de arbitraje. Como se ha visto, la coyuntura en la región es hoy bien distinta a la de 1994 (año del dictado de la Convención de México).

En cuanto a los mecanismos de recepción, más allá de la ratificación del tratado, podría recurrirse a la "incorporación por referencia", como lo hizo Uruguay cuando en una ley adoptó las reglas de interpretación de diversos artículos del Tratado de Derecho Civil de Montevideo[330]. O directamente podría apelarse a la "incorporación material", que supone la transcripción íntegra del tratado en un texto legislativo interno[331].

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 serivirán del contenido íntegro de los demás preceptos de la Convención de México a fin de

326 Ver J. TÁLICE (nota 283), pp. 560-561.

327 Así se ha expresado, por ejemplo, en la Resolución del XIII Congreso (Quito 2004) 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) (Último acceso: 8 de marzo de 2010).

328 Cabe destacar que la convención reviste el carácter de "cerrada", pues su observancia se dirige sólo a los Estados ratificantes (artículo 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 (artículo 2). Tal es la interpretación de FERNÁNDEZ ARROYO, que comparte M. B. NOODT TAQUELA (nota 244), p. 997. La Convención está abierta a otros Estados, no miembros de la OEA, que deseen ratificarla (artículo 27).

329 E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, "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*, Asunción, CEDEP, 2008, p. 170.

330 Tal es el Artículo 2399 de su Código Civil, que dice: "Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la leyes del lugar de su cumplimiento de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive, del Tratado de derecho civil de 1889" (ver E. HERNÁNDEZ-BRETÓN (nota 329), p. 185).

331 E. HERNÁNDEZ-BRETÓN (nota 329), p. 186.

interpretar su sentido o complementar a las reglas recogidas en la legislación autónoma[332]. Análogo camino fue seguido por el proyecto uruguayo de Ley de Derecho Internacional Privado, que por lo demás –al igual que la ley venezolana– demuestra una interesante apertura hacia el derecho transnacional[333].

### B) Autonomía de la voluntad como eje fundamental

Pese a que en las deliberaciones previas a su celebración intentó delimitarse el principio[334], dentro de la línea histórica de reticencia latinoamericana hacia él, la autonomía de la voluntad se recibió de manera amplia en el artículo 7º de la Convención de México, lo que constituye, pues, un avance de enorme significado ante una cuestionable postura que imperó por mucho tiempo en la región. El principio de la autonomía tiene un atractivo muy poderoso, puesto que nadie mejor que las partes para evaluar cuál derecho les será aplicable, en vez de que lo hagan en su nombre un legislador de antemano o un juez con ulterioridad, en su caso. Además de fortalecerse la seguridad jurídica que debería predominar en transacciones comerciales[335], ello tiene también un fin de "desreglamentación", al disminuirse el dirigismo estatal para darse pie a iniciativas privadas[336], debiendo considerarse, también –se ha visto–, que los contratos internacionales no tienen un asiento exclusivo o inequívoco centro de gravedad en un Estado, y usualmente afectan la economía de más de uno de ellos[337].

332 E. HERNÁNDEZ-BRETÓN (nota 329), p. 187. Sobre las soluciones de la ley venezolana, puede consultarse la siguiente obra reciente: T. B. de MAEKELT / C. RESENDE / I. ESIS VILLARROEL, *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Tomos I y II, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005. En particular, en el Tomo II, los trabajos de J. OCHOA MUÑOZ / F. ROMERO, sobre el derecho aplicable a la contratación internacional y la lex mercatoria (pp. 739 a 832).

333 Así, en sus artículos 13 y 51. Puede accederse al contenido de dicho proyecto y a un breve comentario al mismo de C. FRESNEDO DE AGUIRRE / G. A. LORENZO IDIARTE, en el sitio http://asadip.wordpress.com (último acceso: 8 de marzo de 2010).

334 Allí HERBERT, el delegado uruguayo, había expresado que "el contrato internacional afecta intereses estatales". De allí que el artículo 4º de su proyecto estatuía: "Cualquiera sea la ley aplicable al contrato, sea por elección de las partes o por las soluciones subsidiarias previstas en la presente convención, debería en todo caso darse efecto a las disposiciones imperativas de los países cuyas economías sean directamente afectadas por el cumplimiento de las obligaciones contractuales, si tales disposiciones deben ser, en esos países, aplicadas, cualquiera sea la ley que rija el contrato". BOGGIANO se opuso a cualquier limitación que dejara sin sentido la autonomía. Finalmente, prevaleció esta posición (D. OPERTTI BADÁN, "El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano", en F. MESTRE / P. DE SEUME (eds.), *Los Principios de UNIDROIT: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?*, UNIDROIT, 1998, p. 45).

335 F. VISHER (nota 129), p. 126; también pp. 132 y ss.

336 E. JAYME (nota 139), pp. 150-151.

337 Señala BASEDOW que el principio de la autonomía de la voluntad debería ser ampliamente reconocido, y en su defecto nadie debería quejarse por aplicación de la *lex fori* (J. BASEDOW, "The Effects of Globalization on Private International Law", en J. BASEDOW / T. KONO (eds.), *Legal Aspects of Globalization, Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, The Hague y otras, Kluwer Law International, 2000, p. 8).

La autonomía se encuentra admitida por la Convención de México, de manera amplia, tanto para elegir como para modificar eventualmente el derecho aplicable[338], además de permitirse que se seleccionen distintos derechos que rijan parcialmente el acuerdo (*dépeçage*)[339], lo cual –resalta HERBERT– podría parecer una herejía en el esquema de los Tratados de Montevideo[340].

Pero la apertura autonomista va más allá, al punto de facultarse a que las partes elijan derechos "no nacionales", a la vez que se habilita al juzgador a recurrir al derecho transnacional, "*soft law*" o "*lex mercatoria*". En efecto, la Convención de México habla de "derecho aplicable" antes que de "ley aplicable", no solo por resultar una expresión más adecuada al español[341], sino fundamentalmente –según quienes han participado en su redacción– para dejar bien en claro que se comprenden en su regulación los usos internacionales, los principios de comercio internacional, la "*lex mercatoria*" y expresiones análogas[342].

El Convenio de Roma no había resuelto esta cuestión, y se decía a su respecto que la elección solo podía recaer en un derecho estatal, salvo la incorporación por remisión[343], a

338 Artículo 7.1. Ello, con la aclaración de que ello no afectará la validez del contrato ni los derechos que puedan haber adquirido terceros como consecuencia del mismo (Artículo 8). Resulta importante una previsión expresa en este sentido. Por ejemplo, en algún momento en Italia, 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". Sentencia de 1966, nº 1680, en el asunto: *Assael Nissim contra Crespi*, solución no aprobada en su momento por toda la doctrina italiana (Reporte M. GIULIANO / P. LAGARDE (nota 320), comentario al artículo 3). Esta solución ha quedado alterada con el Convenio de Roma, para el cual las partes, de común acuerdo, podrán cambiar el derecho aplicable al contrato cuando lo deseen.

339 El término francés *dépeçage* alude a la posiblidad de fraccionarse el contrato a fin de que le sea aplicable más de un derecho. Evidentemente, constituye un instrumento a disposición de las partes para una mejor regulación de sus intereses, si así lo estiman conveniente (R. SANTOS BELANDRO (nota 240), pp. 100-102). Aceptar el *dépeçage* implica incluso permitir que las partes eviten reglas imperativas que no afecten el interés público del Estado del eventual foro (F. VISHER (nota 131), p. 142).

340 R. HERBERT (nota 317), p. 91.

341 Así lo resalta J. L. SIQUEIROS, "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*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 222. Como es sabido, la palabra "derecho" no tiene equivalente en inglés más que a través del término "*law*".

342 R. SANTOS BELANDRO (nota 240), pp. 87-88. Ello a pesar de que, a este respecto, entiende KRONKE que la Convención de México hubiera incluido abiertamente en el artículo 7 la opción de elegir una ley no estatal, lo que hubiera sido más arriesgado y prudente al mismo tiempo. Más arriesgado, porque hubiera sido una expresión no ambigua de su status, tal como lo ha hecho la ley de arbitraje panameña de 1999. Y resultaría más prudente dejar que las partes hicieran tal elección antes que el tribunal, imponiendo la aplicación de los principios, bajo el artículo 9º, "out of the blue" (H. KRONKE (nota 80), p. 293).

343 Así se expresaba Paul LAGARDE y la doctrina que lo sigue (A-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de junio de 1980", en A. L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dirs.), P. Blanco-Morales Limones (coord.), *Contratos Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1997, p. 78; R. J. WEINTRAUB, "Lex Mercatoria and The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", en *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001, p. 153; A. BRIGGS, *The*

pesar de que una posición vanguardista opinaba lo contrario, en el viejo continente[344] e incluso en otras regiones[345]. Connotados juristas esperaban que Europa siguiera el modelo americano, al que veían con simpatía como alternativa para modernizar el Convenio de Roma[346]**.** Sin embargo, el nuevo Reglamento Roma I tampoco avanza en el sentido de la Convención de México, por lo que solo valdrá, en su caso, la incorporación por referencia[347], "al menos en procesos ante tribunales estatales", expresa HEISS[348]. Se produce nuevamente el absurdo aquí que con pactarse un medio de solución de controversias distinto, como el arbitraje, sí quede habilitada la aplicación del derecho transnacional[349].

La adhesión al dogma de la autonomía de la voluntad trae como consecuencia lógica –destaca HEUZÉ– la exclusión del método conflictual, pues se trata de descubrir, por via de interpretación, la voluntad exacta de los contratantes[350]. Consecuentemente, con el reconocimiento amplio de la autonomía, en vez de buscarse localizar el contrato en un derecho nacional determinado, debería apuntarse a proteger las "legítimas expectativas de las partes"[351], debiéndoseles permitir la elección o incorporación a sus vinculaciones de sistemas "no nacionales", como usos y costumbres internacionales, contratos estándares, reglas

*Conflict of Laws*, Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 159). Por su parte, según MAYER el hecho de que la Convención diga que la ley "rige" el contrato, implica que no puede elegirse un cuerpo de reglas que no sea estatal, y que en caso de que se elijan los UNIDROIT, por ejemplo, debe de todas maneras señalarse cuál es la ley estatal aplicable y en segundo momento ver qué lugar le da esta ley a los UNIDROIT (V. HEUZÉ / P. MAYER, *Droit International Privé,* Paris, Montchrestien, 2001, p. 477).

344 La nota al art. 1:101, 3, b) de los PECL, señala que el Convenio de Roma habilita a remitirse a la *lex mercatoria* y no al derecho estatal, con cita a BEALE, WOELKI, HARTKAMP y LANDÖ. La posición ha sido claramente expresada por HARTKAMP en el congreso para festejar los 75 años de UNIDROIT (*Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Foundation of UNIDROIT: "Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration" (Report*), en *Uniform Law Review*, 2002-3, p. 816 (www.unidroit.org).

345 Por ejemplo, F. K. JUENGER (nota 119), p. 1143.

346 H. KRONKE (nota *80),* p. 297; A. BONOMI (nota 57), p. 335.

347 B. AUDIT (nota 109), p. 687.

348 Quien también dice que las partes pueden elegir una aplicación de un derecho enteramente "neutral" (H. HEISS, "Party Autonomy", en F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, p. 2).

349 El punto 14 del "considerando" que precede al reglamento actual, anuncia que si la Unión Europea adopta en un instrumento jurídico reglas sustantivas de derecho contractual, se puede prever allí la aplicación de dichas reglas. Esta redacción es vaga y superflua, no obstante lo cual tiene una importancia política destacada, con miras a legitimar un eventual Marco Común de Referencia como instrumento opcional para las partes en sus vinculaciones contractuales (H. HEISS (nota 348), pp. 12-13).

350 V. HEUZE, La réglementation française des contrats internationaux, Étude critique des méthodes, Lille, GLN Éditions, 1990, p. 14.

351 E. JAYME (nota 139), p. 204, quien a su vez cita a LAGARDE. De hecho, la justificación de la materia de Derecho internacional privado (*conflict of laws*), se lee en DICEY y MORRIS, debería ser la protección de las legítimas expectativas de las partes (A. DICEY / J. MORRIS, *On The Conflict of Laws*, Eleventh Edition under the general editorship of Lawrence Collins, Vol. 1, Steven & Sons Limited, 1987, p. 5).

uniformes establecidas por instituciones privadas, *Restatements* como los Principios de Derecho Contractual de UNIDROIT o Principios Europeos de la materia[352].

La apertura de la Convención de México es, sin embargo, sensata, y no llega al extremo de admitir el "contrato sin ley", como desacertadamente se opinó de manera aislada[353]. Ella prevé tanto el resguardo de normas imperativas o de aplicación inmediata del derecho del foro, como la posibilidad de tomar en consideración disposiciones imperativas atendibles de otras jurisdicciones y de invocar el orden público internacional cuando la aplicación del derecho extranjero lleve a su violación[354].

Como es sabido, 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 sistemas jurídicos entre sí en la cuestión[355]. En definitiva, los distintos términos empleados (orden público, orden público internacional, leyes

352 HERNANDEZ-BRETÓN señala que se ha generado un debate a este respecto, pero concluye que resultaría incoherente, contradictorio e inexplicable que en ausencia de selección del derecho por los contratantes resultaren aplicables normas "anacionales" como normas jurídicas, mientras que tal posibilidad se niega en el caso de que expresamente las partes quisieran aplicarlas como tales a sus contratos internacionales (E. HERNÁNDEZ-BRETÓN (nota 329), p. 177).

353 Así, ha dicho PEREZNIETO CASTRO que la plena autonomía consagrada por la Convención de México deja implícita la admisión del contrato sin ley (L. PEREZNIETO CASTRO, *Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie H: Estudios de Derecho Internacional Público, nº 27, Universidad Nacional Autónoma de México, México, DF, 1998, pp. 211-212).

354 El orden público consta de dos aspectos: uno, positivo, que está dado por las normas directas imperativas con que cuenta cada sistema jurídico, entendidas como aquellas que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes; el otro aspecto, negativo, constituye el correctivo a normas indirectas o de conflicto, en tanto ellas no podrán determinar la aplicación de otro derecho que viole los valores esenciales de la sociedad del foro en el cual se juzga la cuestión (J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Segunda Edición, Madrid, Editorial Civitas Ediciones, S.L., 2001, p. 227).

355 H. VAN HOUTTE, "From a National to a European Public Policy", en *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002, p. 841). Recientemente, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), publicados en el año 2000, señalan que una regla es imperativa (*mandatory rule*), cuando las partes no pueden desviarse de ella en sus contratos. Y no imperativa, cuando sí pueden hacerlo (artículo 1:103). Se destaca que la distinción es bien conocida en el *civil law*, si bien la terminología varía. En derecho francés son llamadas *lois de police* o *regles d´ordre public* o –dependiendo de sus efectos–, *régles de droit impératives*; las reglas no imperativas son llamadas *regles de droit supplétives*. En Italia, la disposición supletoria se denomina *norme dispositive*, en tanto que la imperativa, *norme imperative*. En España el Código Civil utiliza las expresiones normas cogentes y normas dispositivas. La distinción era desconocida en Inglaterra, hasta su introducción en la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 y el *Sale of Goods Act* de 1979. En el Derecho internacional privado tiene virtualidad, además, otra expresión: orden público internacional. Hacia 1898, KAHN propuso distinguir el orden público, en alusión al Derecho internacional, de las reglas imperativas, atinentes al derecho interno. Conforme a esta nomenclatura, las normas imperativas del foro se aplican directamente dentro de su territorio, en tanto que el orden público internacional hace que no tenga virtualidad el derecho foráneo que hubiera correspondido según las reglas de conflicto del juzgador, porque viola reglas o intereses fundamentales. Ello tuvo con el tiempo amplia aceptación jurisprudencial (ver S. L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, "El orden público internacional: una mirada desde el Derecho internacional privado contemporáneo", en *Derecho privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001, p. 112).

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.

Esta protección se encuentra prevista en la Convención de México que, sin caer en el laberinto terminológico, distingue entre tres hipótesis: el resguardo de disposiciones imperativas o de aplicación inmediata del derecho del foro; la posibilidad de tomar en consideración disposiciones imperativas atendibles de otras jurisdicciones; y la alternativa de que pueda invocarse el orden público internacional cuando la aplicación del derecho extranjero lleve a su violación[356].

Cabe resaltar que, a diferencia de su fuente europea[357], la Convención de México no contiene una regulación expresa sobre la protección a consumidores y empleados. Este resguardo queda comprendido dentro de la prevalencia que da el instrumento interamericano a las disposiciones imperativas del foro, según la interpretación prevaleciente. Algunos han criticado la omisión[358]; sin embargo, debe considerarse acertado que no se haya seguido el modelo europeo, cuya solución resulta insatisfactoria y ha merecido, en particular, sugerencias para que en estos temas se cuente con una regulación específica[359], tal cual debería ocurrir también, eventualmente, en el continente americano, a partir de los trabajos que viene encarado la CIDIP VII en materia de protección al consumidor[360].

356 Artículos 11 y 18.

357 Los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma permiten expandir pero no reducir la protección disponible a los consumidores y empleados (ver S. C. SYMEONIDES (nota 123), p. 138).

358 Dicen OPERTTI BADÁN y FRESNEDO DE AGUIRRE que si bien por interpretación de los artículos 6 y 12 de la Convención de México puede concluirse que estos contratos están excluidos, hubiera sido deseable que esto hubiera estado expreso (C. FRESNEDO DE AGUIRRE / D. OPERTTI BADÁN (nota 239), p. 59).

359 Por ejemplo, en Europa una de las soluciones sugeridas consiste en introducir una cláusula general que garantice la aplicación de una norma mínima de protección comunitaria cuando todos o algunos elementos especialmente significativos del contrato se localicen en la Comunidad. Esta solución permitiría remediar la falta de protección actual del "consumidor móvil", es decir, la persona que se desplaza a otro país distinto del de su residencia habitual para efectuar una compra o recurrir a un servicio (ver http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l33109.htm).

360 El problema aquí, como bien lo señala LIMA MARQUES, es que el juez considera la norma material de protección del consumidor (informaciones, derecho de arrepentimiento, garantías y plazos mayores) como de aplicación inmediata (*lois de pólice*, en la teoría francesa), aplicándola mismo extraterritorialmente para proteger a su consumidor nacional o con domicilio en el país (consumidor pasivo, que no salió de su país y adquirió, por ejemplo, por medio del comercio electrónico un producto o servicio). Si el consumidor es el autor de la acción en el país de su residencia habitual o domicilio, la tendencia es que el magistrado use su ley nacional (l*ex fori*) para solucionar toda la controversia, inclusive en caso de consumidor turista y de consumidor pasivo, que compra por medio de internet en otro país (C. LIMA MARQUES, "Las Teorías que se Encuentran Detrás de la Propuesta Brasileña a la CIDIP VII", en D. Fernández Arroyo / J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *Protección al Consumidor en América – los Trabajos de la CIDIP (OEA)*, Asunción, Editorial La Ley Paraguaya, 2007, p. 163).

### C) Flexibilidad en ausencia de voluntad de las partes

Hay veces en que las partes no quieren negociar sobre el derecho aplicable, para no generar desconfianza o para no debatir con otro contratante que se encuentra en condiciones de superioridad. Como lo señala BLESSING, la omisión de elegir expresamente el derecho puede ocurrir por varios motivos, como por ejemplo, el olvido; o porque las partes no consideraron necesaria la elección; o porque se ha debatido el punto, pero no se llegó a un acuerdo; o porque se ha evitado intencionalmente discutir la cuestión, ya sea porque se sabía que sería difícil llegar a un acuerdo o ya sea por el miedo de que tratar este tema impediría la conclusión del contrato. En algún momento el tribunal debería preguntarse: si las partes tuvieran que convenir a qué derecho sujetarse, ¿cuál hubieran elegido? En la mayoría de los casos la conclusión debería ser –según BLESSING– que ninguna quería someterse al derecho de la otra. Esto es lo que se conoce como "*implied negative choice*"[361].

Ahora bien, 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"[362], 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, foro, etcétera[363]. Este tema de selección del derecho aplicable también resultó objeto de amplio debate en las discusiones previas a la convención. Se ha preferido finalmente que la elección tácita resulte "evidente", en vez de recurrirse a palabras como "notoria" o "inequívoca"[364]. Ello en el entendimiento de que así quedará más claro que se apunta a que la elección la deben hacer las partes, "expresa" o "evidentemente", y no un tercero (el juzgador), en su lugar[365].

361 M. BLESSING (nota 147), pp. 4-5.

362 Artículo 7º.

363 Esta solución la califica SANTOS BELANDRO de acumulativa, al deberse considerar los distintos puntos de contacto (R. SANTOS BELANDRO (nota 240), p. 79).

364 Los proyectos de SIQUEIROS y el presentado en Tucson (ambos sirvieron de base para la elaboración del texto final de la convención) requerían que el acuerdo se desprendiera de manera inequívoca, y el cambio de dicha palabra por "evidente" debe tenderse como una atemperación de la exigencia en la CIDIP V (M. B. NOODT TAQUELA, "Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", en El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del sigo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado, Madrid, EUROLEX S.L., 1997, p 96). Por otro lado, este instrumento prevé expresamente que la elección por las partes del tribunal competente no importa necesariamente la del derecho aplicable (Artículo 7.2). Canadá propuso agregar lo de "necesariamente" con lo que –resalta NOODT TAQUELA– se llega a una fórmula ideal, porque cabe tomar esta circunstancia como un elemento más de juicio que permita establecer la verdadera voluntad de las partes (M. B. NOODT TAQUELA , obra citada, p. 99).

365 HERBERT, citado por N. DE ARAÚJO (nota 232), p. 181. En el Convenio de Roma que sirvió de fuente al instrumento interamericano, la elección debía ser expresa o "resultar de una manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias". En el comentario oficial de GIULIANO y LAGARDE se enfatiza que esta

En defecto de elección o en supuestos de ineficacia de esta selección, la Convención de México prevé que el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los "vínculos más estrechos", con lo que se adopta la fórmula flexible de "conexión más cercana o significativa" y se descartan otras nociones controvertidas. Se ha señalado la bondad de esta solución, especialmente para situaciones en que las partes no tuvieron buen asesoramiento jurídico o estaban equivocadas con respecto al alcance del derecho elegido, con lo que queda favorecida la búsqueda del derecho que mejor se adecua a los objetivos de los contratantes. E incluso, la disposición puede funcionar en muchos casos como regla de validación para situaciones en que la elección del derecho derivaría en la ineficacia del contrato, en tanto que difícilmente las partes pudieron haber pretendido que el acuerdo no tuviera validez.

Para determinar la vinculación más estrecha, deben evaluarse todas las circunstancias posibles, como las territoriales relativas a la celebración, ejecución, domicilio o establecimiento, cláusula de resolución de conflicto, moneda, tratativas previas y otras. Tales son los elementos objetivos, a ser considerados conjuntamente con los subjetivos[366], que surgen de las diversas cláusulas y circunstancias, anteriores, concomitantes y posteriores al contrato, para llegar así a lo que se ha encapsulado en la abarcativa fórmula de "legítimas expectativas de las partes"[367].

La Convención de México desecha establecer pautas para determinar una "prestación característica" que lleve al derecho aplicable, conforme lo hacía entonces su fuente europea. Como es sabido, esta fórmula, cuya paternidad se atribuye al suizo SCHNITZER, busca identificar la prestación que tipifica el contrato, es decir, permite darle su denominación, carácter e identidad, con el fin de distinguirlo de otros. Así, por citar ejemplos, en la compraventa, la obligación del vendedor es la entrega de la cosa; en la locación, la obligación del arrendador constituye el mantenimiento en el uso y goce de la cosa locada (el pago del precio no es normalmente la prestación característica, pues resulta común a muchos contratos de diversos tipos). Una vez identificada la prestación característica, quedan como alternativas considerar localizado el contrato en el lugar donde físicamente se la cumple; o en el domicilio, la residencia habitual o el establecimiento de la parte deudora de dicha prestación.

voluntad tácita debe resultar cierta. Por ejemplo, cuando se haya elegido un contrato-tipo regido por un sistema jurídico particular; o cuando exista un contrato anterior donde hubo elección de derecho; o cuando se haga referencia a normas o leyes de un país determinado; o cuando un contrato forme parte de una serie de operaciones y se haya seleccionado un derecho para el acuerdo base sobre el que reposan los demás (Reporte M. GIULIANO / P. LAGARDE (nota 320), comentario al artículo 3).

366 Artículo 9, 2º párrafo.

367 Ver R. SANTOS BELANDRO (nota 240), pp. 128-133.

El concepto de "prestación característica" ha sido calificado por JUENGER de "Nudo Gordiano"[368], por volverse sumamente dudoso en permutas, contratos de distribución y en general en vinculaciones complejas, como lo son normalmente las de la contratación internacional. Peor aún, el concepto confiere un privilegio caprichoso a favor de la aplicación del derecho de quienes tienen un dominio para la provisión de bienes y servicios en transacciones internacionales[369].

A dicha posición se contrapone la de OPERTTI y FRESNEDO DE AGUIRRE, quienes opinan que en este tema la Convención de México carece de previsibilidad y certeza. La firme negativa de la delegación norteamericana –integrada por JUENGER– para permitir la referencia al lugar donde se debía cumplir la prestación característica es reveladora de que hay un interés en que no se aplique el derecho del lugar del cumplimiento, con lo cual parecería que en el fondo la certeza no era tan importante como se alegaba. Concluyen OPERTTI y FRESNEDO DE AGUIRRE que se prefirió adoptar una fórmula de resultado difícilmente previsible antes que aprobarse la más mínima referencia al lugar de cumplimiento o a la "prestación característica", que podría haber servido aunque sea como principio[370]. Dentro de la misma línea, en las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional privado, llevadas a cabo en 1994, se optó por no recomendar que la convención fuera adoptada en aquel país, y esta disposición ampliamente discrecional relativa a la "conexión" fue una de las razones principales[371].

Sin embargo, en las objeciones se soslaya que el Convenio de Roma (cuya solución en este tema aplauden los críticos del instrumento interamericano) brinda de todos modos un criterio de apreciación amplio, que neutraliza, podría decirse, las pautas que le anteceden[372]. Por lo demás, una de las principales críticas formuladas a dicho convenio consiste, precisa y paradójicamente, en la vaguedad de la prestación característica allí referida. Se infiere del reporte oficial de GIULIANO y LAGARDE que ella es en general "no pecuniaria", pero este criterio no resulta concluyente. Y el texto no provee otra guía, por cuya consecuencia los tribunales

368 En alusión a la leyenda griega del nudo "imposible de desatar" con que el campesino Gordias llevaba atados sus bueyes. Se cumplió luego el augurio de que quien desatara dicho nudo conquistaría Oriente (Alejandro Magno, quien en vez de desatarlo, lo cortó con su espada como acto equivalente).

369 F. K. JUENGER, "The UNIDROIT Principles of Comercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law", en *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 229, pp. 206-207.

370 C. FRESNEDO DE AGUIRRE / D. OPERTTI BADÁN (nota 239), pp. 56-57 y p. 36.

371 Ver referencia en M. B. NOODT TAQUELA (nota 364), p. 107.

372 Ello en su artículo 4.5.

nacionales cuentan con una gran discreción en perjuicio de la predecibilidad, por lo que tienden a rebatir la presunción o simplemente ignorarla[373].

De allí que autoridades de peso –como BONOMI– opinaran en su momento que el Convenio de Roma debía ser modificado en el futuro para adoptarse en su lugar la fórmula de la "conexión más cercana", seguida precisamente por la Convención de México[374]. Así se expresó también en el llamado "Libro Verde", publicado en 2003 por la Comisión de la Unión Europea[375], que contenía propuestas de modificaciones –entre otras– sobre este tema[376]. Sin embargo, la reforma europea ha desilusionado a muchos, puesto que las modificaciones resultaron modestas, en algunos casos clarificando problemas antes sometidos a disputa[377], pero estancándose –está visto– en lo que respecta a la autonomía de la voluntad y la elección

373 BONOMI cita como ejemplo la decisión de la *Corte di cassazione italiana* (nº 58 de 2000). En una disputa sobre la ejecución de una venta, que envolvía no solo la entrega de máquinas sino también su montaje, la Corte italiana ignoró por completo la presunción, que probablemente hubiera llevado a la aplicación de la ley del asiento del vendedor alemán, y aplicó la ley italiana, en base al principio de la conexión más cercana (ver A. BONOMI (nota 57), p. 338). La presunción del artículo 4 tiene dos interpretaciones: Una considera que no debe ser tenida como regla, sino como simple guía no vinculante para los tribunales. Como consecuencia, la presunción puede ser rebatida, cuando las circunstancias del caso revelan que el contrato tiene conexión más cercana con un país diferente. Por ello, la cláusula de escape del artículo 4(5) tiene un rol central en determinar el derecho aplicable. Ese enfoque fue seguido por decisiones inglesas y francesas (*Bank of Baroda v. Vysya Bank* (1994); *Definitely Maybe (touring) Ltd. V. Marek Lieberg Konzertagentur GMBH (2001); Caledonian Subsea Ltd. V. Micoperi Srl* (2001) *Cour d´appel Versailles* (1991), etcétera). El otro criterio constituye adoptar una interpretación más rígida, en el sentido de que la cláusula de escape solo puede ser utilizada en situaciones excepcionales, como lo estableció la Corte Suprema de Holanda en 1992 (*Nouvelles des Papeteries v. BV Machinenfabriek*), cuando el país de la residencia habitual de la parte que cumple la prestación carácteristica no tiene valor real como factor de conexión. BONOMI se inclina por esto último invocando razones de predecibilidad. Opina que el criterio debería ser que exista un signficativo factor de conexión, permitiendo la búsqueda de la conexión más cercana solo bajo circunstancias excepcionales. La residencia de la parte que presta la prestación carácterística –señala BONOMI– demostró ser un buen criterio. Por un lado, conduce a la aplicación del derecho que es usualmente conocido para al menos una de las partes y no "sorprende" a la otra. De otro lado, favorece al exportador de bienes y servicios, es decir, a la parte que está más activa y cuyo cumplimiento resulta más complejo y envuelve riesgos más grandes (A. BONOMI (nota 57), p. 340).

374 Cuyas características están también presentes en la noción americana de "*most significant relationship*" de la sección 188 del segundo *Restatement* de *Conflict of Laws.* BONOMI opina que no debe construirse el instrumento futuro sobre la noción de la prestación característica, desconocida en muchos sistemas no europeos y desechada por la Convención de México (A. BONOMI (nota 57), pp. 340, 341).

375 Ver **"***Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario así como sobre su modernización"* **(**COM (2002) 654 final), accesible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0654en01.pdf (último acceso: 8 de marzo de 2010).

376 Se expresa allí: "Con el fin de precisar el texto en este sentido, sería posible revisar la redacción del artículo 4. Una posibilidad sería la supresión pura y simple del apartado 1, para subrayar el carácter excepcional del apartado 5. Otra solución consistiría en modificar el mismo apartado 5. Asimismo, el futuro instrumento Roma I podría inspirarse en el anteproyecto de propuesta de Reglamento del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (proyecto «Roma II») cuya «cláusula de excepción» del apartado 3 del artículo 3 introduce dos condiciones nuevas con relación al Convenio de Roma: se exige que, por una parte, el delito tenga vínculos «substancialmente» más estrechos con otra ley y, por otra, que «no existe un vínculo significativo entre este delito y el país cuya ley sería aplicable en virtud de los apartados 1 y 2»".

377 Ver G. A. BERMAN, "Rome I: A Comparative View", en F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, p. 50.

de un derecho transnacional. En lo que nos ocupa ahora, nuevamente no sigue el criterio de la fórmula flexible de la Convención de México, sino detalla en reglas más bien rígidas qué derecho se aplica en distintos supuestos[378], en complicadas soluciones que han merecido calificativos como "laberinto" o "jungla"[379] y, en materia de seguros hasta "infierno" en cuanto a su regulación[380].

Esto supuestamente se hizo en aras de la predecibilidad. Pero como bien lo destaca BERMAN, un observador del otro lado del océano queda pasmado ("*is struck*") por las continuas referencias que se hacen a lo largo del "considerando" que procede a la regulación de Roma I, para resolver cuestiones de interpretación. Esta frecuencia sugiere que puede haber menos certeza y predecibilidad rodeando este instrumento europeo que lo pretendido en su gestación. Las apreciaciones en el "considerando" terminan pareciéndose de manera alarmante ("*seem disturbingly similar*") a los "*comments*" y "*reporters´s notes*" que pululan en *Restatements* norteamericanos, que a diferencia de una regulación como la de Roma I no pretenden sino tener más que un valor persuasivo[381].

Con las reglas formuladas en detalle, disminuye la importancia de fórmulas amplias o flexibles[382]. Como lo destaca MORRIS, el Estado solo excepcionalmente tiene interés en áreas como la de las transacciones comerciales ("*ephemeral commercial transactions*"), frecuentmente encaradas sin o con poca formalidad, con lo que deviene poco probable que una regla mecánica apropiada para un tipo de contrato lo sea para otro, razón por la que la regulación contractual debe caracterizarse por su flexiblidad. La regla flexible en el derecho inglés hasta 1991 (año que entró en vigencia en Inglaterra el Convenio de Roma) era "*proper law of the contract*"[383], cuya idea se acerca a la de conexión más cercana antes que a la búsqueda de una prestación característica[384].

Cuando se adoptó la regulación europea en Inglaterra, escribió MANN que con ello se estaba reemplazando uno de los logros más significativos de más de ciento cuarenta años de la

378 U. MAGNUS, "Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice", en F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, p. 29.

379 G. BERMAN (nota 7), p. 358.

380 U. P. GRUBER, "Insurance Contracts", en F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, pp. 110-111.

381 G. BERMAN (nota 7), p. 357.

382 J.H.C. MORRIS, *The Conflict of Laws*, Seventh Edition, David McClean and Kisch Beevers, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2009, p. 369.

383 J.H.C. MORRIS (nota 382), p. 352.

384 C.G.J. MORSE, "England", en C.G.J. MORSE / M. RUBINO-SAMMARTANO (eds.), *Public Policy in Transnational Relationships*, Boston / Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, p. 71.

judicatura inglesa, un logro que había producido un efectivo Derecho internacional privado de los contratos, era reconocido y seguido en prácticamente todo el mundo y no había generado en momento ni lugar alguno insatisfacción o demanda de reforma[385]. La solución inglesa se alineaba con el *Restatement* (Segundo) de "*Conflict of Laws*" de 1971 (Secciones 145, 188) en los Estados Unidos y el test de la conexión más cercana o "*most significant relationship*"[386], en sintonía a su vez con la Convención de México, que puede considerarse, pues, definitivamente un avance frente a la solución comunitaria europea de la prestación característica que, como bien se ha expresado, "presenta patologías incorregibles"[387].

Por lo demás, como podrá apreciarse enseguida, dentro del esquema de la Convención de México, en defecto de elección, también el juzgador puede declarar aplicable un derecho sustantivo o material que no sea necesariamente "nacional". Obviamente, tanto en este supuesto como en los anteriores, el límite estará marcado siempre por las disposiciones imperativas del foro, de terceros Estados o de orden público internacional, que en su caso resulten aplicables.

### D) Universalismo en la Convención de México

El instrumento interamericano va más allá de la "conexión más estrecha". También prevé que se tomarán en cuenta "los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales"[388]. Estos pueden operar como complemento de un derecho nacional determinado, maléandolo en atención al carácter internacional de la transacción, o –incluso– como derecho aplicable mismo. A este respecto, como bien lo ha expresado JUENGER, tribunales adecuadamente preparados y árbitros, probablemente preferirán aplicar principios elaborados por prestigiosos expertos internacionales antes que reglas autóctonas. Las partes no tienen razón para quejarse si la falta de decisión en cuanto al derecho que las rige lleva a la elección por el juzgador de uno de superior calidad, que mejor

385 En C.G.J. MORSE (nota 384), p. 354.

386 Prevaleciente en la mayoría de los Estados (ver W. COLLINS PERDUE / A. T. VON MEHREN / S. C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws: American, Comparative, International, Cases and Materials, American Casebook Series*, St. Paul, West Group, 1998, p. 139).

387 E. HERNÁNDEZ-BRETÓN (nota 329), p. 178.

388 Artículo 9º, segundo párrafo.

se acomode con la justicia material o substancial y con las exigencias del comercio internacional[389].

Esta solución de la Convención de México resulta fruto de un compromiso entre sus negociadores, ante la postura de la delegación americana para que se aplicaran directamente los Principios de Derecho Contractual de UNIDROIT en ausencia de una decisión válida de derecho aplicable[390]. Para JUENGER queda en claro que la alusión a "principios generales" de la Convención de México nos conduce claramente a UNIDROIT[391]. SIQUEIROS resalta la relevancia de la opinión de JUENGER a favor de la aplicación de los Principios de UNIDROIT, porque su delegación fue quien propuso la fórmula de compromiso[392]. Sin embargo, la amplitud del texto finalmente resultante puede considerarse acertada, puesto que hay varias otras expresiones –o fuentes– del derecho transnacional o *lex mercatoria*, según se ha insistido en diversos pasajes de esta contribución.

La Convención de México señala, además, que tendrán aplicación, cuando corresponda, "las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias

389 Al respecto, refiere JUENGER que esto –uno espera– terminará de una vez por todas las estériles discusiones académicas de si y cómo estos principios pueden ser reconciliados con el sistema clásico multilateral de *choice of law* (no pueden serlo) (F. K. JUENGER (nota 369), pp. 206-206).

390 El uruguayo SANTOS BELANDRO destaca que se ha insistido en el seno de la conferencia que la alusión no sea hecha solo a organismos internacionales de origen interestatal, sino la amplia gama de organismos que utiliza la sociedad internacional, como la Cámara de Comercio Internacional, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, y varias otras (R. SANTOS BELANDRO (nota 240), p. 93).

391 Ver F. K. JUENGER (nota 119), p. 1148. Debe considerarse –como se ha señalado– que los Principios de UNIDROIT tienen el potencial de constituir un poderoso instrumento de armonización espontánea del derecho de los contratos internacionales y de aproximación así entre distintos sistemas como el de derecho civil y el *common law.* La utilización de normas especialmente concebidas para relaciones comerciales internacionales evita la rigidez de la "localización" de contratos internacionales en el seno de un ordenamiento nacional con la consiguiente imprevisiblidad y arbitrariedad (L. DA GAMA E SOUZA JR., "Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais e sua Aplicação nos Países do MERCOSUL", en *Contratos Internacionais*, 3ª Edición, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 430).

392 J. L. SIQUEIROS (nota 341), p. 223. En Europa también opina que la norma conduce a los Principios de UNIDROIT, por ejemplo, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Las Relaciones entre España e Iberoamérica y la Codificación Internacional del Derecho Internacional Privado", en *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el Umbral del Siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado*, Segovia, 1995, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado, Eurolex SL, Madrid, 1997, p. 282. La Convención de México y los Principios de UNIDROIT tienen diferente objetivo y propósito. No conflictúan sino se complementan y ayudan a fortalecer "principios del derecho comercial de los contratos" (J. TRAMHEL, "UNIDROIT & OAS: Supplementary Initiatives for the Furtherance of International Contract Law", en F. MESTRE / P. DE SEUME (eds.), *Los Principios de UNIDROIT: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?*, UNIDROIT, 1998, p. 316). Opina VEYTIA que recurrir a principios reconocidos de derecho debe ser el último recurso. Ello no solo ante la imposibilidad de establecer norma idónea del derecho aplicable, sino también ante el desproporcionado esfuerzo o costo para su investigación (H. VEYTIA, "La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los *Contratos Internacionales", JURÍDICA, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, nº 25, México DF, Pereznieto Editores, 1995-II,* p. 390. SANTOS BELANDRO opina, del examen del artículo 9, que no parece posible pensar en aplicación exclusiva de *lex mercatoria* (R. SANTOS BELANDRO (nota 240), p. 93). En definitiva, ello quedará a discreción del juzgador, conforme a las circunstancias del caso.

impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto"[393]. En esto último se sigue la línea del artículo 9º de la Convención Interamericana sobre Normas de Derecho Internacional Privado de 1979 que, según se ha visto, también contemplaba criterios de flexibilización.

Algunos interpretan que aquí el rol del derecho transnacional sería meramente supletorio, en la medida en que sea necesario para aportar soluciones equitativas al caso concreto, según lo dispone la norma[394]. Pero debe tenerse presente que en otra parte, la convención dispone que, para interpretarla y aplicarla, "se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación"[395]. Ello da al derecho transnacional un valor mucho mayor que el meramente supletorio.

El acierto de la Convención de México en su apertura universalista es innegable. En un excelente trabajo, RUIZ ABOU-NYGM refiere diversos casos en que resulta altamente inapropiado remitirse a derechos "nacionales", como el de una transacción tan internacional que no puede verse como influenciada exclusivamente por un sistema jurídico en particular, o cuando las partes expresa o implícitamente buscaron que su contrato sea gobernado por reglas jurídicas neutras, no perteneciendo a un específico derecho nacional. También, hay casos en que se debería evitar la aplicación de un derecho estatal, como cuando una de las partes es un Estado soberano o una entidad estatal. En otros, la elección de las partes resulta equivalente a la ausencia de elección de un derecho nacional, como en el caso en que se designó la legislación

393 La alusión indirecta a los Principios del artículo 9 se complementa con el artículo 10, cuya redacción fuera sugerida por el Profesor Gonzalo PARRA ARANGUREN, presidente de la delegación de Venezuela (J. L. SIQUEIROS (nota 341), pp. 223-224).

394 R. SANTOS BELANDRO (nota 240), p. 94. Más allá del continente, así también lo destacó MANIRUZZAMAN (A. F.M. MANIRUZZAMAN, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration", *14 Am. U. Int´l L. Rev. 657*, p. 11). SANTOS BELANDRO hace notar que la delegación norteamericana aparentemente buscaba con esta norma sentar un criterio de interpretación del contenido contractual. Para el efecto el artículo 10 debió haberse incluido en el Capítulo Quinto, destinado al ámbito del derecho aplicable y su interpretación. El traslado efectuado al Capítulo Segundo, consagrado a la "determinación del derecho aplicable", "lo convierte en un artículo reiterativo de lo dispuesto en el artículo anterior y algo fuera de contexto debido a que su sentido original era la intepretación del contenido del contrato y no la determinación formal o indicativa del derecho que lo regulará" (R. SANTOS BELANDRO (nota 240), p. 94). OPERTTI y FRESNEDO DE AGUIRRE entienden que ilumina el punto el artículo 3º, cuando ordena la aplicación de sus normas a las "nuevas modalidades de contratación" que surjan en el desarrollo del comercio internacional. Ello supone una toma de posición, en tanto no deja la cuestión en manos de la *lex mercatoria* como lo ha sugerido un sector de la doctrina internacional (C. FRESNEDO DE AGUIRRE / D. OPERTTI BADÁN (nota 239), p. 32). Opina en otra parte SANTOS BELANDRO que el artículo 17 establece: "Para los efectos de esta Convención se entenderá por ´derecho´ el vigente en un Estado con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes"; aparentemente, ello implicaría que uno solo pueda elegir un derecho estatal, aunque nada impediría a que las partes se refieran a usos y costumbres internacionales o a otro tipo de normativa desarrollada en el ámbito mercantil (R. SANTOS BELANDRO (nota 240), p. 92).

395 Artículo 4º. También se tendrá en cuenta la *lex mercatoria* o derecho supranacional "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" (artículo 15).

tanto de Alemania como Rusia. Otras veces, es imposible determinar dentro del derecho nacional supuestamente aplicable una solución específica al caso. También hay precedentes en que los árbitros aplicaron el derecho transnacional o *lex mercatoria*, o para llenar el vacío, o para interpretar el derecho nacional, o para reemplazar el derecho nacional elegido por las partes en base a la teoría del orden público internacional[396].

Por otra parte, si bien es cierto que los sujetos pueden someter sus vinculaciones contractuales a una regulación detallada, conforme a su autonomía privada, al hacerlo se encuentran con enormes dificultades de barreras del lenguaje y de ausencia de una terminología jurídica uniforme a nivel internacional. Incluso la elección de un derecho doméstico no es solución satisfactoria. A veces, ello ocurre debido a razones de prestigio o imperativo político, en que una parte no quiere someterse a la normativa de un país extranjero aún consciente de las limitaciones de su propia legislación. El problema es mayor aún cuando no se conoce bien la legislación extranjera o no se la desea por completo[397].

### E) Evaluación del texto convencional interamericano

La Convención de México abre las puertas para una modernización del régimen de la contratación internacional en las Américas. La misma ha sido aplaudida en círculos mundiales y regionales; sin embargo, a más de tres lustros de su concreción, solo la han ratificado dos países.

Esto resulta injustificable. En general, los regímenes de Derecho internacional privado contractual del continente son no sólo anacrónicos –mayormente con soluciones del siglo XIX, hoy inaceptables– sino también caóticos, debido a diferencias irreconciliables entre las normas respectivas de los distintos sistemas nacionales y de vetustos e inconsistentes tratados. La Convención de México soluciona estos inconvenientes. Reconoce la autonomía de la voluntad, o facultad de las partes para seleccionar el derecho aplicable, lo que permite evitar problemas indeseados de "conflicto de leyes". Desde luego que ello puede llevar a abusos contra partes débiles de la contratación, y este ha sido históricamente el argumento en Latinoamérica a favor del rechazo, aduciéndose la fragilidad de las economías de sus países en comparación con las de los vecinos del norte.

396 V. RUÍZ ABOU-NIGM (nota 28), pp. 109-110.

397 M. J. BONELL (nota 114), p. 2.

Pero aquí nuevamente la Convención de México contiene soluciones plausibles, al prever el respeto a disposiciones imperativas o de orden público, que normalmente protegen cuestiones sensibles en economías locales o resguardan a partes débiles en la contratación.

Las técnicas tradicionales del Derecho internacional privado han sido criticadas durante varios años. Una forma efectiva de evitar el "laberinto conflictual" constituye –se ha dicho- la autonomía de la voluntad. Y otra, también altamente eficaz, es la de recurrir a soluciones substantivas o materiales, es decir, no a un mecanismo de conflicto de leyes que lleve a la aplicación de un derecho nacional, sino directamente a un derecho de fondo, transnacional, adecuado a las necesidades del comercio exterior. Pues bien, la Convención de México prevé la posibilidad de que puedan ser aplicadas estas reglas de origen no estatal, como principios, usos y costumbres internacionales, adecuándose así a la realidad de la práctica de la contratación transfronteriza y a lo que, de hecho, ya se ha venido reconociendo desde hace mucho tiempo a través de arbitrajes internacionales.

De lo expuesto, caen de maduro los pasos futuros deseables. La Convención de México debe ser ratificada por el mayor número posible de países destinatarios, a cuyo efecto se impone una marcada mayor difusión y capacitación acerca de su contenido, a fin de que ella sea conocida y comprendida adecuadamente por los referentes que deberían estar promoviendo su adopción en el continente. Pero no basta con ratificar el instrumento; al mismo tiempo debería adoptarse, también, un sistema de seguimiento que asegure uniformidad en su interpretación y aplicación, tal cual lo ha hecho UNCITRAL, por ejemplo, con su sistema "CLOUT", o UNIDROIT con "UNILEX".

La ratificación extendida de la Convención de México, su adecuada difusión y comprensión, así como la adopción de mecanismos que permitan apuntar a una intepretación uniforme de la misma, contribuirán a una notoria mejoría del régimen jurídico de la contratación internacional en el continente, a partir de la adopción de un documento inspirado en una fuente europea, pero con el acierto –y en algunos casos, está visto, la valentía– de haberse dado importantes pasos adelante para mejorarla.

La adopción de este instrumento puede resultar particularmente útil para el MERCOSUR, que es el bloque de integración más importante hoy día en Latinoamérica. Está visto que, en cuanto se admite en el MERCOSUR, de manera amplia, que las partes elijan al

juez o árbitro, no ocurre lo propio con la selección del derecho aplicable[398]. El bloque no ha dictado reglas a este respecto, y en al menos dos de los países (Brasil y Uruguay) parece rechazarse la autonomía de la voluntad, o al menos el panorama se encuentra confuso allí (así como en Paraguay) en lo que atañe a la admisión o no del principio. Puede decirse, entonces, que no está cumplido el Tratado de Asunción, que en su Art. 1º establece como uno de sus objetivos la armonización en esta área.

Quedan como alternativas: modificar las legislaciones conflictuales internas de los países –a través de los diversos mecanismos detallados por HERNÁNDEZ-BRETÓN, referidos más arriba–, o ratificar la Convención de México[399]; o elaborar un instrumento propio análogo para el MERCOSUR, adaptando este instrumento[400]. También han avanzado propuestas que, más allá de la alternativa conflictual, apuntan a homogeneizar el derecho contractual de fondo dentro del bloque[401], a cuyo efecto la experiencia europea puede resultar sumamente enriquecedora.

## Conclusión

Para hacer corta una historia larga: el derecho se reencauza hacia el universalismo. Los "campeones del pasado" –de los que tanto se quejaba René DAVID[402]– enfrascados en concepciones particularistas del derecho, que soslayen o minimicen el impacto del fenómeno, quedarán eventualmente, a no dudarlo, definitivamente a la zaga.

398 El MERCOSUR tampoco contiene normas de derecho aplicable en materia de contratos de consumo (P. M. ALL, El Diseño y la Progresiva Construcción de un Sistema de Protección del Consumidor a Escala Americana, Avances y Desafíos Pendientes, p. 284).

399 D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 286), p. 167. Ver también N. DE ARAÚJO (nota 232), p. 13.

400 La propuesta la emitió OPERTTI en un seminario llevado a cabo en Valencia, Venezuela, en 1996 (ver C. FRESNEDO DE AGUIRRE / D. OPERTTI BADÁN (nota 239), p. 67). OPERTTI ha opinado específicamente que los Estados del MERCOSUR no deben limitarse a prohijar la ratificación de la Convención de México, sino hacer ciertas recomendaciones como, por ejemplo, que la autonomía de la voluntad estará habilitada para hacer aplicable el derecho de los Estados Parte del MERCOSUR, cuando la relación contractual se desarrolle dentro del bloque, lo que al menos haría más realista la presunción de conocimiento de la ley aplicable, expuesta por quienes sostienen la solución autonomista. De no ser posible el acuerdo del MERCOSUR en estos términos, al igual que con el instrumento sobre jurisdicción contractual, OPERTTI recomienda adoptar una convención o protocolo, en su caso, sobre ley aplicable. De tratarse de un protocolo, ello no excluiría que pueda ratificarse la Convención de México (D. OPERTTI BADÁN (nota 334), pp. 74-75). Opina KRONKE que la propuesta de OPERTTI para el MERCOSUR puede dar la oportunidad de enmendar la Convención de México, en su caso (H. KRONKE (nota 80), p. 293).

401 No existe en el MERCOSUR un proceso análogo al de la Unión Europea para la unificación substantiva del derecho de contratos, a pesar de la ferviente posición de algunos doctrinarios de la región a favor de esta solución. Así, por ejemplo, NICOLAU se refiere a la necesidad de un Código de Contratos para el MERCOSUR, a pesar de que no ve perspectivas alentadoras en la región a favor de su postura (N. L. NICOLAU, "Un "Código de los Contratos para el MERCOSUR", *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, Asunción, 1996). A parecidas conclusiones se ha arribado en las XVII Jornadas Argentinas de Derecho Civil llevadas a cabo en Santa Fe del 23 al 25 de setiembre de 1999 (Conclusiones de Comisión nº 7, "Régimen de los Contratos para la Integración del MERCOSUR", presidida por el Dr. Miguel Angel CIURO CALDANI). Ver también opinión de J. A. TONIOLLO (nota 287), p. 442.

402 R. DAVID (nota 11), p. 26.

Una de las áreas que lleva la delantera hacia este retorno es la de contratación. Ello, aun con contramarchas, como –está visto– la del reciente Reglamento de Roma I. Pero el proceso resulta irreversible. Esta contribución ha identificado un sinfín de iniciativas, públicas y privadas, académicas y profesionales, además de desarrollos en la casuística, sobre todo arbitral –pero también judicial– indicando claramente que, pese a todo, lo nefasto del siglo XIX, en perjuicio de la contratación, paulatinamente va quedando atrás[403].

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se encuentra ante el gran desafío de colocarse a la altura de las circunstancias, en la elaboración de un instrumento en materia contractual que pueda allanar el camino para un futuro cercano, emancipado de rémoras de un tiempo ido. Su labor debería coadyuvar así a que instrumentos como la Convención de México sean defintivamente recibidos por –al menos la mayoría de sus países-destinatarios, quizás en su momento temerosos a incorporarla debido a la audacia de sus fórmulas. Los trabajos de La Haya pueden contribuir, además, a que textos como Roma I –o la misma Convención de México– sean depurados en cuestiones dudosas, o hasta inaceptables dentro del actual estadio evolutivo del mundo jurídico; y, por supuesto, pueden consolidar la praxis arbitral que, hoy por hoy, se encuentra a la vanguardia en toda esta problemática.

Arthur VON MEHREN es una verdadera leyenda ("*a gentle giant*"[404]) en la especialidad del organismo iusinternacionalprivatista mundial, que en vida mucho colaboró con el mismo, actuando como delegado de los Estados Unidos en las sesiones de 1966, 1968, 1976, 1980, 1985, 1993 y 1996, y como "*Rapporteur*" de la conferencia en materia de derecho aplicable a los contratos de compraventa desde 1980 a 1985[405], atribuyéndosele, además, la paternidad del borrador sobre competencia internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias, al que NYGH se ha referido abiertamente como "Arthur´s (von Mehren) Baby"[406], que dio pie, a su vez, a las posteriores negociaciones culminando en la Convención de La Haya de 2005 sobre los acuerdos de elección del foro.

403 Quienes desde la Academia traten de oponerse al nuevo mundo con su nuevo sistema, están –como lo señala DAVID– perdiendo su tiempo, y corriendo el riesgo de que el nuevo derecho será establecido pese a ellos, mientras continuarán enseñando un tiempo más, en decadentes equipos docentes, un sistema fosilizado de cada vez menor aplicación en la práctica (R. DAVID (nota 11), p. 26).

404 La calificación la hace SYMEONIDES en atención al carácter afable, hasta tímido de VON MEHREN, disimulando el caudal impresionante de conocimiento acumulado por este verdadero "libro jurídico abierto" que enseñó en Harvard (ver A. T. VON MEHREN / S. C. SYMEONIDES, "A Gentle Giant", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 53, nº 3, Summer, 2005, pp. 531-542).

405 Al documento final puede accederse en: A. T. VON MEHREN, "La Conferencia de La Haya, ventas a los consumidores y el Reporte von Mehren", en D. P. Fernández Arroyo / J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *Protección de los Consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA),* Asunción, 2007, pp. 39-55.

406 P. NYGH, "Arthur´s Baby: The Hague Negotiations for a World-Wide Judgments Convention", en *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002, pp. 151 y ss.

NAFZIGER se queja de que no se haya prestado más atención al famoso artículo de VON MEHREN de 1974, en el Harvard Law Review, abogando por reglas especiales substantivas para problemas multiestatales, cuyo objetivo último resulte lograr una regulación "apta" para el caso en concreto, y maximizar así la armonía en las decisiones, lo que evitará a su vez el *forum shopping*[407]. Este, desde luego, es el ideal universalista, que VON MEHREN supo también transmitir a las CIDIP dentro de la esfera de la Organización de Estados Americanos[408], en las que actuó igualmente como delegado norteamericano, y mucho de su pensamiento subyace en las soluciones de la Convención de México, materializadas a partir del protagonismo que ha sabido ganarse JUENGER, otro delegado de su país, con el cual se encontraba hermanado intelectualmente en la comprensión de las reales necesidades jurídicas dentro del ámbito transaccional transfronterizo.

Es de augurar que la Conferencia de La Haya profundice el legado de VON MEHREN, uno de sus íconos históricos más notables, y dentro del espíritu de las enseñanzas de este "gentil gigante", desalije el ancla que puede hundirla al pasado e, interpretando los vientos del incontenible torrente cosmopolita en la contratación, tienda un puente al futuro.

407 J. A.R. NAFZIGER, "In Memoriam: Arthur T. von Mehren", *Harvard Law Review*, Volumen 119, nº 7, Mayo 2006, p. 1960. Luego de esgrimir su teoría con TRAUTMAN en 1966, VON MEHREN en un artículo de 1974 arguye que en vez de aplicar reglas de *choice of law* mejor sería elaborar y aplicar una regla especial, de acuerdo a la situación. Para ello deberían tenerse en cuenta los puntos de vista de las distintas jurisdicciones que, en su caso, se encuentran concernidas, con lo que obtendría también igualdad decisoria y evitaría el *forum shopping* (G. J. SIMSON, "The Choice-of-Law Revolution in the United States: Notes on Rereading von Mehren", *36 Cornell Int´l L.J. 125*, 2003, pp. 130-131).

408 Por ejemplo, encabezó la delegación de este país ante la OEA en la CIDIP II de 1979.