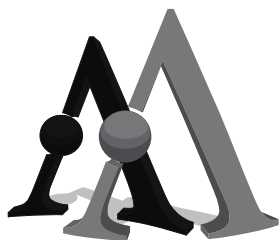


Biblioteca de Derecho de la Globalización

Contratos internacionales

(entre la libertad de las partes
y el control de los poderes públicos)

Diego P. Fernández Arroyo
José Antonio Moreno Rodríguez
(directores)



ASADIP

ASOCIACIÓN AMERICANA DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



Organización de los
Estados Americanos
Más derechos para más gente

Autores: Paula María All
Jürgen Basedow
Katharina Boele-Woelki
Gilberto Boutin Juan
José Cerdeira Pablo
A. Debuchy Boselli
FRANCO FERRARI
Eugenio Hernández-Bretón
Margie-Lys Jaimes
Luciane Klein Vieira
Claudia Madrid Martínez
RALF MICHAELS
José Antonio
Moreno Rodríguez
DÁRIO MOURA VICENTE
Carlos E. Odriozola Mariscal
Mariela C. Rabinov
Marilda Rosado
Roberto Ruiz
Díaz Labrano
PEDRO SAGHY
Paula Serra Freire
MARÍA ELSA UZAL

OAS Cataloging-in-Publication Data

Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. Jornadas (2016 : Buenos Aires, Argentina)

Contratos internacionales : entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos : jornadas de la ASADIP 2016, Buenos Aires, Argentina / Diego P. Fernández Arroyo, José Antonio Moreno Rodríguez (directores).

p. ; cm. Includes bibliographical references.

ISBN 978-0-8270-6595-6

1. Commercial law. 2. Export sales contracts. 3. Conflict of laws--Contracts. 4. Contracts (International law). 5. Arbitration and award. I. Organization of American States. Secretariat for Legal Affairs. Department of International Law. II. Biblioteca de Derecho de la Globalización. III. Title.

OEA/Ser.D/XIX.18

Biblioteca de Derecho de la Globalización

Directores

Diego P. Fernández Arroyo - José Antonio Moreno Rodríguez

Comité Científico

Jean-Michel Arrighi (Washington)	Herbert Kronke (Heidelberg)
Bernard Audit (París)	Claudia Lima Marques (Porto Alegre)
Jürgen Basedow (Hamburgo)	Hans Van Loon (La Haya)
Geneviève Bastid-Burdeau (París)	Ricardo L. Lorenzetti (Buenos Aires)
George A. Bermann (Nueva York)	Makane Moïse Mbengue (Ginebra)
Michael Joachim Bonell (Roma)	Djamshid Momtaz (Teherán)
Andrea Bonomi (Lausana)	Rui Moura Ramos (Coimbra)
Nuria Bouza Vidal (Barcelona)	Horatia Muir Watt (París)
Antônio Augusto Cançado Trindade (La Haya)	Yuko Nishitani (Kioto)
Yves Daudet (París)	María Blanca Noodt Taquela (Buenos Aires)
Yves Derains (París)	Didier Opertti Badán (Montevideo)
Franco Ferrari (Nueva York)	Arturo Oropeza García (México)
Cecilia Fresnedo De Aguirre (Montevideo)	Pilar Perales Viscasillas (Madrid)
Emmanuel Gaillard (París)	Leonel Pereznieta Castro (México)
Alejandro M. Garro (Nueva York)	Luiz Otávio Pimentel (Río De Janeiro)
Roy Goode (Oxford)	Mónica Pinto (Buenos Aires)
Horacio Grigera Naón (Washington Dc)	Luca Radicati Di Brozolo (Milán)
Eugenio Hernández-Bretón (Caracas)	Julio César Rivera (Buenos Aires)
Jean-Michel Jacquet (Ginebra)	Roberto Ruiz Díaz Labrano (Asunción)
Erik Jayme (Heidelberg)	Jorge Sánchez Cordero (México)
Gabrielle Kaufmann-Kohler (Ginebra)	Symeon Symeonides (Salem)

Responsable de edición

Paula María All

Índice

La Organización de los Estados Americanos	9
Presentación	11
<hr/>	
Parte I	Acerca de la autonomía de la voluntad 15
	Theory of Choice of Law and Party Autonomy 17 Jürgen Basedow
	La autonomía privada y sus distintos significados a la luz del derecho comparado 59 Dário Moura Vicente
<hr/>	
Parte II	Aspectos de la reglamentación internacional de los contratos internacionales 91
	¿Traen consigo algún cambio los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales? 93 Katharina Boele-Woelki
	Autonomus Interpretation v. Homeward Trend v. Outward Trend in CISG Case Law 117 Franco Ferrari
	iiiUn monstruo!!! ¿Derecho (...) quéééé...? 137 Eugenio Hernández-Bretón
	Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts 153 Ralf Michaels
	Más allá de la Convención de México y los Principios de La Haya: ¿qué sigue para las Américas? 189 José A. Moreno Rodríguez

Parte III	Experiencias estatales latinoamericanas en materia de contratos internacionales	201
	El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño Gilberto Boutin	203
	Extensión de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales: la experiencia en el ordenamiento jurídico paraguayo Pablo A. Debuchy Boselli	237
	Análisis de la situación de los contratos internacionales en México Carlos E. Odriozola Mariscal	257
	Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley n° 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay Roberto Ruiz Díaz Labrano	277
	Los contratos internacionales en la Argentina María Elsa Uzal	307
Parte IV	Resolución de litigios contractuales	335
	Contratos internacionales con el Estado, poder público y arbitraje internacional Margie-Lys Jaime	337
	Novos rumos do Direito Internacional Privado Marilda Rosado	351
	¿Laudo o sentencia? Pedro Saghy	377

Parte V	Partes débiles y equilibrio contractual	393
	Turistas, migrantes y refugiados en la relación contractual Juan José Cerdeira	395
	El consumidor “especialmente hipervulnerable” y el derecho internacional privado Luciane Klein Vieira	411
	Los contratos no bilateralmente negociados: más allá del consumidor Claudia Madrid Martínez	437
	La autonomía de la voluntad vs. el atroz encanto de la lex fori laboral Mariela C. Rabino	457
	L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation: une étude sur la clause attributive de juridiction Paula Serra Freire	483
Parte VI	Contractualización de las garantías reales	509
	Dilemas, elecciones y desafíos en la construcción progresiva de un sistema de garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe: entre la vocación universal y las realidades locales	511

La Organización de los Estados Americanos

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es la organización regional más antigua del mundo, ya que se remonta a la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Washington D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión se aprobó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas. La Carta de la OEA se suscribió en Bogotá en 1948 y entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, el cual entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, el cual entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, el cual entró en vigencia el 29 de enero de 1996; y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, el cual entró en vigor el 25 de septiembre de 1997. En la actualidad la OEA tiene 35 Estados miembros. Además, la Organización ha otorgado categoría de Observador Permanente a varios Estados, así como a la Unión Europea.

Los propósitos esenciales de la OEA son los siguientes: afianzar la paz y la seguridad del Continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados Miembros; organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

La OEA realiza sus fines por medio de los siguientes órganos: la Asamblea General; la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; los Consejos (el Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral); el Comité Jurídico Interamericano; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Secretaría General; las Conferencias Especializadas; los Organismos Especializados, y otras entidades establecidas por la Asamblea General.

La Asamblea General celebra períodos ordinarios de sesiones una vez por año. En circunstancias especiales se reúne en períodos extraordinarios de sesiones. La Reunión de Consulta se convoca con el fin de considerar asuntos de carácter urgente y de interés común, y para servir de Órgano de Consulta en la aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), que es el principal instrumento para la acción solidaria en caso de agresión. El Consejo Permanente conoce de los asuntos que le encomienda la Asamblea General o la Reunión de Consulta y ejecuta las decisiones de ambas cuando su cumplimiento no haya sido encomendado a otra entidad; vela por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados miembros así como por la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Secretaría General, y además, actúa provisionalmente como Órgano de Consulta para la aplicación del TIAR. La Secretaría General es el órgano central y permanente de la OEA. La Sede tanto del Consejo Permanente como de la Secretaría General está ubicada en Washington, D.C.

Estados Miembros: **Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas** (*Commonwealth de las*), **Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica** (*Commonwealth de*), **Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.**

© Organización de los Estados Americanos

La reglamentación de los contratos internacionales y la discusión que ella genera en torno a la oposición entre la autonomía de la voluntad de las partes y el poder regulador de los Estados no constituyen por cierto temas novedosos. En América Latina, concretamente, esta discusión ocupó un lugar importante en la elaboración de cada uno de los instrumentos internacionales fundamentales del DIPr regional, alcanzado una gravitación particular en la revisión de los Tratados de Montevideo ocurrida en 1940. Poco tiempo después, además, la cuestión se convirtió en uno de los temas centrales para la doctrina (ver, por ejemplo, Quintín ALFONSÍN, Régimen internacional de los contratos, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1950) y no ha abandonado esa centralidad desde entonces. La adopción de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales en 1994 (conocida como “Convención de México”) reflejó con una claridad pasmosa cómo la discusión seguía situada en un lugar primordial medio siglo después, pese a la evolución inevitable de algunos de sus elementos. Los infructuosos trabajos posteriores en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA) relativos a la obtención de uno o varios instrumentos en materia de contratos internacionales de consumo también estuvieron en cierto modo relacionados con la cuestión aludida. Algo similar sucedió con muchas de las reformas de los sistemas estatales de DIPr, como lo atestiguan algunas de las contribuciones de este volumen.

No es preciso aclarar que, aunque para un gran sector de la doctrina exista una preferencia por referir esta dialéctica libertad individual / autoridad estatal a sus aspectos de derecho aplicable, ella también posee un fecundo campo de problemas en el ámbito de la determinación del juez competente para dirimir las controversias contractuales, sea éste un juez judicial o un juez arbitral. Es más: no es un secreto para nadie que hoy en día casi todos los contratos internacionales

contienen una cláusula de resolución de litigios, la cual en la gran mayoría de ellos (y, en particular, en los más significativos) es una cláusula arbitral.

En el fondo, ese debate sobre el arbitraje y su relación con el poder estatal, no es más que la versión “macro” de la misma discusión. Es decir, se trata de un debate en el cual, en lugar de focalizar la atención sobre las posibilidades y límites de las partes en los contratos internacionales tomados como unidades independientes, se discute acerca del alcance en general del arbitraje en cuanto principal mecanismo para la resolución de controversias contractuales internacionales. Esa versión “macro” del debate, que se refiere a la manifestación general, de segundo grado, de la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales, no se agota en la elección de quién es llamado a decidir. Antes al contrario, pone de relieve el poder de las partes (que es muy amplio pero no ilimitado; ver, a propósito, Franco FERRARI (dir.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Huntington (NY), Juris, 2016) para esquivar las jurisdicciones y las reglas estatales, así como la fuente y los límites del poder de los árbitros en todos los aspectos de su actuación (ver Emmanuel GAILLARD, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Asunción, La Ley / CEDEP / Thomson Reuters, 2010). Y es ahí donde se hace más evidente la futilidad del empecinamiento de la Unión Europea por abortar el despliegue del derecho no estatal en sede judicial, mientras todas las leyes y reglamentos modernos de arbitraje abren generosas avenidas para esa expresión del sentido común, a través de la fórmula “reglas de derecho”.

La OEA, por intermedio de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), intentó solventar la cuestión de la aplicación del derecho no estatal hace más de veinte años en la ya aludida Convención de México, la cual significó un avance considerable no solo en relación con su propio ámbito geográfico sino a nivel mundial. Lamentablemente, la ambigüedad de algunas de sus disposiciones claves, producto de las transacciones típicas e inevitables que se producen en la elaboración de los instrumentos internacionales, impidió que dicho avance saltara del plano intelectual, teórico, al terreno de la vigencia efectiva generalizada. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado puso otra vez el tema sobre la mesa con sus Principios de 2015 con parámetros parcialmente diferentes y, aunque la redacción de su artículo 3 no sea la ideal por razones comparables a las mencionadas respecto de la Convención de México, despejó

las dudas sobre la elegibilidad del derecho no estatal por las partes pero abordó el eventual tratamiento del derecho no estatal por los jueces. No deja de ser paradójico que un instrumento “blando” y universal como los Principios de La Haya haya logrado rápidamente lo que tanto le ha costado a la Convención de México (en relación con México y Venezuela), esto es, servir de cauce para la modernización del derecho de los contratos internacionales en un país latinoamericano (Paraguay).

El tema todavía tiene tela para cortar, sobre todo en lo que se refiere al litigio judicial, aunque se advierten señales positivas en diferentes ámbitos. En lo que respecta a la jurisdicción internacional, la Convención de La Haya de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro, que acaba de entrar en vigor una vez que la Unión Europea ha por fin decidido unirse al primer y hasta hace poco solitario Estado parte (México), representa un hito importante en la línea marcada por acuerdos regionales como los sucesivos textos del sistema Bruselas / Lugano y el Protocolo mercosureño de Buenos Aires de 1994. En materia de derecho aplicable, la Ley paraguaya de 2015 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales muestra un excelente ejemplo de cómo se pueden implementar a nivel estatal los Principios de La Haya incorporándoles lo mejor de la Convención de México. La capacidad de asimilación y de análisis crítico demostrado por los estudiantes que participan en las competencias internacionales en la materia son tal vez el mayor aliciente para pensar que el futuro es mejor que el presente. Claro que, a pesar de estos avances, hay muchos aspectos de la materia que requieren más debate y mejores respuestas, como es el caso de los contratos en los que intervienen partes con un poder de negociación muy desigual.

En cualquier caso, la importancia y permanencia de las discusiones alrededor de la tensión entre la autonomía de la voluntad y el poder regulatorio estatal justifican con creces la decisión de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) de dedicarle sus Jornadas de Buenos Aires de 2016 y de publicar este volumen con algunos de los trabajos presentados para la ocasión. Señaladamente, el libro se abre con una contribución teórica de gran calado de Jürgen BASEDOW y trata a continuación la reglamentación internacional de los contratos internacionales, las experiencias de algunos Estados latinoamericanos en la materia, la resolución de litigios contractuales, la búsqueda del equilibrio contractual en los contratos con partes débiles y, finalmente, la contractualización de las garantías reales, es decir, todas cuestiones relevantes dentro de esta temática.

Acerca de la autonomía de la voluntad

En realidad, con estas Jornadas y este libro, la ASADIP no hace más que confirmar sus apuestas de origen, que consisten esencialmente en fomentar el debate entre todos los especialistas de la región y sus instituciones estatales e internacionales, tendiendo puentes con especialistas e instituciones de otros ámbitos, y participar activamente en los esfuerzos codificadores mundiales y continentales en materia de DIPr. En este sentido, la presencia de la ASADIP ha sido tan constante como fructífera a partir de 2007 (año de refundación de la antigua Asociación Interamericana de Profesores de DIPr) en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la CNUDMI, el UNIDROIT y la OEA. Esta última institución merece una mención específica ya que este libro coincide con el renovado impulso que la OEA está dando al tratamiento de la contratación y del arbitraje internacionales, mediante estudios e iniciativas en los que interactúan funcionarios de la organización con académicos, jueces y otros profesionales del derecho. Y no solo eso. La publicación de este libro no se debe solo a las contribuciones desinteresadas de sus autores y al trabajo incansable de Paula María ALL, sino también al generoso apoyo de la OEA que la ha financiado gracias a la visionaria decisión de su Departamento de Derecho Internacional, al que queremos manifestar nuestra gratitud y homenaje en la persona de su Director Dante NEGRO, siempre presente en cada paso de la ASADIP.

Muchas cosas están cambiando a un ritmo vertiginoso en materia de DIPr y más precisamente en materia de contratos internacionales, generando la necesidad de que los trabajos que las analizan sean puestos a disposición de todos, como ocurre ahora con esta publicación. Esta obra debería ser de utilidad para todos quienes se encuentren envueltos o interesados en el quehacer relacionado con su temática, sirviendo a su vez como un maravilloso puente entre nuestra región y el mundo, en un diálogo que la ASADIP ha sabido privilegiar en su aún corta pero fecunda existencia.

Buenos Aires / Asunción, 21 de septiembre de 2016.

Diego P. Fernández Arroyo / José A. Moreno Rodríguez



Summary

Section I: Party Autonomy in International Contract Law. 1. Worldwide recognition of party autonomy. 2. Exclusion of party autonomy in Latin America. A) Brazil. B) Uruguay. 3. Exclusion of party autonomy in the Middle East. 4. Limitations on the Power to Choose the Applicable Law. A) Choice of non-state law – *lex mercatoria*. B) Relation between the contract and the law selected. C) Restrictions for specific contracts. D) Conclusion and outlook.

Section II: A Priori and Derivative Conceptions of Party Autonomy.

Section III. Theoretical Objections to Party Autonomy. 1. Sovereignty. A) Choice of Law as an Impairment of Sovereignty. B) Objective Conception of the Law. C) Criticisms and countervailing contractual theories of state and law. D) Conclusions. 2. *Ordre public*. A) Specifications of the *ordre public*. B) Domestic Contacts. C) Conclusions for choice of law. 3. No binding effect of contracts outside a legal order. A) The conclusion of a contract as a result of the applicable law. B. The core and corona of the agreement. 4. Protection of weaker parties. A) Freedom of choice and power. B) Neutralisation through competition. C) Imbalances in motivation. D) Macro-economic and individual disequilibrium. 5. Conclusion.

Section IV. Theoretical Basis for Freedom of Choice. 1. Efficiency. 2. Freedom and natural will. 3. Binding effect. 4. Choice of law agreements as self-fulfilling (dispositional) contracts. 5. Freedom of choice as a pre-governmental right. A) Enlightenment philosophy and human rights. B) Clarification of freedom of choice as derived from human rights.

Section V. Conclusion. 1. Interaction of choice of law and objective law. 2. The scope of freedom of choice in private law*.

Theory of Choice of Law and Party Autonomy

Jürgen Basedow**

1. In 1910 Joseph Beale who later became the reporter of the American Restatement First on the conflict of laws raised what he called a “fundamental objection” to the parties’ choice of the applicable law; as he said it “involves permission to the parties to do a legislative act”.¹ On a similar note the famous French conflicts professor Jean-Paul Niboyet taught in his Hague lecture of 1929 dedicated to the theory of party autonomy the “first truth that the parties’ intention is never superior and not even parallel to the law; it is always confined to the circle admitted by the competent legislature”.² About a century later party autonomy is universally accepted as a bedrock principle of the international law of contractual obligations despite the fact that its theoretical foundations continue to remain elusive. This shortcoming has, nonetheless, done little to hinder its triumphant march forward. Consequently, some authors have characterised it as a “stopgap solution” which, notwithstanding its

scholarly gaps, is preferable in light of its practical benefits.³ In the meantime, party autonomy continues its advance into new legal fields with little reflection dedicated to its actual justification. In general one has been content with brief references to the Western conception of individual liberty and the principle “*in dubio pro libertate*”. Conversely, one can consistently observe a much greater degree of interest in the specific limitations and manifestations of choice of law.⁴

2. As important as it is to understand this phenomenon in its particulars, it can hardly be comforting to observe the entire field of conflicts of law increasingly fall sway to a principle which is theoretically unresolved. This is particularly true when one notices that freedom of choice has failed to universally prevail in its very place of origin, i.e. the international law of contractual obligations. The following chapter is, therefore, essentially dedicated to exploring the theoretical

foundations of party autonomy. It will begin with an appraisal of its role in international contract law with particular focus on those jurisdiction which exclude party autonomy or restrict its bearing on contract law (Section I) before offering a clarification of concepts (Section II); it will then turn towards the objections posited against choice of law in legal theory (Section III) and finally examine its theoretical underpinnings. (Section IV).

Section I: Party Autonomy in International Contract Law

1. Worldwide recognition of party autonomy

3. According to Article 3 para. 1 of the Rome I Regulation, a contract shall be governed “by the law chosen by the parties”,⁵ and according to the recitals “[t]he parties’ freedom to choose the applicable law should be one of the cornerstones of the system of conflict-of-law rules in matters of contractual obligations”.⁶ Thereby, the regulation merely restates what was already firmly established for EEC Member States in the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations.⁷ The principle would, at first glance, not seem to present anything of particular surprise, and, indeed, in

1990 Axel Flessner stated with an air of finality: “[p]arty autonomy in the conflict of laws is globally recognised for the law of obligations: the parties themselves may choose the applicable law and this choice includes in principle the mandatory law of the chosen legal system and excludes that of the ‘deselected’ legal system”.⁸

4. In fact the parties’ freedom to choose the applicable law is hardly so self-evident. The principle applies in Europe as well as many of the world’s industrialised nations,⁹ such as the USA,¹⁰ Australia¹¹ and Japan.¹² Also in China party autonomy is recognised in various sources of law.¹³ The world map, however, is not without nations which reject the principle of free choice of law, at least insofar as described by Flessner. Statutory examples in this regard can, above all, be found in Latin America and in the Middle East.

2. Exclusion of party autonomy in Latin America¹⁴

A) Brazil

5. A particularly noteworthy example is offered in Brazilian law. Article 9 of the introductory act to the Civil Code of 1942 provides that “to characterize and regulate obligations, the law of the country in which they are constituted

shall be applied”.¹⁵ In contrast to the corresponding provision of article 13 of the antecedent Civil Code of 1916, Article 9 does not contain any reference to a deviating agreement of the parties. Accordingly, this rule is construed as prohibiting the parties from selecting the law to be applicable to a contractual obligation. Whereas in arbitral proceedings a choice of law is expressly provided for by Law 9307/1996,¹⁶ the sole and decisive connecting factor before state courts is the place of contracting.¹⁷

6. Nevertheless, to the extent that it relates to dispositive provisions of law, the selection of a foreign law will likely be recognised. It is, however, not entirely clear whether this should be understood as incorporation at the level of substantive law; where a choice of law is limited exclusively to dispositive provisions, the practical effects are identical.¹⁸ Furthermore, a contractual election of the applicable law has also been considered in those instances when the contract has been concluded in a foreign country that, for its part, recognises the principle of choice of law;¹⁹ yet this exception is better explained as a recognition of *renvoi* rather than an express endorsement of a choice of law.

B) Uruguay

7. The matter is treated similarly in the concluding title of the Uruguayan Civil Code. Pursuant to Article 2399 legal transactions are subject to the law of the place of contractual performance; the law makes a specific reference to Articles 34-38 of the 1889 Treaty on International Private Law of Montevideo.²⁰ These provisions lay down objective criteria for ascertaining the law applicable for various types of contract; an election of the place of contractual performance is ruled out.²¹ Under Article 2304 of the Civil Code the provisions on legislative and judicial competence are excluded from the reach of the parties. The inclusion of legislative competence has the effect of depriving the parties of a choice of law. It is only when Uruguayan international private law prescribes a national law which permits a choice of law that Uruguay will –in a fashion of *renvoi*– also respect such a choice.²² While the notion of allowing the parties a right of election has in recent years won more and more converts and in the meantime even found expression in the Uruguayan foreign ministry’s proposal for a general conflict of laws regulation,²³ under the current state of international private law a choice of law nonetheless remains without effect.

3. Exclusion of party autonomy in the Middle East

8. The concept of choice of law also meets with a degree of rejection in the Middle East. Thus, Article 968 of the Iranian Civil Code of 1935 states:²⁴ “Obligations arising out of contracts are subject to the laws of the place where the contract was concluded, except where the contracting parties are foreign nationals and have expressly or impliedly subjected the contract to another law”. A choice of law is consequently only relevant in those rare instances where an Iranian court is presented with a contractual dispute stemming from a contract which was executed exclusively between two foreign citizens. In contrast with earlier drafts wherein a choice of law was more broadly embraced, the subsequent legislative proceedings resulted in the more constrictive configuration presently observed.²⁵

9. As concerns the connecting factor in relation to contractual agreements, the conflict of laws provisions of several Arab nations share a basic configuration which was likely first laid down in the Egyptian Civil Code of 1948. Pursuant to its Article 19, the applicable law is (1) the law of the domicile

when such domicile is common to the contracting parties or, otherwise, (2) the law of the place where the contract was concluded. (3) Contracts related to immovable property are governed by the law of the place in which the property is situated. Rules (1) and (2) can be waived by a choice of law.²⁶ While some Arab countries and in particular Saudi-Arabia do not appear to honour choice of law agreements at all,²⁷ the Egyptian triad of rules can be found, for example, in Yemen,²⁸ Jordan²⁹ and Iraq³⁰. It is unclear, however, if the choice of law exception in these successor legal systems applies to all contracts other than realty contracts or only to contracts between parties who have their domicile in different countries.³¹ If the choice of law is only permitted for parties not sharing the same domicile, the most significant cases would concededly be captured but the limitation would be nonetheless noticeable. Contracts concluded between parties domiciled in the same country can also have a very pronounced international character; suppose for example that the agreement envisions performance in a foreign location or the contract is embedded within an international contractual network.

4. Limitations on the Power to Choose the Applicable Law

10. Thus, there are undeniably countries which continue to refuse the parties a choice of law in respect of contractual obligations and many others in which the breadth of such choice is by all accounts uncertain. Furthermore, alongside the complete exclusion of the option to select a law one also finds firmly established limitations based upon the internationality of the contract such that party autonomy is in all events excluded for contracts having a purely domestic nature in the eyes of the respective *lex fori*. For the purposes of this discussion it is also worth briefly mentioning some additional choice of law restrictions related to either the selected law or the subject matter of the contract.

A) Choice of non-state law – *lex mercatoria*

11. A widespread limitation relates to the selection of non-state law. When the parties agree on the application of the “*lex mercatoria*”, of “general principles of international commerce” or –more specifically– on the “UNIDROIT Principles for international commercial contracts”³² to govern their transaction, what would be the significance of such a clause? For the

time being, legislatures are not inclined to honour such a term as an agreement on the applicable law as far as litigation in state courts is concerned. In the legislative proceedings leading to the adoption of the Rome I Regulation, the European Commission had in fact suggested to admit the parties’ agreement on “the principles and the rules of the substantive law of contract recognised internationally or in the Community” as an agreement on the applicable law.³³ The proposal met strong opposition in the European Council and was finally deleted; recital 13 of the definite Regulation now only refers to the possible incorporation of a non-state body of law into the contract within the framework of the applicable law, i.e. not at the level of private international law. Put in other words the parties are confined to the selection of one of the 200 or 250 state contract laws that exist in the jurisdictions of the world.

12. In the absence of such express rejection by the legislature, the Federal Court of Switzerland has likewise refused to recognise the contractual reference to the rules of an international sports association as an agreement on the applicable law. According to the court such rules can only be incorporated into the contract within the

limits drawn by mandatory provisions of the applicable national law.³⁴ However, additional weight can be given to non-state rules of law in countries such as France, where a court, if so authorized by the parties, may decide a case as *amiable compositeur*, i.e. under principles of fairness and equity, and where the parties would consequently be permitted to bind the judge by a procedural agreement relating to a body of rules that might serve as guidance, see Art. 12 para. 3 of the Code of Civil Procedure.³⁵

13. Wider is the recognition afforded to the agreement on non-state bodies of law in arbitration? What matters in the present context, is not so much the application of non-state rules by the arbitral tribunal itself,³⁶ but the effect given to that application by state law and by municipal courts, in particular in annulment or enforcement proceedings. Art. 28 of the UNCITRAL model arbitration law which has been adapted in numerous countries across the globe permits the parties to designate the “rules of law” governing the decision of their dispute, and the Explanatory Note makes clear that by using this term instead of referring to the choice of a “law”, the range of options for the parties is meant to be broadened; they may agree on rules of

law that have been elaborated by an “international forum” but have not yet been incorporated into any national legal system.³⁷ On this basis specific statutes in some countries such as Brazil³⁸ and the prevailing view in many other states consider the choice of the UNIDROIT Principles or other non-state bodies of law as valid agreements on the applicable law.³⁹

B) Relation between the contract and the law selected

14. Further limitations relating to the law that may be chosen by the parties concern the relation between the contract under scrutiny in the pending case and the designated law. Such limitations are frequent in areas of the law such as family law or inheritance law where party autonomy is disputed or a newcomer. In contract law they are rare, however. An example could formerly be found in Spanish private international law: under Article 10 para. 5 of the Spanish Civil code the law chosen by the parties governed a contract “provided that it has[d] some connection with the contract in question”.⁴⁰ More recent publications point to the admissibility of the selection of a neutral and unrelated law under Article 3 Rome I in contrast to the previous state of the law under Article 10 para. 5.⁴¹ A further example can still be

studied in the USA. Pursuant to § 187 para. 2 of the Restatement Second, Conflict of Laws, a transaction must have a “substantial relationship” to the country of the law selected, and § 1-105 UCC used to require a “reasonable relationship”; in the new – and so far unsuccessful⁴² – version of the UCC, § 1-301 (c) (2) and (e) (1) still maintain that requirement, although limited to consumer transactions. Yet in practice the courts have continually lowered this threshold such that a perceptible limitation on the range of laws to choose from would no longer seem to exist.⁴³

C) Restrictions for specific contracts

15. Restrictions on the choice of law for specific types of contract are numerous and are particularly common as concerns legal areas in which the freedom of contract itself is subject to material restrictions; in the Rome I Regulation this occurs above all in employment contracts, consumer contracts, insurance contracts and to a lesser extent in contracts of carriage.⁴⁴ While there are no categorical exceptions of this kind in US conflict of laws, American courts may often achieve similar results on the basis of a more case-related assessment of public policy.⁴⁵ The sector-specific

treatment not only fashions a bridge to the substantive law, it also advances the trend in which party autonomy is granted an ever-increasing role in areas outside of contractual obligations such as family law and succession law.⁴⁶

D) Conclusion and outlook

16. While subject to intensive academic debate, these differentiations need not be further addressed here. Worthy of emphasis, however, is the underlying general assumption that private individuals are generally conceded the power of choosing the law applicable to their legal relations. That this choice is granted by a majority of today’s nations may indeed suggest a trend, but is in itself hardly a convincing argument addressing the merits of the debate being waged between proponents and opponents of such choice. The following considerations are dedicated to the theoretical foundations of party autonomy and adopt as their starting point the contentions of its challengers.

Section II: A Priori and Derivative Conceptions of Party Autonomy

17. The principle of party autonomy serving as foundation of conflicts jurisprudence, can be understood in

two ways. First, one can view party autonomy as reflecting the natural capacity of individuals to determine the applicable law for themselves irrespective of the confines of any legal system. Alternatively, a second understanding sees in party autonomy the capability of individuals to create commitments for themselves and/or others according to the parameters laid down in a given system of conflict of laws. Where this legal order allows individuals to subject themselves to a different legal system through a choice of law, one speaks of party autonomy. The former a priori concept was characterised by Frankenstein as a primary connection, the latter as a secondary connection.⁴⁷

18. The fundamental difference between the two approaches is that the second –derivative– understanding of party autonomy presupposes the existence of a positive law regime which is separately ascertained and, consequently, cannot simply reflect the individual’s subjective intentions. Just how this legal system is to be determined remains open. The reference to the private international law of a particular country is of no avail since its rules determining the applicable law are only relevant for the courts and agencies of that country. Insofar as the

claimant can choose between courts in different jurisdictions which may be available to him in various countries, the individual’s subjective desires will in fact, albeit by a circuitous route, ultimately determine whether a conflict of laws regime recognising party autonomy has application.

19. The derivative conception of party autonomy would only be internally consistent if there were objective rules, binding upon every court of the world, which prescribed whose conflict of laws regime was applicable. Such a meta-regime would thus assign one and only one conflict of laws regime to each legal relationship; to the extent this regime recognised party autonomy, it would – independent of the appealed upon court – be predetermined whether an election of law by the parties was to be given effect. It was such a meta conflicts of law regime that Frankenstein had in mind with his conception of a “primary connection”; in his view the “nationality for individuals” and “the physical location for property” were the “two individual connecting factors which were independent of legislative caprice and flowed from the essence of law insofar as one can, in general, make an a priori declaration as regards the relationship of men and

property to the legal order”. These “primary (original, a priori) connecting factors refer to a legal order which can exhaustively arrange the legal relationships; they can “however also limit themselves to indirect control and on the basis of expedience or other legal considerations through an act, which we will label a secondary (derivative) connection, subject the person or property for its part to yet another legal order..., that then for its part asserts direct control”.⁴⁸

20. Such a meta-regime of primary connections does not, however, exist. Although it is true that the world’s conflict of laws regimes are in virtual consensus as to the applicability of *lex situs* in regards to rights in immovable property, the notion that nationality should serve as a connecting factor for all other legal matters was by no means generally accepted in Frankenstein’s era and is today an idea in retreat. Accordingly, party autonomy in its derivative conception is susceptible to the pointed objection that – through the back door of jurisdictional competence - the subjective desires of the claimant are indeed bestowed considerable influence in the determination of the applicable law in international disputes. The notion is, thus, hardly free from contradictions.

21. The a priori conception of party autonomy is not vulnerable to the criticism of inconsistency. Rather, its authority derives from meta-legal considerations of natural liberty, see below section 4, which are characteristic of a general principle on which both legislators and courts ought to orient themselves. The theoretical questions which consequently arise are: (1) What is the origin of such a liberty principle? (2) What position should this principle be accorded in respect of conflict of laws regimes in which party autonomy finds either little or no recognition? See below section IV.

Section III: Theoretical Objections to Party Autonomy

22. The most extensive and detailed treatment of the arguments for and against party autonomy is likely the work of Cecilia Fresnedo de Aguirre from Uruguay.⁴⁹ In a comprehensive comparative and legal-historical survey she elaborates eight rationales posited by the proponents of party autonomy and subjects each to a critical appraisal.⁵⁰ In part, the examination focuses upon justifications having a distinctly practical dimension, in particular the general reverence for international commercial practice or the quest for greater legal

certainty to be achieved by party autonomy. But her investigation also identifies the basic theoretical objections which at their core call into question the legitimacy of conferring a choice of law option on the parties; the following discussion is limited to those considerations.

1. Sovereignty

A. Choice of Law as an Impairment of Sovereignty

23. The contractual deselection of a law otherwise applicable by virtue of an objective connecting factor can be understood as conceding private actors the power to curtail the right of policy-makers to prescribe the *lex causae* through reliance on objective connecting factors. This concern is of particular prominence when –pursuant to the forum state’s conflict of laws regime– the connecting factor of the contract indicates the substantive rules of the *lex fori* as applicable. In this situation the selection of a foreign law may be regarded as limiting the scope of application of the forum state’s own law and, since this law is an expression of the forum state’s legislative competence, also the scope of its own sovereignty.

24. This apprehension was unmistakably present in the thoughts of the Uruguayan legislator; in the materials

accompanying Article 2403 of the Civil Code,⁵¹ the draftsman of the law comments on “the [legislative and adjudicatory] international competences which are foundations of the public order since they affect, in their legislative or judicial specification, the sovereignty of a country where a legal relation is localised, and which are therefore placed above the individual will”. The rules on jurisdiction and the applicable law “are determined by reasons which are superior to the will of the parties involved in a legal relation”.⁵² This concern is echoed as well by European scholars; for example, Henri Batiffol writes: “It is certainly shocking to think that the judicial solution of the choice of the applicable law by the parties, as generally understood, would mean that the empire of each law would depend on the parties’ will: Such a view appears to be incompatible with the notion that the law exercises binding authority accompanied by coercive sanctions”.⁵³ The “fundamental objection” raised by Joseph Beale against party autonomy has already been referred to above.⁵⁴

B. Objective Conception of the Law

25. From a legal theory perspective, this position is based upon a purely objective understanding of the law. As conceptualized here, law is superior to, and independent from, the individual

will. This understanding goes back to the one posited by Georg Friedrich Wilhelm Hegel identifying law with legislation, i.e. positive law.⁵⁵ Accordingly, the individual can only be conceded rights – subjective rights – to the extent that the objective system confers them upon him or her. In his Pure Theory of Law (*Reine Rechtslehre*), Hans Kelsen goes even further: “From the standpoint of the objective system or that of the community constituted by it, there is no independent individual at all. (...). In dissolving the so-called subjective right in all its forms as an entity different from the objective law and understanding it simply as a particular manifestation of the objective law, the Pure Theory renders ineffectual that subjective attitude toward the law, the attitude served by the concept of subjective right. It is the advocate’s view, which considers the law only from the standpoint of the individual’s interest, only in terms of what the law means for the individual, to what extent it is of use to him by serving his interests (...)”.⁵⁶

26. The exclusive focus on sovereignty and the objective system of the state as the source of law raises the further question of where, for their parts, that objective system and sovereignty are derived from. Hegel characterises the

state as “the actuality of the ethical idea (...), it is the rational in and for itself, (...) the actuality of concrete freedom”.⁵⁷ Thus, the development and absoluteness of the state according to Hegel is not based on prior human action; in particular he rejects the emergence of contractual relations as the state’s *raison d’être*.⁵⁸ The origin and development of the state entity hinge on the cognition of one idea alone: morality or the ethical idea.

C. Criticisms and countervailing contractual theories of state and law

27. However, cognition as such need not necessarily lead to a corresponding action. Just why affected individuals should translate this cognition into the cooperative effort of declaring and developing both state and legal order remains unidentified and unanswered by Hegel. In addition to the cognition of the ethical idea, such an endeavour demands action buttressed by will, that is finally the endorsement of the citizenry concerned.

28. In fact – regardless of Hegel’s opposition – the path is not far-removed to the philosophers who see in the will and action of individual citizens the basis for a legally constituted body politic, i.e. a state and corresponding legal

order. This subjective approach to law can be traced back to John Locke, who already at the close of the 17th century wrote: “The only way whereby anyone divests himself of his Natural Liberty, and puts on the bonds of Civil Society is by agreeing with other Men to join and unite into a Community, for their comfortable, safe and peaceable living one amongst another in a secure Enjoyment of their Properties, and a greater Security (...). When any number of Men have so consented to make one Community or Government, they are thereby presently incorporated, and make one Body Politick wherein the Majority have a Right to act and conclude the rest”.⁵⁹ Several decades later Jean-Jacques Rousseau propounded a similar approach. The roots of the body politic is according to his theory the social contract whose binding character stems from the free will of the citizens: “For civil association is the most completely voluntary of acts ; each man having been born free and master of himself, no one, under any pretext at all, may enslave him without his consent”.⁶⁰

29. The contract-based philosophical theories of state do not purport to give a realistic description of the historical cycles which have led to the establishment of the state and its legal orders.

Rather they are intended to explicate why the modern state entity, no longer premised upon interpersonal feudal ties, concentrates all state power inclusive of legislative competence in an anonymous corporation that is in this respect characterised as sovereign. Thus, they are ultimately using the will of the individual to substantiate the sovereignty of the state and, thereby, the existence of objective law. If this is so, the will of the individual must then also be accorded a binding character independent from, and before the emergence of, statehood.

D. Conclusions

30. The first set of conclusions for party autonomy in private international law can be drawn from this discussion. If state sovereignty for its part can be attributed to the will of the individual, the exercise of this will as regards the applicable law in a conflict of laws scenario cannot be attacked as an infringement on the sovereignty of the state. At least from a theoretical standpoint, it cannot be ruled out that an individual may retract the expression of will establishing the state or that subsequent to its exercise, a portion of this will is nevertheless retained and can under certain conditions be asserted in order to –effectively– steer clear of the sovereignty of the state

and legal order which the individual has himself established.

31. However, broader conclusions are not in order as the contractual theorists of political science focus upon the origins of the state’s monopoly on power in itself, i.e. of an individual state and not on the inter-relationships between various states and legal regimes. Thus, the sources discussed only make reference to the individual’s deliberate move towards the state and not, in contrast, to the *actus contrarius*, i.e. the intentional deselection of its law or – going even further – to a dissolution contract or to the unilateral denunciation of membership.

2. Ordre Public

32. A variant of the sovereignty argument contends that a choice of law option allows the parties to set aside the *ordre public*, i.e. the very foundations of the legal order governing the contract were choice not permitted.⁶¹ Battifol, in any event, indirectly emphasises this choice of law effect for purely domestic contracts: “Any mandatory legislation becomes futile if those who feel disturbed by its provisions may simply declare their contract, although relating to a purely domestic transaction, to be subject to a different law”.⁶²

A. Specifications of the ordre public

33. Since the time of these assertions, the doctrine of *ordre public* has evolved in a manner that undercuts the premise of these objections. Not only must one distinguish between domestic and international *ordre public*, as some of the above-mentioned authors indeed have done, one also needs to recognise the territorial limitations which have increasingly often been accepted as being imposed on the international *ordre public* in many cross-border transactions. Concerning the first point, it is universally acknowledged that the domestic *ordre public* –understood as the entirety of all the mandatory laws of a legal system– is in the first instance controlling for all domestic cases; accordingly, its implementation demands the application of domestic law. If, in cases with foreign elements, this law has no application, one only implements those mandatory rules and principles necessarily having validity regardless of the otherwise applicable law. The other mandatory provisions which may be designated as “simple” mandatory rules of the law that would be applicable in the absence of a contractual choice of law, share the destiny of the abrogated law.⁶³

34. For its part, the international *ordre public* can be subdivided as well. On one side of the ledger are the rules and principles which - *tels quells* - unconditionally demand implementation inclusive of those cases having foreign contacts. This is the positive international *ordre public*. On the other side are the mandatory principles of a legal system that, while opposing the application of wholly irreconcilable foreign rules, can nonetheless tolerate substantive deviations within certain limited margins, i.e. rules and principles which do not unconditionally demand implementation. This is the negative international *ordre public*.

B. Domestic Contacts

35. The invocation of both the negative and the positive *ordre public* requires that the matter in dispute manifests a sufficient domestic connection.⁶⁴ How close the connection must be and on which elements of the dispute they must be linked depends on the specific provisions and legal principles which are being implemented. Additionally, one finds a number of express overriding mandatory provisions which establish so-called *lois de police*, *lois d'application immédiate*, *Eingriffsnormen* or *leggi di applicazione necessaria*, i.e. rules that lay down the contacts required for their own application and that have to be

applied irrespective of the law governing the contract otherwise. Thus § 130 of the German Act Against Restraints on Competition (GWB) prescribes the so-called effects doctrine (*Auswirkungsprinzip*) for German competition law,⁶⁵ and various consumer law Directives of the European Union stipulate that protective rules remain applicable notwithstanding the choice of the law of a non-Member country if the contract has a close connection with the territory of the Member States.⁶⁶

36. Where such specific conflict rules are lacking, it is the role of the court to determine whether the aim and rationale of mandatory rules or principles do - or do not - envelope a given legal dispute.⁶⁷ It is not only for applications of the positive *ordre public* that such an analysis must be undertaken; where foreign law is to be fended off with the negative *ordre public*, the judge must similarly ascertain whether the domestic contacts of the case are close enough such that the own legal principles of the forum should in view of their purpose and rationale be brought to bear against the application of foreign law.

C) Conclusions for choice of law

37. The doctrine of *ordre public* has over the course of the decades witnessed a

noteworthy process of differentiation. The permission of a free choice of law must, accordingly, be contemplated in this light. Rejecting choice of law on its merits as a threat to *ordre public* would fail to recognise this evolution and falls short of the mark. A better analysis may be accomplished by inverting the inquiry: Does a –sanctioned– choice of law in a specific instance result in the evasion of rules and principles which can be attributed to *ordre public*? This result is theoretically ruled out where an overriding mandatory provision exists which specifies its own scope of application.

38. Where the scope of application is not defined by statute, it is incumbent on the court to determine whether the case has so close a domestic relation and whether the significance of a mandatory provision is so great that it must be implemented in a legal dispute having foreign elements. This differentiating ex-post review of the ordinary choice of law process that is also applicable to choice of law by the parties' agreement is reflected in various rules of the Rome I Regulation.⁶⁸ Thus, the contractual deselection of *lex fori* rules –otherwise applicable by virtue of objective connecting factors– cannot ultimately interfere with the implementation of these rules as regards their

internationally mandatory core. Consequently, the protection of the forum's public policy is no valid argument that would militate against the admission of choice of law agreements.

3. No binding effect of contracts outside a legal order

A) The conclusion of a contract as a result of the applicable law

39. A further argument against the free choice of law derives from the notion that agreements can only achieve a binding effect within the framework of a legal order. Petitioning a court for the enforcement of a private agreement necessarily introduces the role of state compulsion, an act which is only possible in the context of the applicable law. It is argued that when pursuant to the French *Code Civil* –and the other legal orders which follow suit– “Agreements lawfully entered take the place of the law for those who made them (“*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”, Article 1134) –this private accord can only be given legal effect within the framework of the applicable law. While this law must not necessarily be the forum state's own substantive law, it should however be the law designated by the objective factors laid down in the forum state's private international law.⁶⁹

40. This reasoning has logical appeal. In order for any contractual agreement—choice of law agreements included—to be given legal effect, it must be ascertained that the contract was lawfully concluded; whether or not this is the case depends on the rules of a legal system. A specification of the applicable law consequently has logical priority over any contractual choice of law. Therefore, an expression of “natural” human will disconnected from any legal system whatsoever may generate consequences in the social sphere, but cannot be given a binding effect in law.

B) The core and corona of the agreement

41. In reality, however, the logic underlying this syllogism is by no means immune from attack. It certainly is the case that, in respect of the formation of contracts, national legal systems exhibit differences which would seem to require an assessment of the applicable legal regime without which one could not definitively ascertain the binding effect of the contract. The differences in positive law, however, only impact the peripheral aspects of contract formation, e.g. the details of offer and acceptance or pathological situations of consent such as mistake or duress.⁷⁰ Yet these are marginal

matters which emerge as the law is being applied more and more often and which result in a progressive differentiation of the legal rules. These differences cannot however conceal the commonly shared principles of law.

42. That the agreement as such produces a binding effect is nowhere disputed and flows from the universal legal principle of *pacta sunt servanda*,⁷¹ recognised as a doctrinal cornerstone for the binding effect of agreements long before its codification in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.⁷² While it is clear that the principle does neither regulate the legal framework of contracts nor the scope of a contractual bond in all its details, it does embody a ground rule giving expression to the legally binding effect of contracts and requires therefore no further positive expression. Accordingly, one is not merely dealing with an extra-legal principle of societal coexistence which obliges adherence to agreements not otherwise premised on a legal obligation, as for example in an agreement to go to the cinema or share a *rendezvous*.

43. In accordance with this principle, the agreement of two parties to subject their contractual relationship to

Brazilian or German law produces, at its core, a legally binding effect even if establishing the actual details—which effectively form the bond’s corona—ultimately requires reference to a specific legal order. Against this background, a determination of the law to be applied in assessing contractual formation will also give deference to the intent of the parties instead of considering appropriate objective factors. The Rome I Regulation allows for this by specifying that the law selected by the parties will provide the basis for assessing the existence and validity of the contract including the choice of law clause.⁷³ It thereby acknowledges the binding force of the individual intent irrespective of the determination of a law applicable by virtue of objective connecting factors.

4. Protection of weaker parties

A) Freedom of choice and power

44. Every form of contractual freedom, including choice of law, ultimately relinquishes to the parties themselves the determination of what is applicable between them, thereby deferring not only to their respective preferences but also to the balance of power existing between them. Where the position of a stronger party is not regulated by

competitive market forces, it can be expected that imbalances in power will be exploited through raised prices or the unilateral determination of favourable contractual terms.⁷⁴

45. This finding is put forward quite convincingly as an argument against freedom of choice by Uruguay’s author Fresnedo de Aguirre. She makes reference to the monopolistic liner shipping conferences known to maritime navigation that deny all options to shippers from countries such as Uruguay which do not have their own commercial fleet. In respect of the standardised bills of lading containing choice of law and jurisdictional agreements which routinely specify the courts and laws of industrialised nations having strong maritime interests, the ban on such clauses found in Article 2403 of its Civil Code affords Uruguay a means of protecting its own interests.⁷⁵ With international trade being ever more frequently dominated by boilerplate contracts which refer to the laws and courts of northern hemispheres, an authorisation of party autonomy would from a Uruguayan perspective effectively amount to forbearing on the application of its own law in its own courts, even when the contract is performed in Uruguay.⁷⁶

B) Neutralisation through competition

46. This course of arguments is questionable to the extent that it is premised on the specific example of liner shipping conferences and generalizes the findings made in that field. It is true that liner conferences have ever since the emergence of liner shipping and until recent years, indeed exercised monopolistic power in many international shipping markets.⁷⁷ Nonetheless, where competition functions effectively, as is now the case in many domestic and international markets for goods and services, customers in developing nations as well can realise their contractual preferences and, when important, insist on the deletion of choice of law provisions from the form contracts of suppliers established in industrialised countries. The more intensive the competition, the greater their chances for success. The disparity of power between an individual strong supplier and an individual weak customer can be balanced where competition between several strong suppliers unfolds its effects. Curbing economic power is one of the main purposes of competition.

C) Imbalances in motivation

47. In reality, however, customers have few if any interests which are as comparably strong as the interest of the

suppliers in incorporating their choice of forum and choice of law clauses. This can be attributed to the fact that a supplier who concludes contracts with customers in many countries will consistently have a significantly greater incentive to standardise conditions of sale than an individual customer will have to standardise conditions of purchase.⁷⁸ The customer's total purchase volume is as a rule smaller than the total sales of the supplier. The number of national sales markets for suppliers will in most cases exceed the number of purchase markets of the individual customer. Although one will observe instances of purchasing power in prominent customers, particularly in the large trading firms which also standardise their purchase conditions, this is not characteristic of the market as a whole. Thus, the suppliers will on balance engage in a greater number of transactions with customers throughout the world than will, conversely, customers with suppliers from different countries. The standardisation of jurisdictional and choice of law clauses consequently represents a significantly greater advantage for suppliers, i.e. increased total efficiency and cost savings, than would be realised by a customer implementing a corresponding standardisation of purchase conditions.

48. These circumstances explain why many more firms impose standard terms and conditions of sale in regards to contractual relations where they act as suppliers as opposed to standard terms and conditions of purchase in respect of contracts they enter as buyers. Individualised negotiations over these terms are, furthermore, virtually never undertaken since the majority of these standard terms and conditions only take on significance in the unusual event of contractual non-performance. Negotiating over these terms in advance of concluding the contract would furthermore be unadvisable since it could poison the business climate. Thus, the bias of choice of forum and choice of law clauses observed by Fresnedo de Aguirre often conceals pragmatic, business-minded calculations made by both sides.

D) Macro-economic and individual disequilibrium

49. Furthermore, the reference to the north-south imbalance is debatable in this context since developing and emerging nations as well often are – to a certain extent – home to large firms which procure the services of small suppliers located in foreign countries. Here the imbalanced conditions

should presumably lead to the developing country also respecting a choice of law clause found in the standard terms and conditions of the smaller foreign supplier. Thus, the general proscription is clearly exaggerated.

50. Macro-economic imbalances existing between national economies do not necessarily imply a corresponding imbalance in power between private parties from those countries. Such a conclusion is even less warranted when national economies are in a state of transition and national interests, to the extent they may be taken into account in private law at all, are evolving over the course of time. Countries such as the People's Republic of China, which hardly commanded its own vessel tonnage three decades ago, now has shipping fleets that number among the largest of the world.⁷⁹ A prohibition of choice of law clauses that might have been motivated by the fear of commercial inferiority 30 years ago would thus be detrimental to the country's own interests at present. The exploitation of power imbalances between contractual parties cannot be combated with sweeping prohibitions relating to macroeconomic findings; it demands, instead, more finely calibrated measures.

5. Conclusion

51. All considered, the categorical rejection of freedom of choice rests on shaky ground. The various objections, regardless whether premised on legal theory, logic, public policy, motivations of individual justice or macroeconomic policy considerations, do not prove themselves airtight. But this is by no means an appeal for unrestricted freedom of choice. The aims and interests of national legal regimes indeed deserve a considerable degree of deference, yet they must be effectuated with differentiated adjustment rather than a blanket prohibition.

Section IV: Theoretical Basis for Freedom of Choice

52. Nevertheless, having answered the objections to freedom of choice does not inevitably allow the inference that such agreements should carry a binding effect. The preceding analysis only supports the conclusion that a choice of law must not necessarily yield to sovereignty, *ordre public* and objective law and one can further conclude that redistributive policy arguments running counter to the freedom of choice are ultimately not persuasive. Just why the will of two contracting parties as manifested in a choice of law ought to

be given a binding effect independent of any particular legal regime remains to be clarified however.

1. Efficiency

53. In modern conflicts theory inspired by the economic analysis of law, party autonomy in private international law is sometimes explained by the efficiencies it ensures. Thus, Erin O'Hara and Larry Ribstein put it very clearly saying that "an efficient choice-of-law system should start with a presumption in favour of choice-of-law clauses in contracts".⁸⁰ In fact, if the public good is the aggregate of individual satisfaction of the members of society and the making of a contract indicates that the satisfaction of both parties will increase and at least not diminish, the agreement on a choice-of-law clause gives evidence of an efficient solution of the choice-of-law issue; other authors are agreed on this point.⁸¹ The efficiencies in question may relate to a number of issues: the reduction of legal uncertainty that might prevail in the absence of choice⁸² the suitability of the law chosen for the specific type of contract,⁸³ or its adequacy for the specific dispute settlement body selected in another clause of the contract.⁸⁴ These and other reasons come down to a reduction of transaction costs

understood in a broad sense such as to include all costs incurred in the relation between the parties for the implementation of the transaction until the settlement of eventual disputes.

54. In some situations, the invalidation of choice-of-law clauses may even deter an undertaking from engaging in business in the respective country.⁸⁵ Where that happens, both sides forego the benefit flowing from cross-border trade. This is for example the case in consumer insurance within the European Union: Since the insurance contract laws of the European nations provide for a –divergent– minimum protection of the policyholder through numerous mandatory rules, private international law designates the policyholder's law as applicable and does not allow for party autonomy.⁸⁶ Consequently insurers offering cover to foreign applicants would have to adjust their business to a number of foreign laws; most of them consider this as too costly and do not contract cross-border consumer business.⁸⁷

55. The efficiency argument reflects the superior knowledge of private actors, as compared with states, of the future whereabouts and transactions of individuals and companies.⁸⁸ Since that private knowledge is superior

private decisions taken on the basis of party autonomy are likely to promote efficiency more than decisions taken by state legislatures. However, the significance of efficiency as the basis and sole or predominant yardstick for party autonomy in private international law is nevertheless questionable. Doubts arise from both within the economic model and from without. The economic reasoning would require, for measuring efficiency gains, to precisely indicate the frame of reference: are efficiencies assessed as between the two contracting parties? Or should the effects of an agreement on third parties be taken into account? It has been argued indeed, that for the framing of choice-of-law rules it is "consistent with the economic approach (...) to take as (...) objective the maximization of global welfare".⁸⁹ The target "should be to identify and implement rules that will permit transactions to take place when the total impact on welfare is positive, and prevent transactions from taking place when the total impact on welfare is negative".⁹⁰ It is submitted that the assessment of global welfare including the welfare impact on all persons affected by a choice-of-law agreement or any other choice-of-law rule is in most cases beyond the ability of a court and that legislatures, instead of conducting the analysis required, will rather decide on the basis of a political

assessment. Similar difficulties arise from the time horizon that needs to be fixed for assessments of efficiencies. Are only short-term effects of a given conflict rule to be included, or should we equally consider long-term effects that a conflict rule may produce on a location or a whole industry? Would the loss of business for the legal services market at London be a valid efficiency argument when it comes to the restriction of party autonomy? Without going into further detail it appears that the explanatory capability of the efficiency analysis does not allow for sufficient normative conclusions at the present stage.

56. But even if that analysis can be further developed as it certainly will in future years it should not be forgotten that efficiency or welfare is only one value that determines the content of legal rules alongside and sometimes in conflict with others. Efficiency arguments may serve for the affirmation or the critique of legal rules and principles, but they are not apt to set aside the law. The pure utilitarian approach does not take rights and their stabilizing function for the expectations of individuals seriously although the maximization of welfare is built on the assumption that property rights are respected and contracts are performed

irrespective of the outcome of an efficiency analysis in the single case.⁹¹ Nor can efficiency arguments provide an explanation for the view that party autonomy is more than just the result of the positive law of a given state. When we try to explain that view we have to discuss the relation of the individual with the state, or rather, with the various states.

2. Freedom and natural will

57. The starting point for a justification of the binding effect of contracts in legal theory can only be the natural will of the individual along with the corollary right to craft such will by virtue of the individual's innate freedom. The philosophers of the Enlightenment saw man as being born in natural state of freedom. As framed by Locke: "We must consider what State all Men are naturally in, and that is, a State of perfect Freedom to order their Actions, and dispose of their Possessions, (...) within the bounds of the Law of Nature, without asking leave, or depending upon the Will of any other men. A State also of equality (...)"⁹² For Rousseau as well, our birth into a state of freedom is the core and origin of political philosophy: "Man is born free (...)"⁹³ and shortly thereafter as concerns children: "they are born

men, and free; their freedom belongs to them, and nobody except them has a right to dispose of it".⁹⁴

58. In Germany, Immanuel Kant merged freedom and equality into one right. "There is only one innate right. Freedom (independence from being constrained by another's choice), insofar as it can coexist with the freedom of every other in accordance with a universal law, is the only original right belonging to every man by virtue of his humanity. This principle of innate freedom already involves the following authorizations, which are not really distinct from it (as if they were members of the division of some higher concept of a right): innate equality, that is, independence from being bound by others to more than one can in turn bind them; (...) his being authorised to do to others anything that does not in itself diminish what is theirs, so long as they as they do not want to accept it".⁹⁵ Thereby a subjective conception of law and right finds expression: natural freedom is at the outset the subjective right of the individual. Before this backdrop, Kant defines objective law as the "sum of the conditions under which the choice of one can be united with the choice of another in accordance with a universal law of freedom".⁹⁶

3. Binding effect

59. The textual passages from the Enlightenment authors make clear the relationship between freedom and will.⁹⁷ It is also the ability to bind oneself according to one's own wills that transpires. Yet why should this freedom not also include the power to withdraw the obligation at one's discretion? Were this is the case, no obligation could ever develop. That is to say, binding contracts would be logically excluded with the result that human interaction could only be coordinated through the (legally) non-binding agreements which otherwise preside over life's routine and trivial matters. Such agreements may witness informal enforcement within the confines of social groups, but they are obviously unsuited for the coordination of behaviour and determination of future action in respect of relationships extending beyond one's own social circle or encompassing a long-term horizon. For such matters a legally binding effect is indispensable.

60. One might argue that the binding effect of a promise can be explained just by the innate individual freedom itself. Would the individual, by virtue of his freedom, not also be empowered to forswear any renunciation of

his promise? That sounds plausible at first sight. But is the waiver of this potential act of renunciation reconcilable with natural freedom? Would it not be equivalent to accepting an unnatural state of man? This question leads directly to a debate engaged in by Enlightenment philosophers in regard to justifications offered for slavery. Responding to the contentions of Grotius, Rousseau wrote, “to renounce our freedom is to renounce our character as men, the rights, and even the duties of humanity”.⁹⁸ Locke for his part rejected the confiscation of property by the state on the grounds that “then all free and voluntary Contracts cease, and are void, in the World; (...) can there be any thing more ridiculous than to say, I give you and yours this forever; and that in the surest and most solemn way of conveyance can be devised: and yet, it is to be understood that I have Right, if I please, to take it away from you again to Morrow?”.⁹⁹

61. Thus, it is ultimately reference to the obvious which is drawn upon as an argument for the binding effect of agreements, exactly in the manner that the binding nature of treaties in international law is also at present occasionally derived from the “nature of contracts”.¹⁰⁰ Phrased alternatively, the natural freedom of the individual

offers no further logical justification for a binding effect. Instead, the legally binding character denotes what Rousseau characterised as “passage from the state of nature to the civil state”.¹⁰¹ It has its roots in the individual’s natural freedom and will, but its effect only becomes manifest within man-made systems of law.

4. Choice of law agreements as self-fulfilling (dispositional) contracts

62. As discussed in more detail in Section III above, this conclusion has sometimes led to choice of law clauses only being granted recognition within the framework of a given positive conflict of laws system. In getting to that result, however, inadequate attention has been paid to just what the binding effect of choice of law agreements – as opposed to other contracts – signifies; the result has been an inappropriate commingling of the different types of contracts.

63. One who commits himself vis-à-vis another party to a course of action, forbearance or tolerance fixes his future conduct or, at a minimum, rules out specified future behaviour. It is on this basis that a contractual partner, for his part, makes certain promises

in return. The legally binding nature of a promise is thus prerequisite and consequence for the counter-promise; this mutual dependence finds expression in the exception *non adimpleti contractus*, the exception of an unfulfilled contract: where one party fails to meet its obligations, the other party’s non-performance is excused as well. Both obligations, initially independent from each other, are intrinsically connected to one another by the contract.

64. The agreement over a choice of law is of a wholly different nature. Neither of the two parties promises a certain future behaviour that is necessary for the mutual performance of the contract. One might infer from a choice of law agreement the parties’ undertaking not to invoke a different law when a dispute occurs. But such a construction is not imposed by the nature of the contractual choice of law. If the parties make a valid agreement on Law A, a subsequent appeal by one of them for the application of Law B need not disconcert the other party; Law A will remain applicable absent a new agreement on the applicability of Law B. Put in other words, the choice of law agreement is not binding through some sense of corresponding obligation. That is to say, an exception based upon an unfulfilled contract

would not lie. Rather, the effect of the agreement was realised at the moment it was jointly adopted by the parties. It is a self-fulfilling contract and embodies what might best be described as a dispositional character: it disposes of the assignment of the contract to one of the several hundred legal orders to be found across the world.

65. As a dispositional contract, it arises in a context where an applicable legal order is, a priori, lacking and necessarily only stands to be determined with reference to the conflict of laws rules of the court that will later be seized of the case.¹⁰² That the parties can conclude such a dispositional agreement is the result of their natural freedom and the practical necessity that one of the many legal orders must ultimately referee their legal relationship. The parties can determine the assignment to a national legal system by virtue of their natural will since the alternative, namely assignment according to a national conflict of laws regime, varies from country to country and thus cannot guarantee the parties that their legal relationship will be subject to one and the same legal order across all fora across the globe that may eventually be seized of the case. The principle of equivalent natural freedom, emphasized by Kant, includes however,

as a starting point, the safeguard of a uniform legal framework for the legally binding treatment of the individual. The judge must therefore recognise this principle in a first step also in those instances where he can, in conformity with his conflict of laws regime, impose specific and non-uniform limitations in a secondary step.

5. Freedom of choice as a pre-governmental right

A) Enlightenment philosophy and human rights

66. The above described derivation of objective law from the individual's subjective, innately endowed rights finds an echo in the development of human rights occurring since the end of the 18th century. At the start, we find the French revolutionary *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* of 26 August 1789. Its first article drew nearly verbatim from the formulations of Rousseau and Kant: "Men are born and remain free and equal in rights (...)".¹⁰³ 150 years later on 10 December 1948, the General Assembly of the United Nations proclaimed with similar pathos in Art. 1 of the Universal Declaration of Human Rights: "All human beings are born free and equal in dignity and rights".¹⁰⁴

67. This human rights dimension may perhaps seem exaggerated as an element of the free choice of law. One might question whether the ability of contracting parties to agree upon the applicable law holds more than token value in comparison to fundamental rights in respect of life and bodily integrity, due process and freedom of opinion. Can the contractual parties' desire for transactional certainty –as served by private international law– truly be classified on the same level as the fundamental interest in not being subject to torture or slavery?

68. While such a comparison would concededly be disproportionate, the question fails to perceive the theoretical objectives of this present inquiry. It does not relate to the quantification of restrictions and impairments imposed upon individuals, but rather to individuals' entitlement to subjective rights both inside and outside of the confines of every legal order, rights *vis-à-vis* their own and foreign countries which may be declaratorily recognised by the positive law but whose existence is not dependent on such recognition. The existing catalogue of human rights by no means is limited to rights which ensure mankind's biological existence; numerous rights are related specifically to the relationship between

the individual and the state, its laws and its institutions. One need only have in mind the right to be heard in judicial proceedings, the right of legal remedy, the principle of *nulla poena sine lege*, etc.

69. Reconciling the innate dignity of the individual with the power of the state can indeed be found at the origin of human rights as contemplated in the political thought of the Enlightenment. Therein, these rights are accordingly identified as protecting the individual in his relationship with his own state: or even more precisely, with "the" State. Without its ever being made explicit, the individual is consistently seen as a static entity wanting to assert itself *vis-à-vis* one single state, i.e. "the" state and, specifically, its respective authority. Even human rights which are tailored to dynamic interactions such as the right of migration or the right to seek asylum ultimately address the conflict between the individual and a single state, be it the country of origin or the host country.

70. The catalogue of human rights only marginally recognises that the individual, confronted with the dynamics of globalisation, increasingly comes into conflict with several states simultaneously. Thus, for instance,

pursuant to Article 28 of the Universal Declaration of Human Rights "Everyone is entitled to a social and international order in which the rights and freedoms set forth in this Declaration can be fully realized".¹⁰⁵ Reading this provision in association with other individual rights such as the right to own property expressed by Article 17, one could nonetheless venture the conclusion that the international order, which is also contributed to by each individual state via its private international law, must be configured such that the individual is afforded legal certainty in respect of his property rights.

71. Contracts in which property rights are established or altered must, therefore, have predictable effects. This is not the case when the effects of the contract will depend upon the court which is called upon and its respective conflict of laws regime which identifies one of several different national legal orders potentially involved. One must then infer from the conceptualisation of human rights, i.e. a conception fundamentally embracing the existence of subjective rights within every legal order, that the efforts of individual contracting partners to create legal certainty by means of a choice of law selection are to be recognised

and respected on their merits. This represents, as it were, a human right in a globalised world that is typically directed against not only one, but several affected states, specifically those states whose courts share the judicial competence to resolve a dispute arising from a contractual relationship. These courts are obliged to recognise the choice of law as an instrument which, in a multi-jurisdictional world, charts a course of legal certainty.

B) Clarification of freedom of choice as derived from human rights

72. The basis for a human rights justification for freedom of choice can also be found in the conflict of laws literature. It emerges from the comprehensive and thorough inquiry of Yuko Nishitani that one of the founders of European private international law, Pasquale Stanislao Mancini, was strongly influenced by the Kantian conception of freedom.¹⁰⁶ Mancini sees the legal order as guarantor of “the reconciliation of private and individual liberty with the exercise of social power, i.e. of the relations between state law and the rights of the individual, between the political order and the civil order of domestic and private relations. The action of the social power stops where it encounters the

inoffensive and therefore legitimate liberty of private individuals. Consequently, the social authority cannot, without acting with unjust excess, invade the inaccessible and inviolable sphere which is reserved to the extension and exercise of that inoffensive liberty”.¹⁰⁷ And as to the question of why individuals should be allowed in their contracts to subject themselves to foreign law, Mancini answers: “because we have to respect their liberty to the extent that it is inoffensive, and that the State has no interest in preventing its exercise”.¹⁰⁸

73. These thoughts were again seized upon at the end of the 20th century by the Institut de Droit International and its rapporteur Erik Jayme.¹⁰⁹ The resolution of the Institut points out in its preamble “that party autonomy is one of the basic principles of private international law”; furthermore, it acknowledges “the freedom of the individual as recognized by the conventions and resolutions of the United Nations”.¹¹⁰ The Universal Declaration of Human Rights is referenced in connection with the resolution. Accordingly, Jayme’s report remarks that the provisions of positive law of the various legal systems “are inspired and supplemented by principles flowing from sources of international origin

such as the conventions on human rights and the conventions and resolutions of the UN concerning civil and political rights. The legitimacy of party autonomy lies in the freedom of individuals in respect of their personal and commercial affairs recognized by the states (...)”.¹¹¹ It has to be noted that the report does not bestow a constitutive effect on the conferral, by the states, on individuals of freedom in respect of their affairs, but that it points to the recognition of such freedom by the states. It follows that the report considers that freedom as pre-existing and the recognition by the states, as a declaratory act.

Section V: Conclusion

1. Interaction of choice of law and objective law

74. In sum, the conclusion is warranted that party autonomy as seen in international contract law rightfully claims a theoretical foundation. It is rooted in the pre-governmental right of individuals to subject themselves to a particular positive legal order through acts of private volition. This right is justifiable for cross-border matters which, as a consequence of their nature, have some connection to more than one legal regime. In such

cases, the positive law of individual legal systems does not yield the performance which is understandably sought, namely the creation of legal certainty. The claim to legal certainty can in fact be interpreted as flowing from a number of human rights. In a multi-jurisdictional context, this objective can only be attained through a threshold stipulation –a self-fulfilling or dispositional agreement– entered into by the parties. To this extent party autonomy mirrors the pre-governmental character of individual freedom.

75. This understanding, conversely, cannot justify freedom of choice for purely domestic matters; here the national law of the affected state is capable of providing individuals with a homogeneous framework under which they may order their relations under conditions of legal certainty. This is in accord with the non-derogable nature of mandatory law as provided by Article 3 par 3 and Article 3 par. 4 of the Rome I Regulation for, respectively, purely domestic matters and intra-Community matters.¹¹² While these provisions do allow for a choice of law as concerns purely domestic/internal matters as well, such choice is only available in respect of optional or default rules of law, i.e. non-mandatory

provisions. In this context choice of law serves merely as a kind of proxy for the incorporation of substantive foreign law; it would be possible in theory that the contract contains a whole body of foreign dispositive law copied rule by rule. A choice of law clause abbreviates such lengthy and cumbersome procedures. The parties' right to stipulate the application of foreign law to a purely domestic transaction with regard to dispositive rules makes practical sense in some cases and has therefore been acknowledged by the European legislature. It is anchored in positive law but cannot be said to flow from a human rights approach.

76. In other regards, the foundation of party autonomy as an individual right, ascribable to natural law and –more recently– to human rights, can only explain the very core of choice of law as such, but not the myriad limitations, modalities and its specific scope. Just as advocates of a wholly positivistic, derivative understanding of party autonomy must recognise that significance ultimately inheres to the will of the individual,¹¹³ a priori, natural law or human rights conceptions of party autonomy do not satisfactorily explain its scope unless the political will of the respective legislatures –as given expression by the positive law of the

individual legal systems– is simultaneously taken into account. A complete and reliable picture only unfolds when pre-governmental party autonomy is understood in co-existence with the varied limitations placed upon it by the objective law of individual nations.

77. These private international law conclusions broadly coincide with observations that we have made regarding the co-existence of private and state “law-making” in respect of substantive private law.¹¹⁴ Private rule making is an imperative in the modern economic world since market dynamics result in the private sector having a head start over its public counterpart in terms of emerging knowledge. The need for regulation registers first in the private sphere. The state legislature necessarily lags behind, reacting when market processes reveal that private regulation has been detrimental to weaker market participants or third parties or that the public interest in the functioning of the market or in other aspects of the public good is being harmed. Just as state law makers must intervene in those situations with carefully tailored legislation, in private international law as well they have the analogous task of crafting and imposing focused restrictions on the freedom of choice. An additional

task is of course incumbent upon state law where the private parties do not make use of their liberty to designate the law governing their legal relations.

2. The scope of freedom of choice in private law

78. The division of labour described here between party autonomy and the positive law of individual legal systems which mark its boundaries is not, in principle, limited to contractual obligations. Rather, the underlying legal theory has general application to all those areas in which private individuals are capable of creating legal relationships and consequences without the constitutive participation of public authorities. This holds particularly true for many areas of international family law such as conflict of law rules for the personal and property effects of marriage, and for divorce, but also in the fields of succession law, tort law, property law and company law.

79. A theory of private international law which deliberately furthers legal development as opposed to one which simply offers ex post explanation for changes already observed should embrace the fundamental legitimacy and superiority of freedom of choice such that its specific restrictions in individual legal areas can then, in a secondary step, be examined. It must also turn to the question of which considerations should dictate the applicable law when private parties have not exercised their choice of law option. These are important, but subordinate questions. For the conception of individual liberty prevailing since the European enlightenment and now finding expression in the Universal Declaration of Human Rights, the recognition of free choice of law as the primary method of ordering international legal relationships within individual legal systems remains the paramount consideration.

* This paper is a slightly amended extract from J. Basedow, *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, The Hague, Brill / Nijhoff, 2015. Another shorter version was part of the General Course on Private International Law taught at the Hague Academy of International Law in 2012, *Recueil des Cours*, vol. 360, 2013.

** Prof. Dr. Dr.h.c.mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard Univ.); Director, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law and Professor of Law, University of Hamburg; Membre associé of the Institut de Droit International.

¹ J. Beale, “What law governs the validity of a contract?”, *Harvard Law Review*, vol. 23, 1910, p. 260.

² J-P. Niboyet, “La théorie de l’autonomie de la volonté”, *Recueil des Cours*, vol. 16, 1927, pp. 1-116, at p. 51.

³ See the early comment of Kegel in his textbook, see G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 3^o ed. Munich, 1971, p. 255: “Verlegenheitslösung”.

⁴ An exemplary reference here would be the comprehensive review by S. Leible, “Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?”, in: VV.AA. (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. 1, Munich, 2004, pp. 485-503.

⁵ Regulation (EC) n° 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17/06/2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), O.J. 2008 L 177/6; see further O. Lando / P.R. Arnt Nielsen, “The Rome I Regulation”, *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, pp. 1687-1698 ff. on party autonomy.

⁶ See preceding fn., recital 11.

⁷ See Article 3 para. 1 of the Rome Convention of 19/06/1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations, consolidated version in O.J. 2005 C 334/1.

⁸ “Die kollisionsrechtliche Parteiautonomie ist für das Schuldrecht weltweit anerkannt: Die Parteien können das anwendbare Recht selbst wählen, und diese Rechtswahl schließt prinzipiell das zwingende Recht der gewählten Rechtsordnung ein und das der anderen, “abgewählten Rechtsordnungen aus”. A. Flessner, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1990, p. 97; English translation in text provided by author; similarly S. Leible, “Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?”, *Festschrift für Erik Jayme* (note 4), pp. 485-503 at p. 486 with further references.

⁹ Even if occasionally outdated by the 30 years which have passed since its completion, the comprehensive comparative study by O. Lando remains a seminal work: “Contracts”, *IECL*, vol. III, ch. 24, Tübingen, 1976, pp. 14-32.

¹⁰ See § 1–105 of the Uniform Commercial Code; see also G. Rühl, “Party autonomy in the private international law of contracts – transatlantic convergence and economic efficiency”, in: E. Gottschalk / R. Michaels / G. Rühl / J. von Hein (eds.), *Conflict of laws in a globalized world*, Cambridge, UK, 2007, pp. 153, 157 ff.

¹¹ P. Nygh, n° 19.6, p. 389.

¹² Y. Nishitani, “Party autonomy and its restrictions by mandatory rules in Japanese private international law: Contractual conflicts rules”, in: J. Basedow / H. Baum / Y. Nishitani (eds.), *Japanese and European private international law in comparative perspective*, Tübingen, 2008, pp. 77, 80 ff.; see also Article 7 of the Act on General Rules for Application of Laws, n° 78 of 2006, *ibid.*,

pp. 405-407; the law is also found in *YBPIL*, VIII, 2006, pp. 427 ss.; on this topic Y. Okuda, “Reform of Japan’s private international law: Act on the general rules of the application of laws”, *YBPIL*, VIII, 2006, pp. 145, 148 ss.

¹³ B. Wang, “Neue Entwicklung im IPR der VR China”, *IPRax*, 2007, pp. 363-367 ss.; see also § 3 of the “Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von zivil- und handelsrechtlichen Vertragsstreitigkeiten mit Außenberührung”, *IPRax*, 2008, p. 67 and on this point L-C. Wolff, “Neue IPR-Regeln für Verträge”, *IPRax*, 2008, pp. 55-56 ss.; see now Art. 41 of the Law of the People’s Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations of 28/10/2010, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, vol. 47, 2011, pp. 256-263.

¹⁴ The subject has recently been treated in a comprehensive way by N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Padova, 2010.

¹⁵ English translation of text in P. Garland, *Bilateral Studies. American-Brazilian Private International Law*, New York 1959, pp. 111 ss.; see J. Kleinheisterkamp, *International Commercial Arbitration in Latin America*, New York, Dobbs Ferry, 2005, pp. 322 ss.

¹⁶ Ley n° 9.307, de 23/09/1996 – dispõe sobre a arbitragem, Coleção das leis da República Federativa do Brasil, vol. 188, 1996, p. 4271; see art. 2 §1.

¹⁷ L.O. PIMENTEL / P. DE OLIVEIRA AREAS / M. COPETTI, “Brazil”; in: C. Esplugues Mota / D. Hargain / G. Palao Moreno (eds.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid / Buenos Aires / Montevideo, 2008, pp. 135-137; reaching a similar conclusion in a thorough analysis of the academic literature and jurisprudence: N. de Araujo, *Contratos internacionais: Autonomia da vontade, Mercosul y convenções internacionais*, 2^o ed., Rio de Janeiro, 2000, p. 109; see also J. Samtleben, “Das Internationale Privatrecht des MERCOSUR, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*”, *RabelsZ*, vol. 63, 1999, pp. 1-59.

¹⁸ See W. de Souza Campos Batalha, *Direito internacional privado*, vol. II, 2^o ed., São Paulo, 1977, p. 248; J. Grandino Rodas, “Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais”, in: J. Grandino Roda / C. Salomão Filho, *Contratos internacionais*, 3^o ed., São Paulo, 2002, pp. 19-32.

¹⁹ I. Strenger, *Da autonomia da vontade em direito internacional privado*, São Paulo, 1967, pp. 205 ff. based upon O. Tenório, *Ley de introdução ao código civil brasileiro*, 1943, see also the 2^o ed., Rio de Janeiro, 1955, para. 610.

²⁰ Tratado de derecho civil internacional, Montevideo, 12/02/1889, see e.g. <http://normas.diprargentina.com/2007/06/tratado-de-derecho-civil-internacional.html>; a German translation of the conflict of laws provisions of the Uruguayan Civil Code can be found in J. Kropholler / H. Krüger / W. Riering / J. Samtleben / K. Siehr, *Außeruropäische IPR-Gesetze*, Hamburg and Würzburg, Deutsches Notarinstitut, 1999, pp. 908 ss.

²¹ D. Hargain / G. Mihali, “Uruguay”, in: C. Esplugues Mota / D. Hargain / G. Palao Moreno (eds.) (note 17), pp. 765-766 with reference to case law.

²² See further D. Hargain / G. Mihali (note 21), p. 773; offering a comprehensive look at the case law, also C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo 1991, pp. 70 ss.

²³ Ministerio de Relaciones Exteriores, Ley general de derecho internacional privado, presently in legislative proceedings (the proposal is on file with the author), see article 48. In support of party autonomy, see e.g. D. Hargain / G. Mihali (note 21), pp. 773 ss.; for a comprehensive discussion, see also J. Talice, “La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el derecho internacional privado uruguayo”, *Liber amicorum Didier Opertti Badán*, Montevideo 2005, pp. 527 ss.

²⁴ Translation from Taleghany, *The Civil Code of Iran*, Littleton, 1995, p. 136.

²⁵ See N. Yassari, “Das Internationale Vertragsrecht des Irans”, *IPRax*, 2009, pp. 451- 456.

²⁶ Translation from Perrot / Sims, *The Egyptian Civil Code*, Alexandria, 1952, p. 8. For a thorough treatment see H. Jung, *Ägyptisches internationales Vertragsrecht*, Tübingen, 1999, in particular p. 7-20.

²⁷ See H. Krüger, “Der Grundsatz der Parteiautonomie in den Kollisionsrechten der arabischen Staaten”, in: K-H. Böckstiegel (ed.), *Vertragspraxis und Streiterledigung im Wirtschaftsverkehr mit arabischen Staaten*, Köln, 1981, pp. 95-100, especially at p. 100; for a comprehensive comparative survey covering the law of a large number of oriental states, see *id.*, “Zur Parteiautonomie im internationalen Schuldvertragsrecht im orientalischen Umfeld der Türkei”, in: *Prof. Dr. Gülören Tekinalpe Armağan – Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2003, pp. 539-564, at p. 552-553 concerning Saudi Arabia.

²⁸ H. Krüger, *Allgemeiner Rechtszustand und internationales Privatrecht der Republik Jemen, Recht der internationalen Wirtschaft*, 1993, p. 28 with a German translation of the pertinent article 30 of the Civil Code on p. 31.

²⁹ H. Hashem, *The Jordan Civil Code of Moslem Jurisprudence*, including the translation of the pertinent Article 20 of the Civil Code, p. 4.

³⁰ S.H. Amin, *Legal System of Iraq*, Glasgow, 1989, with a discussion of the pertinent Article 25 on p. 163.

³¹ Translations of the Yemeni, Jordanian and Iraqi provisions (note 28-30) are not formulated identically to the corresponding Egyptian provision. However, it is quite clear from the Egyptian government’s official French translation of the code that the parties may always – with the exception of realty contracts – select the applicable law. The grammatical formulation encountered in the other three translations suggests a limitation to cases where the parties do not share the same domicile. However, H. Krüger (note 27), p. 30, comments that Art. 30 of the Yemeni Civil Code embodies the principle of party autonomy within the international law of contractual obligations.

³² UNIDROIT, *Unidroit principles for international commercial contracts*, Rome, 2004; see M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 3^o ed., New York, Ardsley, 2005; S. Vogenauer / J. Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, 2009.

³³ See Art. 3 para. 2 of the Commission Proposal, COM, 2005, p. 650 final of 15/12/2005, also printed in Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)”, *RebelsZ*, vol. 71, 2007, pp. 225–344 at pp. 241 ss., with a basic support of the Commission Proposal.

³⁴ See BG 20 December 2005, BGE 132 III 285 concerning the reference to the pertinent FIFA Rules in a contract between the agent of a professional soccer player and a Greek soccer club. The judgement has been reported and approved *de lege lata* by I. Schwander, “Rechtsprechung zum internationalen Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrecht”, *SZIER*, vol. 16, 2006, pp. 335–353 at pp. 346–350; cf. also the critical comments by G. Lohri, “Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke nach Art. 116 Abs. 1”, *IPRG*, Zürich, 2010, n^o 244 ss.

³⁵ See B. Fauvarque-Cosson, “Les contrats du commerce international, une approche nouvelle: les Principe d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international”, *RDIDC*, 1998, pp. 463-489 at p. 477-478; R. Michaels, “Preamble I”, n^o 35, in: S. Vogenauer / J. Kleinheisterkamp (eds.) (note 32).

³⁶ On this issue see M. Scherer, Preamble II, in: S. Vogenauer / J. Kleinheisterkamp (eds.) (note 32), A. K. Schnyder / P. Grolimund, “Opting in oder opting out? Anwendung der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in schiedsgerichtlichen Verfahren”, in: I. Schwenzer / G. Hager (eds.), *Festschrift für Peter Schlechtriem*, Tübingen 2003, pp. 395–411, with references to ICC arbitration awards.

³⁷ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, Vienna 2008, p. 33, n^o 39.

³⁸ See Ley 9307/1996 (note 16), art. 2 § 2; Pimentel / de Oliveira Areas / Copetti (note 17), p. 143; W. Barral Oliveira / A.S. Maillart, “Brasil”, in: A. Zapata de Arbeláez / S. Barona Vilar / C. Esplugues Mota, *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica*, Bogotá, 2010, pp. 183–210, especially at p. 200.

³⁹ See e.g. C. Esplugues Mota, “Lineas generales de la regulación del arbitraje en Europa en las últimas décadas: paralelismos y divergencias con el proceso latinoamericano”, in: A. Zapata / S. Barona / C. Esplugues (note 38), pp. 37-57 at 55 with particular reference to Spain; for Venezuela see E. Hernández Bretón / I. Esis Villaroel, “Venezuela”, in: A. Zapata / S. Barona / C. Esplugues (note 38), p. 719–748 especially at p. 735; for some other Latin American countries see J. Kleinheisterkamp, pp. 326 SS.; for Germany see P. Schlosser in: F. Stein / M. Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol. 9, 22^o ed. Tübingen, 2002, § 1051, n^o 6.

⁴⁰ “(...) siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate”. On the interpretation of that rule see J. Gonzalez Campos y otros., *Derecho internacional privado. Parte especial*, 5^o ed. Madrid, 1993, pp. 212-213.

⁴¹ See in particular J.C. Fernández Rozas / R. Arenas García / P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 2^o ed., Madrid 2009, p. 319; see also J. Carrascosa González, in: A. Calvo Caravaca / L. Fernández de la Gándara (eds.), *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, p. 82.

⁴² In 2008, the Virgin Islands were the only US jurisdiction that had adopted the new § 1-301, see P. Borchers, “Categorical Exceptions to Party Autonomy in Private International Law”, *Tulane Law Review*, vol. 82, 2008, pp. 1645-1661 at pp. 1656-1657.

⁴³ See G. Rühl (note 10), pp. 161-163: “It seems that American courts consider almost any relationship to the foreign law as a substantial relationship (...)”; P. Hay / P. Borchers / S. Symeonides, *Conflict of Laws*, 5^o ed., Minn., St. Paul, 2010, p. 1093: “(...) cases that have actually struck down a choice-of-law clause on this ground are few and far between”.

⁴⁴ See Article 5-8 of the Rome I Regulation, above at note 5.

⁴⁵ See P. Borchers, *Tulane Law Review*, vol. 82, 2008, pp. 1658-1659, pointing, however, to the basic aversion of American courts to regulatory interference with party autonomy.

⁴⁶ See S. Leible (note 19), pp. 493-501; J. Basedow, “The recent development of the conflict of laws – Some comparative observations”, in: J. Basedow / H. Baum / Y. Nishitani (note 12), p. 3, p. 15 f.; E. Jayme, “Die Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie”, in: B. Jud / W.H. Rechberger / G. Reichelt (eds.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, Vienna, 2008, pp. 63-65 ss., with numerous references; see below chapter 3 for a more detailed treatment.

⁴⁷ See E. Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, vol. 2, Berlin, 1929, pp. 159-162; on Frankenstein’s conception of primary and secondary bases see *Internationales Privatrecht*, vol. 1, Berlin, 1926, pp. 49-50. The same division of the concept of party autonomy into an a priori understanding and a derivative understanding has in fact been contemplated by many authors, see e.g. for Uruguay Q. Alfonsín, “La teoría de la autonomía de la voluntad aplicada al régimen internacional de los contratos”, in: *Escritos jurídicos*, vol. II/2, Montevideo, 1977, p. 351; see also H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé, réédition de l’ouvrage paru initialement en 1956*, Paris, 2002, pp. 65 ss., p. 70.

⁴⁸ He considered “für den Menschen die Staatsangehörigkeit, für die Sache ihre räumliche Lage [für die] beiden einzigen Anknüpfungen, welche aus dem Wesen des Rechts unabhängig von jeder gesetzgeberischen Willkür sich ergeben, das einzige, was man überhaupt a priori über Beziehungen von Menschen und Sachen zur Rechtsordnung auszusagen vermag. [Diese] primäre[n] (originäre[n], aprioristische[n]) Anknüpfungen verweisen auf eine Rechtsordnung, welche die Rechtsverhältnisse erschöpfend ordnen könne; [sie könne] sich aber auch auf eine mittelbare Beherrschung beschränken und aus Gründen der Zweckmäßigkeit oder anderen Erwägungen durch einen Akt, den wir sekundäre (derivative) Anknüpfung nennen, die Person oder Sache ihrerseits wieder einer anderen Rechtsordnung unterwerfen (...), die dann erst ihrerseits die Herrschaft unmittelbar ausübt“. See Frankenstein (note 47), vol. 1, pp. 49-50; English translation in text provided by author.

⁴⁹ See above note 22.

⁵⁰ C. Fresnedo de Aguirre (note 22), pp. 115 ss.

⁵¹ See text above in para. 7.

⁵² See A. Vargas Guillemette, *Codificación nacional del derecho internacional privado*, Montevideo 1943, p. 22: “(...) las competencias internacionales [legislativa y judicial] que son fundamentalmente de orden público porque afectan en su faz legislativa o judicial la soberanía del país en que se localiza la relación jurídica y están por lo tanto por encima de sus individuales voluntades. [The rules on jurisdiction and the applicable law] se determina[n] por razones superiores a la voluntad de las partes comprometidas en una relación jurídica” (emphasis added); the author gratefully acknowledges the help of Prof. G. Lorenzo Idiarte, Montevideo, for the reference to this source. The English translation in the text has been provided by the author.

⁵³ “Il est certes choquant de penser que la solution jurisprudentielle dans le sens généralement reçu du choix par les parties de la loi applicable signifierait que l’empire de chaque loi dépendrait de la volonté des parties: Une pareille vue semble peu conciliable avec la notion que la loi exerce une autorité assortie de sanctions coercitives”, see H. Batiffol (note 47), pp. 83-84. On a similar note, see already J-P. Niboyet (note 2).

⁵⁴ See above note 1.

⁵⁵ G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, hrsg. von Helmut Reichelt, Frankfurt / Main 1972, S. 186 (§ 211), English translation by A. Wood / H.B. Nisbet, *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge, 1991, 2008.

⁵⁶ “Vom Standpunkt der objektiven Ordnung oder der durch sie konstituierten Gemeinschaft gibt es überhaupt kein selbständiges Individuum. (...) Indem die reine Rechtslehre das so genannte subjektive Recht in allen seinen Erscheinungsformen (...) als vom objektiven Recht verschiedene Wesenheit auflöst und nur als besondere Gestaltung (...) des objektiven Rechts begreift, hebt sie jene subjektivistische Einstellung zum Recht auf, in deren Dienst der Begriff des Rechts im subjektiven Sinne steht: jene advokatorische Auffassung, die das Recht nur unter dem Gesichtspunkt des Parteiinteresses, das heißt im Hinblick darauf betrachtet, was es für den Einzelnen bedeutet, inwiefern es ihm nützt (...).” H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage, 1934, pp. 59 and 60, quoted here from the new edition by M. Jestaedt, Tübingen, 2008, pp. 70-71 (author’s translation); for a similar, but not identical English translation see B. Paulson / S. Paulson, *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Oxford, 1992, pp. 52-53.

⁵⁷ *Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee, (...) das an und für sich Vernünftige, (...) die Wirklichkeit der konkreten Freiheit*. G.W.F. Hegel (note 55), pp. 214 ss. and p. 221 (§§ 257, 258 und 260). English translation from A. Wood / H.B. Nisbet (note 55), pp. 275, 280.

⁵⁸ G.W.F. Hegel (note 55), p. 80 (§ 75).

⁵⁹ J. Locke, *Two treatises of government*, London, 1698, quoted here from the new edition by P. Laslett, 17^o printing, Cambridge, 2005, pp. 330-331 (§§ 95 of the Second Treatise).

⁶⁰ “L’association civile est l’acte du monde le plus volontaire; tout homme étant né libre et maître de lui-même, nul ne peut, sous quelque prétexte que ce puisse être, l’assujétir sans son aveu”. J-J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762, quoted here from the edition by B. Bernardi, Paris, 2001, Livre IV, chapitre 2, p. 146; English translation here from Ch. Betts, J-J. Rousseau, *Discourse on Political Economy and the Social Contract*, Oxford, 1994, 2008, p. 137.

⁶¹ See Q. Alfonsín (note 47), pp. 355 ss. and the quote from Vargas Guillemette, found above in the text preceding fn. 48; see also C. Fresnedo de Aguirre (note 22), p. 70.

⁶² “Toute législation impérative devient inutile s’il suffit à ceux que ces dispositions dérangent de déclarer leur contrat soumis à une autre loi, ce contrat serait-il purement interne”. H. Batiffol (note 47), p. 69; English translation here provided by the author.

⁶³ See the citation from A. Flessner (above in para. 3). Within the European Union, the result follows from Art. 3 para. 3 of the Rome I Regulation which invalidates the abrogation of “simple” mandatory provisions only where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, see R. Plender / M. Wilderspin, n^o 5-25 – 5-27, pp. 105-107. In Switzerland, Art. 13 of the Federal Law on Private International Law of 18/12/1987, BBl, 1988 I 5, AS 1988, 1776, English translation in *American Journal of Comparative Law*, vol. 37, 1989, p. 193, explicitly provides that all pertinent provisions of the law designated by the Swiss conflict rule will apply; under Art. 18 only the overriding mandatory provisions – and not all mandatory provisions – of Swiss law claim application, see M. Mächler-Erne, in: H. Honsell / N. Peter Vogt / A.K. Schnyder (eds.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Internationales Privatrecht*, Basel, 1996, Art. 18, n^o 10; K. Siehr, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich, 2002, p. 236 advocates an interpretation of Swiss conflicts law in accordance with Art. 3 para. 3 Rome I-Regulation. In the US, § 187 Restatement, Second, Conflict of Laws extends a choice of law to mandatory provisions, if the parties could resolve the relevant issue by agreement, see P. Hay / P. Borchers / S. Symeonides (note 43), pp. 1088 ss; see also p. 1099 et seq. for a application of the public policy limitation geared on the public

policy, not of the law of the forum, but of the law that would have been applicable in the absence of a contractual choice of law.

⁶⁴ First postulated by F. Kahn, *Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetz)*, new printing in *id.*, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, Munich, 1928, pp. 161, 171; on the international acceptance of this view see further P. Lagarde, “Public Policy”, *IECL*, vol. III, ch. 11, Tübingen, 1994, pp. 22-38.

⁶⁵ Article 130(2) of the act provides: “This Act shall apply to all restraints of competition having an effect within the scope of application of this Act, even if they were caused outside the scope of application of this Act”. See for the English translation the website www.gesetze-im-internet.de.

⁶⁶ See Article 6 par. 2 of Council Directive 93/13/EEC of 05/04/1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ, 1993, L95/29; for an identical example see Article 7 par. 2 of Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25/05/1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJ, 1999, L171/12.

⁶⁷ Illustrative in this regard is the (concededly disputed) decision of the ECJ of 09/11/2000, Case C-381/98 (“*Ingmar/Eaton Leonard Technologies*”), E.C.R. 2000, I-9305, where, pursuant to its purpose and rationale, the European Court of Justice extended the provisions of the European Commercial Agent Directive 86/653/EEC to a contract between a British commercial agent and a U.S. company which was subject to California law. Advocate General Léger referred to the concept of *lois de police* in the French version of his opinion, see para. 89.

⁶⁸ See Articles 3 paras. 3 and 4, 6 para. 2, 8 paras. 1 and 9 of the Rome I Regulation; on the preceding legal policy discussion see the comments in Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, “Comments on the European Commission’s Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization”, *RebelsZ*, vol. 68, 2004, p. 1, pp. 53-59.

⁶⁹ H. Batiffol (note 47), pp. 75-76; similarly as to Article 1291 para. 1 of the Código Civil in Uruguay: Q. Alfonsín (note 47), p. 357.

⁷⁰ H. Batiffol (note 47), p. 76, relying on differences in the law regarding an absence of contractual intent in order to justify the necessity of objectively determining the issue of contractual formation.

⁷¹ See e.g. Art. 1.3 of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome 2004.

⁷² In respect of international law, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^o ed., Oxford, 2003, pp. 591 ss., makes reference to a “general principle of international law”. Even in the absence of its specification in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 UNTS 331, the principle results from the nature of contracts, see D. Carreau, *Droit international*, 7^o ed., Paris, 2001, p. 151, n^o 355; similarly A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2000, p. 144; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2^o ed., Manchester, 1984, p. 83: “Article 26 of the Convention reproduces, in lapidary language, the basic principle *pacta sunt servanda*”; also A. Verdross / B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 2^o ed., Berlin, 1981, pp. 293 ss. observing in the principle the normative basis of the law of interna-

tional contracts, unseparably linked with the principle of *bona fides*; K. Doehring, *Völkerrecht*, Heidelberg, 1999, n^o 7-12 and 741 identifies the principle as being empirically ascertainable, but not justifiable.

⁷³ See Article 3 par. 5 and Article 10 of the Rome I Regulation. This solution has been defended by O. Lando against criticisms of faulty logic, *IECL*, vol. III, ch. 24, p. 44, sec. 83.

⁷⁴ H. Batiffol (note 47), p. 73, ignoring the corrective effect of competition when he writes: “the freedom of contract as between persons who are economically unequal amounts to the suppression of the weak by the strong” (translation provided by the author).

⁷⁵ C. Fresnedo de Aguirre (note 22), p. 100.

⁷⁶ C. Fresnedo de Aguirre (note 22), p. 129.

⁷⁷ On liner shipping conferences see J. Basedow, *Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten*, Heidelberg, 1989, p. 24 f.; on the repeal of their exemption from Art. 81 EC’s prohibition of cartels see J. Basedow, in: U. Immenga / E.-J. Mestmäcker (eds.), *Wettbewerbsrecht – EG/Teil 2*, 4^o ed., Munich, 2007, Verkehr, nos. 5 and 12 ff.

⁷⁸ On the following discussion see J. Basedow, “*Lex mercatoria* and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective”, in: J. Basedow / T. Kono (eds.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen, 2006, pp. 57, 68 ss.; also *Unif. L. Rev.*, 2007, pp. 697-709 ss.

⁷⁹ On the development of the Chinese merchant fleet see H. Liu, *Liner Conferences in Competition Law – A Comparative Analysis of European and Chinese Law*, Heidelberg, 2010, pp. 26 ss., pp. 38 ss.

⁸⁰ E. O’Hara / L. Ribstein, “From Politics to Efficiency in Choice of Law”, *University of Chicago Law Review*, vol. 67, 2000, pp. 1151-1232 at pp. 1152-1153 and p. 1186.

⁸¹ K. Siehr, “Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts”, in: D. Henrich / B. von Hoffmann, (eds.), *Festschrift für Karl Firsching*, München, 1985, pp. 269-294 at p. 280; E.-M. Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im europäischen Binnenmarkt*, Tübingen 2002, pp. 14 and 277; F. Parisi / L. Ribstein, “Choice of Law”, in: P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. I, London, 1998, pp. 236-241 at p. 240; J. Basedow, “*Lex Mercatoria* and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective”, in: J. Basedow / T. Kono (eds.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen, 2006, pp. 57-71 at p. 63; G. Rühl, *Statut und Effizienz – Ökonomische Überlegungen zum Internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2011, pp. 57-71 at 63 with thorough explanations of the economic theories underlying her conclusion.

⁸² E. O’Hara / L. Ribstein, *The Law Market*, New York, 2009, p. 8.

⁸³ G. Rühl (note 81), p. 438; E. O’Hara / L. Ribstein (note 82), p. 14 point to the parties’ ability “to choose the law that suits each aspect of their economic and social lives – that is, Delaware for corporations, New York for commercial contracts, Massachusetts for mutual funds, South Dakota for credit cards – and still live in sunny California, which may have inferior laws in all these areas but better golf courses and ski slopes”.

⁸⁴ Where the parties choose the courts of London for an eventual dispute, it is obviously reasonable to permit the choice of English law for the substance of the dispute; likewise, an agreement on arbitration to be conducted at Zurich or Geneva would suggest the possibility to choose Swiss law.

⁸⁵ E. O'Hara / L.Ribstein (note 82), pp. 6-7.

⁸⁶ See now Article 7 para. 3 of the Rome I Regulation for so-called small and medium risks.

⁸⁷ For a more comprehensive study of the problem see J. Basedow, "The Case for a European Insurance Contract Code", *The Journal of Business Law*, 2001, pp. 569-586; J. Basedow, "Insurance Contract Law as Part of an Optional European Contract Act", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2003, pp. 498-507.

⁸⁸ See J. Basedow, *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, The Hague, 2015, para. 91 ss.

⁸⁹ A.T. Guzman, "Choice of Law: New Foundations", *Georgetown Law Journal*, vol. 90, 2002, pp. 883- 940 at p. 894.

⁹⁰ A.T. Guzman (note 89), p. 896 and p. 905.

⁹¹ For a thorough analysis of the political philosophy underlying the utilitarian approach see E.J. Mestmäcker, *A Legal Theory without Law*, Tübingen, 2007, in particular pp. 26-42; in German see also *id.*, *Gesellschaft und Recht bei David Hume und Friedrich A. von Hayek – Über die Zivilisierung de Egoismus durch Recht und Wettbewerb*, *ORDO*, 60, 2009, pp. 87-100.

⁹² See J. Locke (note 59), p. 269 (§4 of the Second Treatise, Emphasis in original).

⁹³ "L'homme est né libre (...)". J.-J. Rousseau (note 60), Livre I, chapitre 1, p. 46; the English by Betts (note 60), at p. 45 employs the past tense: "Men was born free (...)" to indicate a past state of nature.

⁹⁴ "Ils naissent hommes et libres; leur liberté leur appartient, nul n'a droit d'en disposer qu'eux", J.J. Rousseau (note 60), p. 58, Livre I, chapitre 4, p. 51; English translation here from Betts (note 60), p. 50.

⁹⁵ "Das angeborene Recht ist nur ein einziges. Freiheit (unabhängig von eines Anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht – die angeborene Gleichheit, d.i., die Unabhängigkeit, nicht zu mehrerem von Anderen verbunden zu werden, als wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann;... die Befugnis, das gegen Andere zu tun, was an sich ihnen das Ihre nicht schmälert, wenn sie sich dessen nur nicht annehmen wollen... - alle diese Befugnisse liegen schon im Prinzip der angeborenen Freiheit und sind wirklich von ihr nicht... unterschieden". I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797/1798, quoted here from the edition by H. Ebeling, Stuttgart, 1990, p. 76 (pp. 237-238 of the original edition). English translation from M. Gregor / R. Sullivan, I. Kant, *The Metaphysics of Morals*, Cambridge, 2009, p. 30.

⁹⁶ "Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann". I. Kant (note 95), p. 66 (p. 230 of the original edition); English text from M. Gregor / R. Sullivan (note 95), p. 24.

⁹⁷ See also the J.-J. Rousseau (quote above at note 60) and J. Locke (note 59), p. 309 (§63 of the Second Treatise): "The Freedom then of Men and Liberty of acting according to his own Will is grounded on his having Reason (...)"

⁹⁸ "Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme, au droit de l'humanité, même à ses devoirs". J.-J. Rousseau (note 60), livre I, chapitre 4, p. 51; English translation from Betts (note 60), p. 50.

⁹⁹ J. Locke (note 59), p. 395 (§194 of the Second Treatise, Emphasis in original).

¹⁰⁰ See note 72.

¹⁰¹ "(...) passage de l'état de nature à l'état civil (...)". J.-J. Rousseau (note 60), livre I, ch. 8, p. 60, english from Betts (note 60), p. 59.

¹⁰² See above Section II.

¹⁰³ "Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits". Unofficial English translation available at *Eurodocs: Online Sources for European History*: <http://www.hrccr.org/docs/frenchdec.html>.

¹⁰⁴ UN General Assembly, *Official Records*, III, Resolutions, UN-doc. A/810, p. 71.

¹⁰⁵ See note 104.

¹⁰⁶ Y. Nishitani, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht*, Heidelberg 2000, pp. 45-47.

¹⁰⁷ "(...) accord de la liberté privée et individuelle, avec l'exercice du pouvoir social, c'est-à-dire des rapports entre la loi de l'état et les prérogatives de l'individu, entre l'ordre politique et l'ordre civil des rapports domestiques et privés. L'action du pouvoir social s'arrête là où elle rencontre la liberté inoffensive et dès lors légitime des particuliers. En conséquence, l'autorité sociale ne peut, sans commettre un injuste excès, envahir la sphère inaccessible et inviolable dans laquelle se répand et s'exerce cette liberté inoffensive". P.S. Mancini, "De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les états, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles", *Journal du Droit International*, vol. 1, 1874, pp. 221-239 and pp. 284-304, p. 292; English translation here provided by the author.

¹⁰⁸ "(...) parce qu'on doit respecter sa liberté en tant qu'elle est inoffensive, et que l'État n'a d'ailleurs aucun intérêt à en empêcher l'exercice", P.S. Mancini (note 107), p. 295; translation here provided by the author.

¹⁰⁹ See E. Jayme, "Rapport définitif, in Institut de Droit International", *Annuaire*, vol. 64, t. I – Session de Bâle, 1991, Paris, 1991, pp. 62-65 ss., approved by F. Vischer, "General Course on Private International Law", *Recueil des Cours*, vol. 232, 1992, pp. 9-256, at p.126.

¹¹⁰ "(...) que l'autonomie de la volonté des parties est un des principes de base du droit international privé (...) la liberté de l'individu, telle qu'elle est reconnue par des conventions et des résolutions des Nations Unies". See Institut (note 109), p. 77; english translation provided by the author.

¹¹¹ "(...) sont inspirées et intégrées par des principes provenant de sources de caractère international telles que les conventions sur les droits de l'homme et les conventions et les résolutions de l'ONU concernant les droits civils et politiques. La légitimation de l'autonomie de la volonté des partis est la liberté des individus dans leurs affaires personnelles et commerciales, reconnues par les états". See E. Jayme (note 109), p. 64; english translation provided by the author. On a similar note, P. Nygh, "The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort", *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995, pp. 269-400, argues at p. 295: "(Autonomy) is not derived from municipal law, it is supranational. (...) It is an axiom grounded in universal practice".

¹¹² See above at note 68.

¹¹³ See above Sections II and III. 1. c).

¹¹⁴ For private arrangements relating to international transactions and their regulation by private agencies see J. Basedow, "The State's Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making", *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, pp. 703-721, with detailed empirical findings.

Resumen

La autonomía privada conquistó en algunos de los más importantes instrumentos internacionales de unificación o armonización del Derecho de los contratos, como los Principios UNIDROIT, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y el Proyecto de Marco Común de Referencia, una amplísima y aparentemente consensual consagración. Este estudio se ocupa de la cuestión de saber si esa orientación corresponde a un concepto de autonomía privada común a los sistemas jurídicos contemporáneos, que se examinan aquí desde el punto de vista del derecho comparado, o si, por el contrario, el significado de la autonomía privada sigue siendo eminentemente variable, en razón de los diferentes límites a los que su ejercicio se encuentra sometido en esos sistemas y de su articulación con otros principios que concurren con ella en la regulación de los contratos.

Sumario

I. Planteamiento del problema. 1. La autonomía privada en los instrumentos internacionales de unificación y armonización del derecho de los contratos. 2. ¿Triunfo de un ideal?

II. La autonomía privada bajo el prisma de los derechos nacionales. 1. Consagraciones y límites de la autonomía privada en los sistemas romano-germánicos. 2. La cuestión en el derecho chino contemporáneo. 3. La cuestión desde el punto de vista del derecho musulmán. 4. La autonomía privada en los sistemas de Common Law. 5. Los distintos significados de la autonomía privada en los derechos contemporáneos.

III. Viabilidad y límites de una unificación internacional del derecho de los contratos bajo el principio de la autonomía privada. 1. Los reflejos de los límites nacionales a la autonomía privada en los instrumentos internacionales de armonización e unificación del derecho de los contratos. 2. La insuficiencia de los instrumentos de soft law en la regulación de los contratos internacionales. Autonomía y heteronomía. 3. Conclusión*.

La autonomía privada y sus distintos significados a la luz del derecho comparado

Dário Moura Vicente**

I. Planteamiento del problema

1. La autonomía privada en los instrumentos internacionales de unificación y armonización del derecho de los contratos

Nos proponemos examinar en este estudio los distintos significados del concepto de autonomía privada a la luz del derecho comparado. Nos interesa averiguar, en especial, si la autonomía privada puede considerarse dotada, en las familias jurídicas contemporáneas, de un significado unívoco y si constituye en ellas el fundamento exclusivo de la fuerza obligatoria de los contratos de derecho privado.

Un breve repaso sobre los más recientes instrumentos internacionales de unificación y armonización del derecho de los contratos – entre los cuales sobresalen los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (en adelante Principios

UNIDROIT),¹ los Principios de derecho europeo de los contratos (en adelante PECL),² el Proyecto de marco común de referencia (en adelante DCFR)³ y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común europea de compraventa (en adelante CESL)⁴ – nos permite verificar que el principio de la autonomía privada conquistó en ellos una muy amplia (y aparentemente consensual) consagración. Veamos por qué.

Los Principios UNIDROIT establecen, en su artículo 1.1, con el título “libertad contractual”, lo siguiente: “Las partes son libres de celebrar un contrato y de estipular su contenido”.

El artículo 1:102 (1) de los PECL declara, a su vez, en el epígrafe “libertad contractual”: “Las Partes son libres de celebrar un contrato y de estipular su contenido, sin perjuicio de las exigencias de la buena fe y de las reglas imperativas establecidas por estos Principios”.

En la misma línea general de orientación, el DCFR prevé en el artículo II-1:102 (1) la regla siguiente: “Las Partes son libres de celebrar un contrato u otro acto jurídico y de estipular su contenido, sin perjuicio de cualesquiera reglas imperativas aplicables”.

Y el CESL, adjunto a la mencionada propuesta de reglamento europeo, establece en el artículo 1, n° 1: “Las partes serán libres de celebrar un contrato, así como de determinar su contenido, sin perjuicio de las normas imperativas aplicables”.

Además de establecer, en dichos términos, el principio de la libertad de celebración y estipulación del contenido de los contratos, los instrumentos en análisis – que algunos llevan a la noción, bien conocida de los internacionalistas, de *soft law*⁵ – acogen reglas que someten a la voluntad de las partes la propia aplicabilidad de las respectivas disposiciones.

En este sentido, podemos leer en el preámbulo de los Principios UNIDROIT que estos “enuncian reglas generales destinadas a regular los contratos mercantiles internacionales” y que “serán aplicables siempre que las partes estén de acuerdo en someter el contrato a estos Principios”.

Los PECL declaran, a su vez, en el artículo 1.101 (2), que sus disposiciones se aplican cuando las partes hayan acordado incorporarlos a su contrato o que este contrato se regirá por ellas.

En la introducción al DCFR también se plantea su aplicabilidad como instrumento opcional, ahí definido como “un conjunto adicional de reglas jurídicas que las partes pueden elegir para regular sus derechos y obligaciones recíprocos”. Se afirma aun en el mismo sobre esta materia: “El presente DCFR es intencionalmente redactado de tal forma que, existiendo voluntad política en ese sentido, pueda proporcionar la realización de progresos con la finalidad de crear un tal instrumento opcional”.

La misma orientación está en la base de la mencionada propuesta de reglamento de la Unión Europea, que establece en el artículo 3: “Las partes pueden acordar que la normativa común de compraventa europea sea aplicada en sus contratos transfronterizos de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios conexos, que se encuadren en el ámbito territorial, material y personal establecido en los artículos 4 a 7”.

2. ¿Triunfo de un ideal?

Según estas disposiciones, se diría que la autonomía privada conquistó, en los instrumentos jurídicos en análisis, su máxima extensión posible: se establece en ellos no solo la libertad de celebración y determinación del contenido de los contratos internacionales, pero también la libertad de conformación del propio régimen normativo aplicable a estos contratos, el cual puede ser, de acuerdo con sus disposiciones, elegido por los interesados sin obediencia necesaria a cualquier derecho estatal.⁶

De ser así, la autonomía privada constituiría en este dominio una verdadera facultad de autorregulación (“*self-governance*” o “*self-regulation*”) por los propios interesados de las relaciones jurídicas de que éstos son partes. El contrato tendría, así, la fuente exclusiva de su eficacia jurídica en la voluntad de las partes.

¿Pero será realmente así?

La respuesta a esta cuestión presupone una breve digresión por los principales sistemas jurídicos nacionales, de cuyos principios comunes los instrumentos internacionales a que aludimos se presentan como una especie de *restatements*. Es lo que haremos a continuación.

II. La autonomía privada bajo el prisma de los derechos nacionales

1. Consagraciones y límites de la autonomía privada en los sistemas romano-germánicos

a) De conformidad con la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales, el reconocimiento de efectos a los contratos de carácter oneroso se explica, en primer lugar, por el principio de la autonomía privada, de que la libertad contractual constituye el elemento nuclear: los privados son libres de contratar, perteneciéndoles, en el caso de que decidan hacerlo, el poder de fijar, de forma vinculante, la disciplina aplicable al contrato.⁷

Ese principio está en estrecha conexión con la economía de mercado, puesto que presupone, y es instrumento necesario, del ejercicio de la libertad de empresa y de la propiedad privada, postuladas por aquella; pero constituye también una proyección en el dominio contractual del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que las Constituciones de diversos países, incluyendo Alemania⁸ y Portugal,⁹ consagran hoy.

Pocos sistemas jurídicos habrán ido tan lejos en la exaltación de la voluntad humana como fuente de efectos jurídicos como el francés: de conformidad con el artículo 1134 del *Code Civil*, las convenciones “valen como ley” entre aquellos que las celebren;¹⁰ una fórmula que fue posteriormente replicada en los códigos español e italiano.¹¹ El contrato sería así, según cierto entendimiento, una especie de *lex privata* de los respectivos sujetos: una fuente creadora de reglas jurídicas, que se encuentra en el mismo plano que la propia ley.¹²

Sin embargo, como se deduce del mencionado precepto del Código francés, los contratos solo son efectivos desde que se hayan “formado legalmente”. Se requiere en la ley francesa, además, que exista subyacente a ellos una “causa real y lícita”;¹³ y “la obligación sin causa, basada en una falsa causa o en una causa ilícita, no produce cualquier efecto”.¹⁴ Por otra parte, como resulta del artículo 1135 del mencionado Código, los contratos obligan no solo a lo que en ellos está establecido, pero también a las consecuencias que la equidad, los usos y la ley atribuyan a las obligaciones acordadas por las partes.¹⁵ Y el orden público limita, en cualquier caso, la libertad contractual.¹⁶

No falta por eso quien observe, refiriéndose a las disposiciones del Código francés, que “los propios textos que parecen consagrar la autonomía de la voluntad, en la realidad la restringen”.¹⁷ En Francia, la voluntad de las partes no constituye, en resumen, la única medida de las obligaciones derivadas del contrato.¹⁸

Modernamente, el advenimiento de contratos colectivos, de contratos de adhesión e incluso de contratos obligatorios evidencia, en todo caso, un cierto declive de la concepción de contrato que inspiró el precepto del Código francés mencionado al principio.¹⁹ En el mismo sentido concurrió la *vision morale du contrat* que, bajo influencia especialmente de Georges Ripert,²⁰ logró afirmarse en el derecho francés contemporáneo, bien patente en el *favor debitoris* por este ampliamente acogido y en las obligaciones de información impuestas a los profesionales en las relaciones contractuales con consumidores.

También en Italia el contrato se diferencia de las demás formas de constitución, regulación o extinción de relaciones patrimoniales por el papel en él desempeñado por la autonomía privada.²¹ Tal como en Francia se consagra en el sistema jurídico transalpino

el principio de la fuerza vinculante de los contratos.²² Pero también se entiende en el mismo que para la producción de un tal efecto jurídico no es suficiente el acuerdo de las partes: se exige aún una justificación económico-social: una causa.²³ Está previsto, por este motivo, un control jurisdiccional del uso hecho por los privados de su autonomía, tendiente a verificar, *inter alia*, si los intereses perseguidos a través del contrato son “*meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*”;²⁴ control que, según Francesco Galgano, tiene como objetivo proteger los propios contratantes, en particular el más débil.²⁵ En cuanto a los contratos celebrados por consumidores, esa protección es además llevada a cabo mediante la conminación de ineficacia de las cláusulas dichas *vessatorie*.²⁶ En el derecho italiano, la intangibilidad de la voluntad individual cede, pues, como subraya Bianca,²⁷ ante la exigencia de justicia social.

Ante el derecho alemán contemporáneo, se acentúa igualmente en la doctrina el papel del contrato como medio de conformación autónoma de las relaciones jurídicas.²⁸ La consagración de la libertad contractual habrá incluso constituido, según el historiador del derecho Uwe Wesel, la más importante modificación ocurrida en

el derecho Civil alemán durante el siglo XIX: por fuerza de ella, se subordinó la contratación privada al libre juego de las fuerzas del mercado.²⁹

El concepto de contrato y las respuestas dadas por la ley a los problemas planteados son, de acuerdo con aquél entendimiento doctrinal, esencialmente determinados por su función de instrumento de la autonomía privada.³⁰ En este sentido, escribió Werner Flume:³¹ “El contrato es la principal expresión de la autonomía privada. La idea del contrato es que lo que ha sido contractualmente establecido vale porque los contratantes, en el ejercicio de su autonomía, acordaron que así deberá ser.”

Pero también en Alemania se reconoce hace mucho la necesidad de complementar esa doctrina, en la definición del fundamento de la eficacia de los contratos, con otros puntos de vista, especialmente la tutela de la confianza y la justicia conmutativa traducida en el equilibrio de las prestaciones a cargo de las partes.

Se alude a este respeto, en la literatura más reciente, con destaque para la obra de Claus-Wilhelm Canaris,³² a una “materialización” de la autonomía privada, reflejada sobretodo en la

mayor preocupación de la ley y de la jurisprudencia con la libertad fáctica de tomar las decisiones subyacentes a la contratación. Se revela en esta la evolución de una *Weltanschauung* liberal, que inspiró la redacción originaria del Código Civil alemán, para el contemporáneo Estado social de derecho.

En buena medida, esa evolución se produjo con apoyo en las cláusulas generales consagradas en el propio Código Civil, como las que establecen la nulidad de los negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres (§ 138) y el principio de la buena fe (§ 242). Por otra parte, la garantía constitucional de la autonomía privada, tal como el principio del Estado social, reclamarían, como entendió el Tribunal Constitucional Federal en la *Bürgerschaftsentscheidung*,³³ que los tribunales civiles verifiquen si un “contrato inusitadamente oneroso para una de las partes”, que consagre una “composición de intereses manifiestamente inapropiada”, refleja una diferencia estructural en el poder de negociación de las partes; y que, siendo este el caso, los tribunales la corrijan con arreglo a dichas cláusulas generales. Se declara aun en aquella decisión: “La ciencia del derecho civil confluye en el sentido de que o principio de la buena fe representa un límite intrínseco a la libertad

de conformación de los contratos y legitima el control judicial del contenido de los mismos”.

En otros casos, la “materialización” de la autonomía privada se produjo sobre la base de legislación dispersa, como es el caso de la ley de las cláusulas contractuales generales y de los diplomas legales de protección del consumidor.³⁴

La libertad contractual tiene en Alemania como corolarios los principios de la fidelidad al contrato (“*Vertragstreue*”) y de la eficacia relativa de las relaciones obligacionales (“*Relativität der Schuldverhältnisse*”). Pero también estos principios consienten ahí, como veremos a continuación, importantes desviaciones, dictadas especialmente por consideraciones de justicia conmutativa y por el respeto debido al valor de la confianza legítima: el primero, a través de la relevancia atribuida a la desaparición de la “base del negocio” (“*Geschäftsgrundlage*”); el segundo, a través de la sujeción de los contratantes, en determinadas condiciones, a deberes de protección (“*Schutzpflichten*”) relativamente a terceros.

El derecho vigente en Portugal confiere también un lugar central a la voluntad de las partes en la producción de los efectos del contrato – el cual,

en su expresión mínima, se traduce en la exigencia de consciencia de la declaración, consagrada en el artículo 246° del Código Civil, sin la cual esta no tiene cualquier efecto.

Por sí sola, la voluntad humana no produce, todavía, efectos jurídicos; antes es el derecho que se impone a las personas, solo de él derivando tales efectos. Ninguna voluntad, por más esclarecida que sea, puede, además, ponderar y querer todos los efectos jurídicos de ella derivados.³⁵ E incluso en cuanto a los efectos jurídicos establecidos por las partes, la circunstancia de que ellos se producen más allá del momento de la celebración del contrato e independientemente de la voluntad de los contratantes de mantenerse vinculados demuestra que no es solamente la voluntad que obliga en los contratos.

A la misma conclusión llegaremos, llevando en cuenta que, a través de la interpretación y de la integración, se atribuyen, en el derecho portugués, a la voluntad de los contratantes consecuencias de sus declaraciones que no fueron rigurosamente deseadas por ellos.³⁶ Y lo mismo se infiere del hecho de que la usura y la modificación de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar confieren

a la parte perjudicada el derecho a la modificación del contrato según juicios de equidad.³⁷

La libertad contractual se ejercita, además, “dentro de los límites de la ley”,³⁸ máxime de las normas imperativas a través de las cuales el Estado busca desempeñar sus incumbencias en el dominio social y económico.

Más recientemente, se admitió en Portugal el control judicial del contenido de los contratos a la luz de los principios constitucionales de la igualdad entre los sexos y de la no discriminación, los cuales de igual forma contienen restricciones a la libertad contractual.³⁹

Suponemos no ser fundamentalmente diversa de esta la orientación que prevalece en el moderno derecho brasileño, especialmente después de la publicación del actual Código Civil. También en Brasil, efectivamente, la libertad contractual se ejercita “en razón y en los límites de la función social del contrato” (artículo 421 del Código Civil);⁴⁰ y también en la *laesio enormis* (a que se refiere el artículo 157 del Código)⁴¹ y la “onerosidad excesiva” de la prestación (disciplinada en el artículo 478)⁴² constituyen fundamentos de exoneración del deudor, o por lo menos de modificación del contrato.

Lo expuesto hasta ahora es suficiente para que uno pueda concluir que en los sistemas romano-germánicos la autonomía privada, aunque constituya la base de la contratación entre privados, no puede hoy aspirar a la condición de fundamento exclusivo de la fuerza obligatoria de los contratos.⁴³

b) En verdad, los efectos del contrato se fundamentan también en esos sistemas jurídicos en la tutela de la confianza: cada contratante debe responder por las expectativas dignas de tutela jurídica que pueda generar en la contraparte a través de su declaración.

“El contrato”, escribe Manuel Carneiro da Frada,⁴⁴ “representa un importantísimo *Tatbestand* de confianza: además de acto de autonomía privada, creador de normas de comportamiento que se imponen a las partes, él configura indiscutiblemente un elemento de confianza y estabilización de expectativas”.

El valor de la confianza se manifiesta en el derecho portugués, especialmente, en la reglamentación de los problemas de la formación del negocio jurídico,⁴⁵ de la interpretación de la declaración de negociación⁴⁶ y de la falta de vicios de la voluntad y de la declaración.⁴⁷ En él se basa, además, el amplio

acervo de deberes precontractuales de conducta que vinculan recíprocamente a las partes en la negociación y en la conclusión de los contratos,⁴⁸ así como determinados deberes de protección y cuidado relativamente a los intereses de terceros.

Otro tanto sucede en el derecho brasileño,⁴⁹ que protege igualmente la confianza legítima, *inter alia*, a través de las reglas relativas a la interpretación de la declaración de voluntad,⁵⁰ al dolo por omisión informativa,⁵¹ a la ilicitud en el ejercicio de los derechos⁵² y a la responsabilidad precontractual.⁵³

En la doctrina alemana, no falta quien tenga buscado fundamentar en la confianza la eficacia de la declaración de voluntad⁵⁴ o del contrato en general.⁵⁵ Una orientación más matizada ve en los principios de la autonomía y de la protección de la confianza el fundamento de la eficacia obligatoria del contrato.⁵⁶ La tutela de la confianza encontró acogimiento normativo expreso en la cláusula general de la buena fe consignada en el apartado 242 del BGB.⁵⁷ En ella se fundamenta la substancial ampliación del ámbito obligatorio del contrato llevada a cabo por la jurisprudencia alemana a lo largo de un siglo y acogido en el Código Civil a través de la Ley de modernización del derecho

de obligaciones: es la tutela de la confianza que justifica, especialmente, la imposición a los contratantes de ciertos deberes accesorios de conducta ante la contraparte, tanto en los preliminares como en la ejecución de los contratos, así como la inclusión de terceros en la esfera de protección del contrato.⁵⁸

c) Sobresale aun en este dominio una idea de justicia conmutativa, expresa especialmente en las reglas que tratan de asegurar el “equilibrio de las prestaciones”: en los contratos de carácter oneroso conmutativos, a la prestación de cada uno de los contratantes debe corresponder, por parte del otro contratante, una prestación de valor proporcional.

Aunque la concepción que estuvo en la raíz del BGB colocara el acento tónico en la denominada “justicia procesal” o “formal” del contrato, traducida, *u.g.*, en la ausencia de vicios de la voluntad, la evolución registrada en el derecho civil alemán a lo largo del siglo XX, culminando en la modernización del derecho de obligaciones, denota una creciente preocupación con la “justicia material”, o “sustantiva”. De ella son expresiones, por ejemplo, la consagración de la figura de la “perturbación de la base del negocio” (“*Störung der Geschäftsgrundlage*”) en el apartado 313

del BGB⁵⁹ y el control del contenido de las cláusulas contractuales generales bajo el prisma de la ocurrencia de una “pérdida desproporcionada” para una de las partes previsto en el apartado 307(1) del BGB.⁶⁰ También en ello se refleja dicha “materialización” del derecho de los contratos.

Se comprende así que, como notó Karl Larenz,⁶¹ el derecho alemán de los contratos se base hoy en la conjugación de los principios de la autonomía privada y de la confianza con el del equilibrio de las prestaciones. Escribió sobre esto dicho autor en su Parte general del derecho civil alemán:⁶² “El derecho de los contratos del BGB no puede ser entendido sobre la base del principio de la autonomía privada – por más central que este sea – ni del principio de la confianza, ni de la justicia contractual conmutativa, pero antes de la interacción de estos principios”.

En el derecho portugués, en parte por influencia alemana, la idea de justicia contractual está subyacente a las reglas, mencionadas arriba, que disciplinan la usura y la modificación de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar.⁶³ Otro tanto sucede en Brasil en razón de la norma del Código Civil relativa a la lesión, a que hicimos referencia arriba.⁶⁴

También en Francia se entiende hoy que la justicia contractual, traducida en un determinado equilibrio entre las prestaciones de las partes en los contratos de carácter oneroso, es fundamento de la fuerza obligatoria reconocida al contrato. “El contrato”, subraya Jacques Ghestin, “no es vinculante sino en la medida en que sea justo”.⁶⁵ Es cierto que únicamente el desequilibrio originario de las prestaciones contractuales, y no el superviniente, tiene relieve en el derecho civil francés. Pero actualmente estamos muy lejos de la idea, sostenida por Alfred Fouillée a inicios del siglo XX, según la cual “*qui dit contractuel dit juste*”.⁶⁶

2. La cuestión en el derecho chino contemporáneo

En esta materia, el derecho chino presenta significativas diferencias relativamente a los derechos occidentales. La idea de libertad contractual es ajena, de hecho, a la tradición jurídica china. Esta se basa, todavía hoy, en el pensamiento Confucio, que es fundamentalmente adverso a esa idea.⁶⁷ Y con ella son en gran medida incompatibles ciertos postulados en que de alguna manera se basa la economía china, especialmente la planificación central de la economía.⁶⁸

Los Principios generales de derecho civil de la República Popular de China, adoptados en 1986, consagraron, es cierto, en el artículo 4, el principio de la autonomía de la voluntad. A su vez, la Ley de los contratos de la República Popular de China, adoptada en 1999, estableció en el artículo 4: “Una parte tiene el derecho de celebrar un contrato voluntariamente de conformidad con la ley y ninguna entidad o individuo puede interferir ilícitamente con ese derecho”.

Estos preceptos reflejan la evolución de China, desde los años 80, para la denominada “economía socialista de mercado”. La consagración, hecha en los mismos, de la libertad contractual, es, sin embargo, limitada, puesto que solamente se refiere a la celebración del contrato, y no a la selección del co-contratante, ni a la estipulación del contenido del contrato, a su modificación o cesación y a la definición de la respectiva forma.

Los mencionados Principios generales de derecho civil establecen, de hecho, la nulidad de todos los contratos económicos que violen los planes imperativos del Estado (artículo 58, n° 6); y la Ley de los contratos prevé diversas restricciones adicionales a la libertad contractual. Entre estas sobresalen

las que resultan de los principios de justicia, de la buena fe y de la legalidad.

Las partes deben, de conformidad con el artículo 5 de la ley, conformarse con el principio de la justicia en la estipulación de sus derechos y deberes, *u.g.* observando cierta proporción en lo que se refiere al valor de las respectivas prestaciones y a la distribución de los riesgos contractuales; lo que está en conformidad con el concepto de rectitud (“*yi*”) proclamado por el Confucionismo como virtud moral esencial.⁶⁹

Las partes deben, por otra parte, según el artículo 6, observar el principio de la buena fe en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de las obligaciones que sobre si recaen, solución que es exigida por otra virtud cardinal proclamada por el Confucionismo: la benevolencia (“*ren*”), que implica igualmente la noción de fiabilidad o de lealtad.⁷⁰

Finalmente, en la conclusión y en la ejecución del contrato, las partes deben, como establece el artículo 7 de la Ley de los contratos, observar las leyes y los reglamentos administrativos relevantes, así como la ética social, y no pueden perturbar el orden social y económica, ni perjudicar el interés público (concebido, este último, de forma muy amplia). Para asegurar el

cumplimiento de esta disposición, el artículo 127 atribuye a la autoridad de la industria y del comercio, así como a otras autoridades relevantes, la incumbencia de “monitorear y hacer frente a cualquier acto ilegal que, por la celebración de un contrato, perjudique los intereses del Estado o los intereses públicos”.

Siempre que el Estado determine, en función de sus necesidades, la adquisición de bienes, las personas jurídicas y organizaciones interesadas celebrarán los correspondientes contratos de conformidad con los derechos y deberes establecidos en las leyes y en los reglamentos administrativos aplicables (artículo 38 de la Ley de los contratos). La planificación central de la economía sigue, así, condicionando la celebración de contratos.

Son, de todas formas, nulos, de conformidad con el artículo 52 de la misma ley, todos los contratos que: a) sean celebrados mediante dolo o coacción de cualquiera de las partes en perjuicio de los intereses del Estado, de la colectividad o de un tercero; b) busquen ocultar una finalidad ilícita legítimamente; c) perjudiquen el interés público; o d) violen disposiciones imperativas de la ley o de reglamentos administrativos.⁷¹

Aunque haya transpuesto para su sistema jurídico ciertas nociones fundamentales del derecho de los contratos de los países occidentales (sobre todo bajo la influencia de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercancías y de los Principios UNIDROIT, que inspiraron visiblemente la mencionada ley de los contratos),⁷² China se mantuvo, así, fiel a la tradición confucionista, especialmente a través de las limitaciones impuestas en la ley a la autonomía privada.⁷³

3. La cuestión desde el punto de vista del derecho musulmán

Una breve mirada por el derecho musulmán nos muestra que tampoco existe en él un principio de libertad contractual como el que se encuentra consagrado en los sistemas jurídicos occidentales.⁷⁴ El derecho musulmán se basa, de hecho, según las Escuelas Zahirita y Hanifita, en un principio de tipicidad de los contratos (dichos *uqud*, plural de *aqd*).⁷⁵ Incluso dentro de los tipos contractuales permitidos por el derecho musulmán, existen restricciones a la libertad contractual, relativas, especialmente, a los bienes susceptibles de ser comercializados.⁷⁶

La filiación del derecho musulmán en el pensamiento religioso explica las restricciones por él impuestas a la libertad contractual, puesto que esta, tomada en la acepción occidental, sería incompatible con el control ético de las transacciones postulado por el Islam.

El Corán exige, es cierto, en el versículo 5:1, el cumplimiento de los contratos por los fieles. Dice: “¡Vosotros que creéis! Cumplid todos los contratos”.

Pero se proscribió en él el enriquecimiento injustificado consistente en el recibimiento de una ventaja monetaria de alguien sin el pago de una contrapartida (denominado “*riba*”), así como la especulación (“*gharar*”). Declara a este respecto el versículo 2:275: “Quienes usurean no se levantarán de sus túmulos sino como se levanta aquél a quien el demonio ha poseído, dejándolo trastornado, y eso porque dicen que el comercio es como la usura, sin embargo, Allah ha autorizado el comercio y prohibido la usura”.⁷⁷

De aquí proviene, especialmente, la prohibición de cobrar intereses en el derecho musulmán.⁷⁸ Un contrato celebrado en contravención a estas reglas es anulable (“*fasiid*”). La autonomía privada tiene aquí su expresión más limitada.

4. La autonomía privada en los sistemas de *Common Law*

a) Otra, bien distinta de las anteriores, es la concepción que prevalece a este respecto en el derecho inglés contemporáneo, así como en el norte americano. Estos permanecieron fundamentalmente ajenos a la idea, que triunfó en el continente europeo, de que a los tribunales sería dado el escrutinio del ejercicio de la autonomía privada, especialmente a través de las nociones de causa, *laesio enormis* y onerosidad excesiva de la prestación. Por otra parte, la adecuación de la denominada *consideration* – que es, en esos sistemas jurídicos, un elemento constitutivo de la generalidad de los contratos⁷⁹ – está excluida de ellos a cualquier control jurisdiccional.⁸⁰

A eso no será extraña la circunstancia de que los juristas ingleses hayan recibido de los economistas liberales, con destaque para John Stuart Mill, la idea de que el ejercicio, libre de cualesquiera limitaciones, de la autonomía privada posibilitaría por sí solo un adecuado equilibrio de los intereses de las partes en el contrato. Este autor lo justificó en los términos siguientes: “la libertad del individuo, en cosas que sólo a él conciernen, implica la libertad análoga para cualquier número de individuos,

de regirse de mutuo acuerdo en todo aquello que conjuntamente les atañe, y que no atañe a nadie más que a ellos (...). El motivo para no interferir en las acciones voluntarias de un individuo, a menos que sea un beneficio de otras personas, estriba en el respeto o consideración de su libertad. Su elección, por ser voluntaria, prueba que lo que él elige es deseable, o al menos soportable para él, y de una forma general, no hay modo mejor de asegurar a nadie su dicha que el de permitirle que elija lo que desea”.⁸¹

No faltó, es cierto, quien pudiera ver en la evolución del derecho de los contratos ocurrida en Inglaterra a lo largo del siglo XX un declino progresivo de la libertad contractual: este es el cimiento de la tesis de Patrick Atiyah originariamente publicada en 1979.⁸² Y en Estados Unidos llegó a ser anunciada, también en los años 70, la “muerte del contrato”: en este sentido se pronunció Grant Gilmore.⁸³

La verdad, sin embargo, es que en su esencia el derecho inglés se mantuvo fiel – especialmente en el dominio comercial – a una perspectiva marcadamente liberal de los contratos; y otro tanto se dirá del derecho norte-americano. Su *ex libris* es el principio de la *sanctity of contracts*, en virtud del

cual solo en situaciones excepcionales se permite al deudor exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.⁸⁴ Por otra parte, la imputación de efectos al contrato no expresa o tácitamente queridos por las partes, como aquellos que en Alemania o en Portugal derivan de los deberes accesorios de conducta fundados en la buena fe, solo en limitada medida se admite en la ley y en la jurisprudencia, que buscan así preservar lo más posible la voluntad de los contratantes.

Podemos, bajo esta luz, decir que la autonomía privada encuentra contemporáneamente su consagración más amplia en los derechos inglés y norteamericano.

b) Es cierto que también en esos derechos tuvieron eco las teorías que buscan fundamentar la fuerza vinculante de los contratos en la idea de tutela de la confianza. Ésta es considerada en ellos como esencial al funcionamiento regular de una economía basada en el crédito, que necesariamente depende de que las expectativas inducidas en los agentes económicos a través de promesas contractuales no sean frustradas.⁸⁵ Es, especialmente, en la tutela de la confianza que se fundamenta al reconocimiento, en el derecho norteamericano, de ciertos hechos a las

promesas contractuales no negociadas (“*unbargained-for promises*”) a través del denominado *promissory estoppel*, a que el § 90(1) del *Restatement (Second) of Contracts* dio acogida.⁸⁶

Pero la tutela de la confianza está muy lejos de haber generado en los sistemas de *Common Law* los desarrollos que le son atribuibles en los derechos romanos, en particular aquellos que se traducen en la constitución de una relación jurídica obligacional por el simple establecimiento de negociaciones contractuales, integrada por deberes de información, lealtad y protección fundados en la salvaguardia de las expectativas legítimas de la contraparte.⁸⁷ Lo reconoció, por ejemplo, Lord Ackner en la decisión adoptada por la Cámara de los Lores en 1992 sobre el caso “*Walford v. Miles*”,⁸⁸ que dice: “El concepto de un deber de mantener negociaciones de buena fe es intrínsecamente repugnante a la posición adversaria de las partes involucradas en negociaciones. Cada una de las partes en las negociaciones tiene derecho a proseguir su propio interés, desde que evite hacer declaraciones falsas”.

A lo que no será extraña una cierta reserva del pensamiento liberal relativamente a la protección irrestricta de expectativas no contractuales,

considerada como fundamentalmente incompatible con el funcionamiento libre del mercado.⁸⁹

c) Tampoco es el equilibrio de las prestaciones, en los derechos anglosajones, requisito de eficacia del contrato y criterio de interpretación de este. Es lo que resulta, especialmente, de la ya mencionada irrelevancia de la “adecuación” de la *consideration*. Las figuras del *Common Law* que, en situaciones puntuales, permiten dar alguna protección a la parte perjudicada en virtud de un contrato inicuo (como la *undue influence* y la *unconscionability*) están, bajo este punto de vista, muy lejos de las reglas continentales sobre el daño y la usura.

Por otra parte, la onerosidad excesiva de la prestación debida por una de las partes, aunque derivada de una alteración anómala de circunstancias, sólo constituye fundamento de modificación o resolución del contrato (salvo en los casos en que las partes le hayan especialmente atribuido relevancia en el marco de una cláusula de *hardship*) dentro de las estrechas hipótesis en que opera la doctrina de la *frustration of contracts*. Esta se considera verificada, como declaró Lord Radcliffe en “*Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.*”,⁹⁰ juzgado por la Cámara de los Lores en

1956, “siempre que el orden jurídico reconoce que, sin que exista incumplimiento de cualquiera de las partes, una obligación contractual se volvió insusceptible de ser ejecutada, porque las circunstancias en que su ejecución tendría lugar la transformarían en algo radicalmente diferente de lo que había sido establecido en el contrato. *Non haec in foedera veni*. No he prometido hacer esto”.

No sorprende así que para algunos sea el “interés” —y no la justicia o el equilibrio sinalagmático de las prestaciones— la razón de ser esencial la vinculación al contrato en el derecho inglés.⁹¹

5. Los distintos significados de la autonomía privada en los derechos contemporáneos

a) El contrato es un instrumento de realización de opciones individuales voluntariamente asumidas; pero es también un importante factor de creación y consolidación de expectativas y un mecanismo a través del cual las sociedades que no se basan en la planificación central de la actividad económica disciplinan los intercambios de bienes y servicios, asegurando su conformidad con las concepciones de justicia en ellas prevalecientes.

Los efectos jurídicos del contrato pueden, como acabamos de verificar, ser explicados a partir de cualquiera de estas perspectivas. En última instancia, su régimen puede reflejarlas todas; pero ha variado en el tiempo y en el espacio la relevancia atribuida a cada una de ellas. Esas perspectivas tienden, en verdad, a atribuir un alcance desigual, en la disciplina del contenido y de los efectos del contrato, a las intenciones de las partes, a las expectativas generadas por las declaraciones de cada una de ellas en el espíritu de la otra y al equilibrio de intereses del mismo derivado.

Así, una concepción que busque salvaguardar al máximo la libertad de vinculación y la seguridad del tráfico jurídico propenderá a atribuir mayor relevancia al primer de estos aspectos; una concepción que valore más las expectativas generadas en la contraparte o en terceros o la justicia conmutativa en los intercambios entre privados admitirá con mayor facilidad la intervención del Estado en la relación contractual, a través de la ley o de los tribunales, atribuyéndole o negándole efectos en la medida de lo necesario para salvaguardar aquellos fines.

El análisis realizado arriba demuestra que estas concepciones obtuvieron

acogida diferente en los sistemas jurídicos contemporáneos. No se puede, así, atribuir a la autonomía privada un significado unívoco en esos sistemas jurídicos.

En los sistemas romano-germánicos, el fundamento de la eficacia del contrato es, como se ha visto arriba, la voluntad de las partes; pero ella se basa también en una idea de equidad, traducida en la preservación de cierto equilibrio entre las prestaciones contractuales. Esta puede implicar que a los contratos sean atribuidos efectos en rigor no queridos por las partes. Se admite, entonces, con cierta amplitud, la intervención de los tribunales en la conformación del contenido del contrato, mediante la atribución a este de efectos no acordados por las partes.

Por otra parte, la relación contractual se expande, en esos sistemas, sea para la fase que lo antecede, dando origen a deberes de conducta funcionalmente asociados al contrato, cuya violación hace que el infractor incurra en culpa *in contrahendo*, sea relativamente a terceros, en especial mediante contratos con eficacia de protección de terceros.

Estos fenómenos no tienen paralelo en los sistemas de *Common Law*, que se mantuvieron más estrictamente fieles a

los principios de la autonomía privada y de la relatividad de los contratos y que se muestran, por consiguiente, mucho más reluctantes en admitir la sujeción de las partes a deberes de conducta por ellas no expresa o implícitamente acordados. Para tanto, ha contribuido decisivamente la ausencia en esos sistemas jurídicos, en particular en el inglés, de una cláusula general de buena fe como la que vigora hoy en la mayoría de los derechos continentales. Esta circunstancia se refleja también en la ausencia de una regla que prevea la adaptación de los contratos con fundamento en *hardship* siempre que falte una estipulación de las partes en ese sentido.

En los sistemas de *Common Law*, el fundamento de la eficacia del contrato es así, sobretudo, la voluntad de las partes: las desviaciones a la estabilidad y a la relatividad de los contratos fundados en la idea de equivalencia de las prestaciones son mucho más limitados, puesto que los tribunales están en principio prohibidos de evaluar la *fairness* de las transacciones entre privados; la *frustration of contracts* sólo tiene lugar en muy pocos casos; y la *privity of contracts* impide, en principio, la vinculación de terceros por contratos de que no sean partes. Si los contratantes se vinculan

por su propia voluntad, deben ellos, y sólo ellos, quedar adscritos a sus estipulaciones.

En el derecho chino, la celebración del contrato es también, en principio, fruto de la voluntad de las partes; pero son establecidas por la ley fuertes restricciones a la libre conformación de su contenido y a la propia libertad de celebración de los contratos, que tienen de conformarse con los planes estatales.

El Islam consiente, a su vez, la celebración de contratos, pero solamente los que *Xaria* tipifica, entre los cuales sobresalen los de compraventa. E incluso en relación a estos, con sujeción a estrictas exigencias en relación a la equivalencia de las prestaciones acordadas por las partes.

b) Estas diferencias de régimen no son reconducibles a simples aspectos de técnica jurídica, antes radican en razones más profundas, de índole histórica y filosófica.

El derecho de los contratos de los sistemas romano-germánicos es, de hecho, en larga medida, tributario de la ética contractual formulada por San Tomás de Aquino, la cual

postula, como corolario de la justicia conmutativa, que se observe una cierta proporción en el valor de las prestaciones contractuales.⁹² Subyace a esos sistemas, así, una visión moral del contrato,⁹³ que explica no solamente la preocupación con el equilibrio de las prestaciones, pero también el *favor debitoris* y las demás manifestaciones de solidarismo contractual mencionado arriba.

Pues bien, los juristas anglosajones del siglo XIX, como Anson y Pollock, que lanzaron las bases del actual derecho de los contratos de los sistemas de *Common Law*, no fueron receptivos de esa concepción sobre las relaciones entre los contratantes, la cual se consideraba demasiado paternalista al pensamiento dominante en la época.⁹⁴ En el mismo sentido contribuyó, en los Estados Unidos, el pensamiento marcadamente hostil a toda fundamentación del sistema jurídico en principios éticos, que aflora especialmente en la obra de Oliver Wendell Holmes⁹⁵ y de Roscoe Pound,⁹⁶ dos exponentes del denominado realismo jurídico norteamericano según el cual el derecho es sobre todo la expresión normativa de necesidades sociales, tal como los jueces las interpretan.

En China, es el pensamiento confucionista y su tradición de autoridad que justifica el alcance fuertemente restrictivo con el que el principio de la libertad contractual está acogido por la ley. Pero es también ese pensamiento que explica la concepción altamente flexible de las relaciones contractuales que tienden a prevalecer en este país, según la cual el contrato no es visto como una expresión definitiva de los derechos y obligaciones de las partes, pero antes como el punto de partida de una relación de negocios en permanente adaptación, pudiendo el mismo, especialmente, ser renegociado siempre que las circunstancias en las que fue celebrado se modifiquen.

En los sistemas musulmanes, las restricciones impuestas a la libertad contractual se fundan en la naturaleza revelada de la *Xaria* y en la visión teocéntrica de la vida en sociedad que le subyace, a la cual es ajena la noción occidental de que los individuos son los mejores jueces de sus propios intereses y de que les pertenece, por consiguiente, una cierta esfera de autodeterminación. En el mismo sentido concurre la ética de solidaridad propia del Islam, que proscribe cualquier ganancia injusta a expensas de otros.

III. Viabilidad y límites de una unificación internacional del derecho de los contratos bajo el principio de la autonomía privada

1. Los reflejos de los límites nacionales a la autonomía privada en los instrumentos internacionales de armonización e unificación del derecho de los contratos

Si volvemos ahora otra vez nuestra atención para los instrumentos internacionales de armonización y unificación del derecho de los contratos que mencionamos arriba, verificaremos que los límites a la autonomía privada establecidos en los sistemas jurídicos nacionales que aquí examinamos no son en ellos totalmente desprovistos de consecuencias. Eso sucede especialmente en relación a tres puntos que importa estudiar: la obtención de ventajas excesivas a expensas de otros, la modificación de circunstancias y la eficacia de las normas imperativas. Veamos.

a) En cuanto al primero, merece especial referencia el artículo 3.2.7 de los Principios UNIDROIT, que -haciéndose eco de la tendencia, mencionada arriba, para la materialización de los

contratos acogida en algunos sistemas jurídicos romanistas- admite la anulación del contrato o de una de sus cláusulas por una de las partes cuando, en el momento de la respectiva celebración, el contrato o la cláusula atribuyeran injustamente una ventaja excesiva a la otra parte. Para tanto, añade el mismo precepto, hay que llevar especialmente en cuenta la circunstancia de que la otra parte ha beneficiado de forma desleal del “estado de dependencia, de carencia económica, de la urgencia de las necesidades, de la imprevisión, de la ignorancia, de la inexperiencia o de la inhabilidad para la negociación de la primera”, así como la naturaleza y los fines del contrato. El tribunal puede, a instancia de la parte perjudicada, adaptar el contrato o la cláusula para que el mismo se vuelva conforme a las exigencias de la buena fe en materia comercial.

En la misma línea fundamental de orientación se insieren los PECL, cuyo artículo 4:109 admite la anulación o la adaptación del contrato si durante la respectiva celebración una de las partes fuera dependiente de la otra o tuviera con ella una relación de confianza, si estuviera en situación de necesidad económica o sufría de imprevisión, ignorancia, inexperiencia o carencia de *bargaining skills* y la otra, sabiendo

o debiendo estar enterado de ello, se haya aprovechado de esa situación de forma groseramente injusta o haya sacado para sí misma un provecho excesivo. El DCFR consagra en el artículo II.-7:207 una regla fundamentalmente coincidente con esta.

El CESL prevé también en el artículo 51° que una parte puede anular un contrato si, en el momento de su celebración: a) tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra parte, se encontraba en dificultades económicas, tenía necesidades urgentes, o sufría de imprevisión, ignorancia o inexperiencia; y b) la otra parte conocía o se podía esperar que conociera dicha situación y, dadas las circunstancias y la finalidad del contrato, se aprovechó de ello para conseguir un beneficio o una ventaja injusta.

Estas disposiciones están en la línea de las reglas de los sistemas romanistas mencionadas arriba en materia de usura. Ellas van, sin embargo, considerablemente allá de lo que los sistemas de *Common Law* permiten de conformidad con las doctrinas de la *undue influence* y de la *unconscionability*.

b) Consideremos ahora el cambio de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar.

Los Principios UNIDROIT se ocupan de la materia de los artículos 6.2.1 a 6.2.3, que disciplinan la denominada *hardship*. El primer de estos preceptos empieza por afirmar que las partes están adscritas al cumplimiento de sus obligaciones, aunque la ejecución de ellas se haya vuelto más onerosa. Se exceptúa sin embargo la ocurrencia de *hardship*, que el artículo 6.2.2 define como la situación en que sobrevienen hechos que “modifican fundamentalmente el equilibrio del contrato”, sea porque el coste de la realización de la prestación a cargo de una de las partes aumentó, sea porque el valor de la contraprestación a que tiene derecho disminuyó, y en que, además, se cumplan las siguientes disposiciones: a) los hechos en cuestión ocurrieron o se volvieron conocidos de la parte en desventaja después de la celebración del contrato; b) tales hechos no podrían haber sido razonablemente llevados en cuenta por la parte en desventaja en el momento de la celebración del contrato; c) esos hechos están fuera del control de la parte en desventaja; y d) el riesgo de la respectiva ocurrencia no ha sido asumido por la parte en desventaja. En caso de *hardship*, la parte perjudicada puede, según el artículo 6.2.3, exigir la renegociación del contrato. En caso de falta de acuerdo en relación a esta dentro de un plazo razonable,

cualquiera de las partes puede someter la cuestión al tribunal. Éste, en caso de que llegue a la conclusión de que se ha producido *hardship*, puede, si lo estima razonable, terminar el contrato o adaptarlo para restablecer el equilibrio de las prestaciones. Los PECL se ocupan del tema en el artículo 6:111, donde se establece una regla análoga.

Estos instrumentos prevén, por tanto, una obligación de renegociación del contrato, a cargo de las partes, en caso de cambio de circunstancias. El incumplimiento de esa obligación sujeta la parte incumplida al deber de indemnizar la otra por el perjuicio derivado de ello. Sólo si esa renegociación falla el tribunal puede intervenir, adaptando o poniendo fin al contrato, si fuera el caso. La carga de la prueba de la ocurrencia de los presupuestos de una situación de *hardship* es, en todo caso, de la parte perjudicada. El tribunal goza de considerable discrecionalidad en la concesión de la providencia requerida.

También el DCFR admite, en el artículo III.-1:110, la modificación y la resolución judicial del contrato si la ejecución de una obligación derivada de este se vuelve tan onerosa, en virtud de un cambio excepcional de circunstancias, que sería manifiestamente injusto mantener el deudor vinculado

a la obligación. En este instrumento el establecimiento de negociaciones para la revisión del contrato no constituye una obligación de cualquiera de las partes, pero tan sólo una carga de la parte que pretenda obtener la modificación o la resolución *ope iudicis* del contrato. La preferencia por la negociación es, pues, menos clara en él.

De todas formas está claro que, tanto en este instrumento como en los que le antecederon, se ha ido mucho más allá de lo que los sistemas de *Common Law* consienten con arreglo a la doctrina de la *frustration of contracts*.

c) Una palabra, por último, sobre la eficacia de las normas imperativas. La materia es objeto del artículo 1.4 de los Principios UNIDROIT, según el cual: “Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes del derecho internacional privado”.

A su vez, los PECL establecen, sobre este tema, en el artículo 1:103 (1): “Cuando la ley de otro modo aplicable lo permite, las partes pueden acordar que su contrato se rija por los principios, con el efecto de que

las normas imperativas nacionales no serán aplicables. (2) Deben sin embargo ser reconocidos efectos a las normas imperativas de derecho nacional, supranacional e internacional que, conforme a las normas relevantes de derecho internacional privado, sean aplicables independientemente de la ley reguladora del contrato”.

Se exceptúa así, en los casos en que los Principios bajo análisis constituyan la *lex contractus*, la aplicabilidad de las denominadas “normas internacionalmente imperativas”, o de “aplicación inmediata”, de los sistemas jurídicos nacionales, así como del derecho internacional o del derecho de la Unión Europea, conexos con el contrato.⁹⁷ Están en este caso las normas sobre los controles cambiarios o la defensa de la competencia que entren en conflicto con la validez o la susceptibilidad de cumplimiento de los contratos. Tales normas se deben aplicar, en la medida que las reglas pertinentes de derecho internacional privado así lo determinen.

El CESL no consagró, es cierto, una regla análoga. Por el contrario, en el artículo 11 de la propuesta de reglamento que buscaba adoptarlo se decía: “Cuando las partes hayan acordado válidamente utilizar la normativa común de compraventa europea para

regular el contrato, las cuestiones abordadas en sus normas son regidas exclusivamente por dicha normativa”. La circunstancia, sin embargo, del artículo 6, n° 2, del Reglamento de Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁹⁸ establecer que la elección por las partes de la ley aplicable al contrato no puede tener como consecuencia privar al consumidor de la protección que le proporcionan las disposiciones no derogables por acuerdo de la ley del país donde el consumidor tiene su residencia habitual implica que las disposiciones del CESL no serían aplicables a los contratos celebrados por consumidores siempre que ofreciesen a estas una protección inferior a la de la ley del país de su residencia habitual.⁹⁹ Y aunque no fuera así, el CESL solamente sería aplicable mediante una elección expresa de las partes (por cierto de dudosa plausibilidad tanto en relación a los consumidores como relativamente a las empresas),¹⁰⁰ a falta de la cual los derechos de los Estados-Miembros de la Unión Europea permanecerían aplicables a los contratos de compraventa internacionales abarcados por ese instrumento, lo que retiraba a esa disposición mucho de su aparente alcance uniformizador. Justamente por eso, el sistema de *opting-in* adoptado en el proyecto mereció severas críticas en

la doctrina europea,¹⁰¹ a las cuales no habrá sido ajeno su abandono por la Comisión Europea.¹⁰²

2. La insuficiencia de los instrumentos de *soft law* en la regulación de los contratos internacionales. Autonomía y heteronomía

Lo que hemos dicho nos permite concluir que la autonomía privada conoce también, en los instrumentos jurídicos en análisis, límites a su eficacia, derivados sea de ciertos preceptos previstos en esos instrumentos, sea de los sistemas jurídicos que el contrato pueda estar de alguna manera asociado.

Esos instrumentos terminan, así, por reconocer que la facultad de las partes de establecer para sí mismas un ordenamiento que discipline el respectivo contrato no es irrestricta. Autonomía y heteronomía se entrelazan inevitablemente, incluso en la regulación del contrato internacional. La idea de un contrato sin ley, exclusivamente regido por sus propias estipulaciones o por principios generales incluidos en el mismo por voluntad propia de las partes, se muestra por eso inevitable.

No se puede, por otra parte, decir que las normas previstas e incluidas en los

mencionados textos internacionales correspondan, tan siquiera en el espacio europeo, a un *jus commune*. El significado de la autonomía privada, y la forma como esta se articula con otros principios que con ella concurren en la regulación de los contratos -como la tutela de la confianza y la equivalencia de las prestaciones- varía muy significativamente, como hemos visto, entre los sistemas jurídicos nacionales mencionados arriba.

Las soluciones al respecto consagradas en los Principios UNIDROIT y en los demás textos mencionados se aproximan sobretodo de las que están previstas en los derechos de Europa continental; están, en contrapartida, muy lejos de las que hemos visto acogidas en los derechos anglosajones, en el derecho chino y en el derecho musulmán.

3. Conclusión

No hay, en suma, en la materia planteada, un “modelo único”, ni los textos de fuente internacional que aquí hemos examinado representan cualquier “mínimo denominador común” entre las diferentes tradiciones jurídicas nacionales. Por el contrario: el significado de la autonomía privada varía, siempre ha variado y seguirá muy

probablemente variando en el tiempo y en el espacio, no obstante todos los esfuerzos hechos, a los más variados niveles, en el sentido de unificar el derecho de los contratos.

Y esto nada tiene de sorprendente: la diversidad de los significados posibles de este concepto -tan caro al derecho contractual de tradición occidental, pero tan extraño al de las demás tradiciones jurídicas- no es sino la expresión, en este dominio específico, de la inmensa diversidad de los derechos

a través de las fronteras. Esta diversidad es, a su vez, una consecuencia inevitable de la naturaleza cultural del derecho, enfatizada en Brasil por el Profesor Miguel Reale,¹⁰³ y de la intrínseca variabilidad de todas las manifestaciones de cultura humana.

En una época, como la actual, en que todo tiende para la nivelación y para la uniformización -para cuyos peligros advirtió Benedicto XVI¹⁰⁴- no será demasiado recordar ese rasgo indeleble del derecho.

* Texto que fue la base de la conferencia proferida el 22 de agosto de 2015 en el Seminario sobre Autonomía privada promovido por el Instituto de Estudios Culturalistas en Canela, Rio Grande do Sul.

** Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidade de Lisboa.

¹ Ver International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3ª ed., Roma, 2010. Existe traducción del texto en castellano, disponible en <http://www.unidroit.org>.

² Ver Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague / London / Boston, 2000; Part III, The Hague / London / New York, 2003.

³ Ver C. von Bar / E. Clive / H. Schulte-Nölke (orgs.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Munich, 2009.

⁴ Documento COM, 2011, 635 final, 11/10/2011, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵ A través de la cual se quieren generalmente mencionar ciertos instrumentos reguladores de las relaciones económicas internacionales sin carácter normativo, pero no desprovistos de eficacia. Esta derivaría, principalmente, de su incorporación en contratos de derecho privado y de la aplicabilidad de sanciones informales a su cumplimiento. Sobre la naturaleza jurídica de los instrumentos mencionados en el texto, véanse, con posiciones muy distintas, C-W. Canaris, “Die Stellung der ‘UNIDROIT Principles’ und der ‘Principles of European Contract Law’ im System der Rechtsquellen”, in: J. Basedow (org.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tubinga, 2000, pp. 5 ss.; M.J. Bonell, “Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?”, *Unif. L. Rev.*, 2007, pp. 233 ss.; y F. Dessemontet, “The application of soft law, Halakha and Sharia by International Arbitral Tribunals”, *The American Review of International Arbitration*, vol. 23, 2012, pp. 545 ss.

⁶ Se alude, a este propósito, a la doctrina del “contrato sin ley” o “sin ley estadual”, de cuyas incidencias en arbitraje internacional nos hemos ocupado en *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, 1990, pp. 190 ss.

⁷ Sobre el contrato como acto de autonomía privada véanse, en la doctrina portuguesa, J. de Oliveira Ascensão, *Direito civil. Teoria geral*, vol. II, 2ª ed., Coimbra, 2003, pp. 77 ss.; L. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5ª ed., Lisboa, 2010, pp. 32 ss.; N. Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, pp. 147 ss.; y A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, 4ª ed., Coimbra, 2014, pp. 56 ss.

⁸ Cfr. el artículo 2 (1) de la Ley Fundamental alemana, según la cual: “Todos tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad, desde que no violen derechos de otros y no atenten contra el orden constitucional o la ley moral”. En el sentido del texto, véanse las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12/11/1958, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 8, pp. 274 ss. (especialmente p. 328), y de 13/05/1986, *ibidem*, 72, pp. 155 ss. (especialmente p. 170). Entienden que la libertad contractual está comprendida en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad H. Brox / W.D. Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 39ª ed., Munique, 2015, p. 28.

⁹ En base al artículo 26º, nº 1, de la Constitución, según el cual: “A todos son reconocidos los derechos a la identidad personal, al desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y reputación, a la imagen, a la palabra, a la reserva de la intimidad de

la vida privada y familiar y a la protección legal contra cualesquiera formas de discriminación”. Se pronuncian por la inclusión de la autonomía privada en el ámbito de la tutela conferida por este precepto J. de Sousa Ribeiro, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, pp. 145 ss., n° 350; y P. Mota Pinto, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, en: *Portugal-Brasil ano 2000. Tema Direito*, Coimbra, 1999, pp. 149 ss. (especialmente p. 214). El Supremo Tribunal de Justicia portugués reconoció en la sentencia de 09/07/1998, *Boletim do Ministério da Justiça*, vol. 479, pp. 580 ss., que el principio de la autonomía privada es tutelado constitucionalmente.

¹⁰ “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”.

¹¹ Cfr. los artículos 1091 del Código Civil español (según el cual: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”) y 1372, n° 1, del Código Civil italiano (que establece: “*Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*”).

¹² Ver, para una exposición y crítica de este entendimiento, G. Rouhette, “The Obligatory Force of Contract in French Law”, in: D. Harris / D. Tallon, *Le contrat aujourd’hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris, 1987, pp. 38 ss.; y J. Ghestin, *Traité de Droit Civil. La formation du contrat*, 3° ed., Paris, 1993, pp. 31 ss.

¹³ Cfr. el artículo 1108 del Código Civil: “*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une convention: le consentement de la partie qui s’oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l’engagement; une cause licite dans l’obligation*”.

¹⁴ Artículo 1131 del Código Civil: “*L’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*”.

¹⁵ “*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage ou la loi donnent à l’obligation d’après sa nature*”.

¹⁶ Cfr. el artículo 6 del Código Civil: “*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs*”.

¹⁷ G. Rouhette (nota 12), p. 31.

¹⁸ J. Ghestin (nota 12), pp. 41 ss.

¹⁹ Ver M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, vol. 1, Paris, 2008, pp. 55 ss.

²⁰ Ver G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949.

²¹ En base al artículo 1322, n° 1, del Código Civil, que dispone: “*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge*”.

²² Artículo 1372 del Código Civil: “*Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*”.

²³ Cfr. el artículo 1325 Código Civil, según el cual: “*I requisiti del contratto sono: 1) l’accordo delle parti; 2) la causa; 3) l’oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità*”.

²⁴ Artículo 1322, n° 2, del Código Civil.

²⁵ Cfr. *Diritto privato*, 16° ed., Pádua, 2013, p. 250.

²⁶ Aquellas cláusulas que “a pesar de la buena fe, implique, en perjuicio del consumidor, un significativo desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato” (artículo 1469-*bis* do Código Civil).

²⁷ *Diritto Civile, Il contratto*, vol. 3, 2ª ed., Milão, 2000, p. 33.

²⁸ Ver, por ejemplo, K. Larenz, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, Munich, 1979, p. 60.

²⁹ Cfr. *Die Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 3° ed., Munich, 2006, p. 457.

³⁰ Para una síntesis sobre el tema, ver H. Unberath, “Vertragsfreiheit”, en: J. Basedow / K.J. Hopt / R. Zimmermann (orgs.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, vol. II, Tubinga, 2009, pp. 1692 ss.

³¹ Cfr. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft*, vol. 2, 4° ed., Berlin, 1992, p. 4.

³² Ver “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner “Materialisierung””, *Archiv für die civilistische Praxis*, 2000, pp. 273 ss.

³³ Decisión de 19/10/1993, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 89, pp. 214 ss. (especialmente p. 234).

³⁴ Mientras tanto incorporados en el BGB. Véanse, especialmente, los apartados 305 a 310, 312a a 312f e 346 a 359.

³⁵ En este sentido, A. Menezes Cordeiro (nota 7), p. 54.

³⁶ Ver, especialmente, los artículos 236° y 239° del Código Civil.

³⁷ Cfr. los artículos 283° y 437° del Código Civil.

³⁸ Artículo 405°, n° 1, del Código Civil.

³⁹ Cfr. la ley n° 134/99, de 28 de agosto, que prohíbe las discriminaciones en el ejercicio de derechos por motivos de raza, color, nacionalidad u origen étnica; la ley n° 18/2004, de 11 de mayo, que aplica el principio de la igualdad de tratamiento entre las personas, sin distinción de origen racial o étnica, con el objetivo de establecer un marco jurídico para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnica, transponiendo para el orden jurídico interno la Directiva n° 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio; y la ley n° 14/2008, de 12 de marzo, que prohíbe y sanciona la discriminación en función del sexo en el acceso a bienes y servicios y su suministro, transponiendo para el orden jurídico interno la Directiva n° 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre.

⁴⁰ Ver, en el sentido de que la función social del contrato, en el caso particular de la autonomía privada, significa que “el reconocimiento y el ejercicio de ese poder, al realizarse en la promoción de la libre circulación de bienes y de prestación de servicios y en la autorregulación de las relaciones de eso derivadas, se condicionan a los efectos sociales que esa circulación pueda causar, llevando en cuenta el bien común y la igualdad material”, F. Amaral, *Direito Civil. Introdução*, 8° ed., Rio de Janeiro, 2014, p. 93.

⁴¹ Ver A. Marteleto Godinho, *A lesão no novo Código Civil brasileiro*, Belo Horizonte, 2008; y F. Glitz, *Contrato e sua conservação. Lesão e cláusula de hardship*, Curitiba, 2012.

⁴² Ver, sobre el régimen brasileño de la onerosidad excesiva, J. de Oliveira Ascensão, “Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil”, *Revista CEJ*, 2004, pp. 59 ss.; P. Roque Khouri, *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei n° 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*, São Paulo, 2006; A. Borges de Carvalho Barros, “A onerosidade excessiva como fundamento da revisão ou resolução do contrato no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor”, en: G. Hironaka / F. Tartuce, *Direito contratual. Temas atuais*, São Paulo, 2007, pp. 315 ss.; L. Coradini Frantz, “Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ”, en: J. Martins-Costa (org.), *Modelos de Direito Privado*, São Paulo, 2014, pp. 215 ss.

⁴³ En sentido convergente, ver R. Caro Gándara, “En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional”, en: S. Sánchez Lorenzo (org.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2013, pp. 53 ss. (esp. p. 84).

⁴⁴ Cfr. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, 2004, p. 666.

⁴⁵ En base, especialmente, al artículo 230º, nº 1, del Código Civil, que consagra el principio de la irrevocabilidad de la propuesta de contrato.

⁴⁶ Cfr. el artículo 236º, nº 1, del Código Civil, que consagra en esta materia la doctrina de la impresión del destinatario.

⁴⁷ En el Código Civil, la tutela de la confianza explica, por ejemplo, la responsabilidad del declarante que haya culpablemente emitido una declaración sin consciencia de ella: artículo 246º.

⁴⁸ Ver, especialmente el artículo 227º del Código Civil.

⁴⁹ Ver J. Martins-Costa, *A boa fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*, São Paulo, 2015, pp. 230 ss., subrayando, a este propósito, la relación de interdependencia entre los principios de la autonomía privada y de la confianza.

⁵⁰ Artículo 112 del Código Civil.

⁵¹ Artículo 147 del Código Civil.

⁵² Artículo 187 del Código Civil.

⁵³ Artículo 422 del Código Civil.

⁵⁴ Cfr. H. Eichler, *Die Rechtslehre vom Vertrauen. Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens*, Tubinga, 1950, pp. 106 ss.; G. von Craushaar, *Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung*, Munich, 1969, pp. 35 ss. y p. 58.

⁵⁵ K. Zweigert / H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3º ed., Tubinga, 1996, p. 318.

⁵⁶ Cfr. R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Munich, 1994, p. 220.

⁵⁷ Ver, en este sentido, M. Wolf / J. Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10º ed., Munich, 2012, p. 112.

⁵⁸ Lo declara expresamente el apartado 311 (3) del BGB, según el cual se puede constituir una relación obligacional integrada por los deberes de consideración por los derechos, bienes jurídicos e intereses ajenos mencionados en el apartado 241 (2) en relación a personas que no sean partes en el contrato, pero en quien haya sido depositada particular confianza y que, de esa forma, hayan influenciado considerablemente las negociaciones o la conclusión del mismo.

⁵⁹ Según el cual: “(1) Cuando las circunstancias que fueron la base del contrato cambian severamente después de la conclusión del mismo, y si las partes no lo hubieran celebrado o si lo hubieran celebrado con otro contenido en caso de que hubiesen previsto ese cambio, puede ser exigida la adaptación del contrato, desde que, llevando en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, en especial la distribución contractual o legal del riesgo, no sea exigible a una de las partes la vinculación al contrato modificado. (2) Es equiparada a un cambio de circunstancias la situación en que se revelen equivocadas representaciones esenciales que tengan estado en la base del contrato. (3) Cuando la adaptación del contrato no sea posible o exigible a una de las partes, puede la parte perjudicada terminar el contrato. En las relaciones obligacionales duraderas, opera el derecho de denuncia en lugar del derecho de resolución”.

⁶⁰ Que dispone: “Son ineficaces las estipulaciones incluidas en las cláusulas contractuales generales que perjudiquen el cocontratante del predisponente de forma desproporcionada y contraria a las exigencias de buena fe”.

⁶¹ Ver K. Larenz (nota 28), p. 79.

⁶² Cfr. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7º ed., Munich, 1989, p. 48.

⁶³ Ver, en este sentido, R. Pinto Duarte, “El equilibrio contractual como principio jurídico”, en: *Escritos jurídicos varios 2000-2015*, Coimbra, 2015, pp. 685 ss., que observa a este respecto: “el principio no exige que los valores de las prestaciones sean iguales, pero antes limita la desigualdad, por una parte, en función de su grado y, por otro, en función de la correspondencia de estos valores con la voluntad de las partes”.

⁶⁴ Ver, en este sentido, T. Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, pp. 154 ss.

⁶⁵ Cfr. “Contrat”, en: D. Alland / S. Rials (orgs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, reimpressão, Paris, 2007, pp. 276 ss. (especialmente p. 280). Ver aún, en el mismo sentido, J. Ghestin, “La notion de contrat”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1990, pp. 147 ss. (esp. pp. 149 ss.); J. Ghestin (nota 12), pp. 42 y 203 ss.; J. Ghestin / C. Jamin, “Le juste et l’utile dans les effets du contrat”, en: A. Pinto Monteiro (coord.), *Contratos: actualidade e evolução*, Porto, 1997, pp. 123 ss.

⁶⁶ Ver Alfred Fouillée, *La science sociale contemporaine*, 5º ed., Paris, 1910, p. 410.

⁶⁷ En este sentido, J. Fu, “Towards a Social Value Convergence: a Comparative Study of Fundamental Principles of Contract Law in the EU and China”, *Oxford University Comparative Law Forum*, 2009, p. 3.

⁶⁸ Ver H. Xie, “Contract Law in the Far East – China and Japan”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII (capítulo 6), vol. XI, Tubinga / Haia, pp. 35 ss.

⁶⁹ Ver J. Fu (nota 67), p. 5.

⁷⁰ J. Fu (nota 67), p. 6.

⁷¹ Ver, sobre esta disposición, Y. Bu (org.), *Chinese Civil Law*, Munich, 2013, pp. 41 ss.

⁷² En este sentido, M. Timoteo, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Pádua, 2004, p. 332.

⁷³ La conclusión es de J. Fu (nota 67), p. 17.

⁷⁴ En este sentido, J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, reimpression, Oxford, 1982, p. 144. Ver también, sobre el tema, N. Yassari, *The Concept of Freedom of Contract in Western and Islamic Legal Cultures*, Innsbruck, 1999, pp. 109 ss.

⁷⁵ Ver F.E. Vogel, “Contract Law of Islam and the Arab Middle East”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, vol. VII, capítulo 7, Tubinga / Haia, pp. 28 ss.

⁷⁶ Está en ese caso, especialmente, la prohibición de la venta de bienes futuros, que el derecho musulmán consagra. Cfr. sobre el punto, N.C. Dau-Schmidt, “Forward Contracts. Prohibitions on Risk and Speculation Under Islamic Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2012, pp. 533 ss.

⁷⁷ Véanse aún los versículos 2:276, 2: 278, 3:130, 4:161 y 30:39.

⁷⁸ Ver, sobre el tema, M. Siddiqi, *Riba, Bank Interest and the Rationale of its Prohibition*, Jeddah, 2004.

⁷⁹ Cfr. la decisión adoptada por la Cámara de los Lores en 1778 en el caso “*Rann v. Hughes*”, 1778, 101 E.R. 1014, en la que Lord Skynner afirmó: “the law of this country supplies no means nor affords any remedy to compel the performance of an agreement made without sufficient consideration”.

⁸⁰ Consagra esta idea el § 79 do *Restatement (Second) of Contracts* cuando establece: “If the requirement of consideration is met, there is no additional requirement of (a) a gain, advantage, or benefit to the promisor or a loss, disadvantage, or detriment to the promisee; or (b) equivalence in the values exchanged (...)”.

⁸¹ Cfr. *On Liberty*, Londres, 1859, pp. 194 ss.

⁸² Cfr. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 3^o ed., Oxford, reimpresión, 1988. El autor reconocería posteriormente una cierta recuperación de la libertad contractual durante el consulado de Margareth Thatcher como Primera Ministra. Ver *An Introduction to the Law of Contract*, 5^o ed., Oxford, 1995, p. 27.

⁸³ Cfr. *The Death of Contract*, 2^o ed., Columbus, 1995.

⁸⁴ Sobre la *sanctity of contracts* como idea fuerza de una concepción individualista del derecho de los contratos ver J.N. Adams / R. Brownsword, “The Ideologies of Contract”, *Legal Studies*, 1987, pp. 205 ss., especialmente pp. 208 ss.

⁸⁵ El la doctrina norteamericana, destaca sobre esta cuestión el influente estudio de L. Fuller / W. Pardue, publicado en 1936, “The Reliance Interest in Contract Damages”, *Yale Law Journal*, 1936, pp. 52 ss. y pp. 373 ss. (sobre el cual se puede ver un análisis en idioma portugués por R. de Albuquerque, en: *Ciência e Técnica Fiscal*, 1962, pp. 544 ss.). En Inglaterra sobresale, en defensa de la relevancia de la confianza como fundamento de la eficacia de los contratos, S.A. Smith, *Atiyah's An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 6^oed., 2006, p. 35, que, repercutiendo y desarrollando las ideas de Fuller y Perdue, señala como primer propósito del derecho de los contratos “the desire to enforce promises and to protect the reasonable expectations which are generated both by promises and by other forms of conduct”.

⁸⁶ Establece ese precepto: “A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted may be limited as justice requires”.

⁸⁷ Y en la correlativa responsabilidad por la violación de tales deberes *in contrabando*, conminada especialmente por los derechos alemán, italiano, portugués y brasileño: cfr. el nuestro *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, pp. 239 ss.

⁸⁸ 1992, 2 WLR, 174.

⁸⁹ Ver F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, reimpresión, vol. I, Londres, 1993, pp. 102 ss., y vol. II, 1993, pp. 124 ss.

⁹⁰ *All E.R.*, n^o 2, 1956, p. 145.

⁹¹ En este sentido, S. Sánchez Lorenzo, *El derecho inglés y los contratos internacionales*, Valencia, 2013, p. 27.

⁹² Cfr. *Summa Theologica*, parte II-II, cuestión 77, artículo 1: “si el precio excede la cantidad del valor de la cosa o si, inversamente, la cosa excede el precio, desaparece la igualdad de la justicia. Así, vender más caro o comprar más barato de lo que la cosa vale es en sí mismo injusto e ilícito”.

⁹³ En ese sentido ver R. Cabrillac, *Droit européen comparé des contrats*, Paris, 2012, p. 23.

⁹⁴ Lo reconoce, por ejemplo, J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991, pp. 146 ss. y 201 ss.

⁹⁵ Cfr. *The Common Law*, reimpresión, Boston, etc., 1963, p. 5: “The life of the law has not been logic: it has been experience”; e p. 32: “Every important principle which is developed by litigation is in fact and at bottom the result of more or less definitely understood views of public policy”.

⁹⁶ Cfr. *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven / London, 1982, p. 47: “I am content to think of law as a social institution to satisfy social wants – the claims and demands and expectations involved in the existence of civilized society”.

⁹⁷ Ver, sobre ese concepto, A. Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma teoria geral*, Coimbra, 1991, con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

⁹⁸ Reglamento (CE) n^o 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 Junio de 2008.

⁹⁹ En este sentido también G. Rühl, “The Common European Sales Law: 2^o regime, 2^o regime or 1^o regime?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012, pp. 148 ss.

¹⁰⁰ Conforme se dio cuenta, entre otros, E. Posner, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition*, Chicago, 2012, disponible en: <http://ssrn.com>.

¹⁰¹ Ver W. Doralt, “The Optional European Contract Law and why success or failure may depend on scope rather than substance”, *Max Planck Private Law Research Paper*, n^o 11/9, disponible en: <http://ssrn.com>; H. Eidenmüller / N. Jansen / E.M. Kieninger / G. Wagner / R. Zimmermann, “The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law”, *The Edinburgh Law Review*, 2012, pp. 301 ss.; H. Eidenmüller, “What Can Be Wrong With an Option? An Optional Common European Sales Law as a Regulatory Tool”, *Common Market Law Review*, 2013, pp. 69 ss.

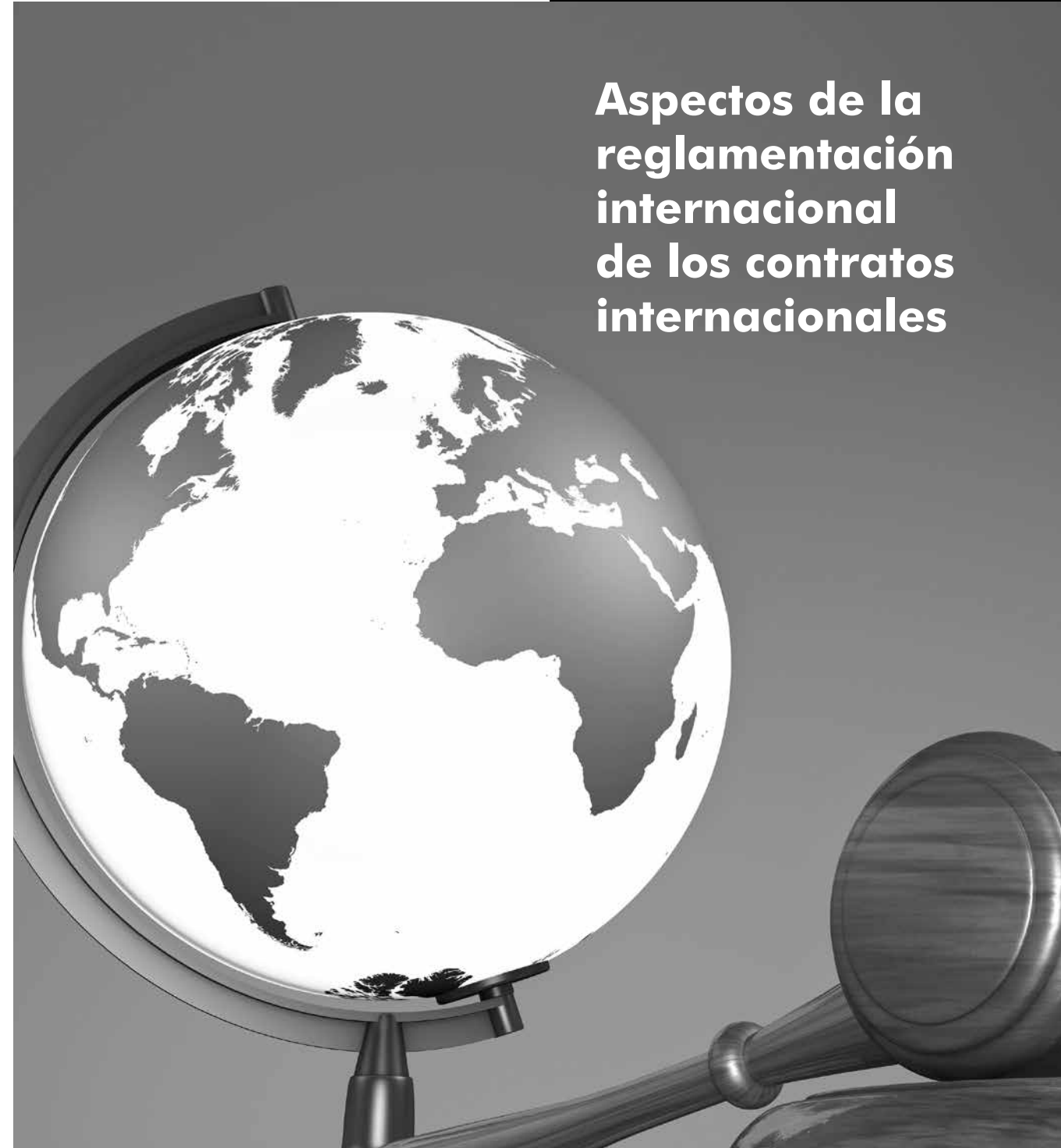
¹⁰² La propuesta del CESL fue, de hecho, retirada por la Comisión Europea constituida en 2014 y anunciada su sustitución por una nueva propuesta destinada a potenciar el comercio electrónico en el “mercado digital único”: cfr. el anexo 2 al documento COM (2014) 910 final, de 16/12/2014, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>, que incluye el Programa de Trabajo de la Comisión Europea para 2015. A 09/12/2015, la Comisión Europea presentó dos propuestas de Directivas para la ejecución de este propósito: la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos digitales (COM (2015) 634 final) y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a ciertos aspectos relacionados con contratos de ventas en línea de bienes y otras ventas a distancia de bienes (documento COM (2015) 635 final).

¹⁰³ Cfr. *Filosofia do Direito*, 20^o ed., São Paulo, 2002, pp. 217 ss. y 300 ss.

¹⁰⁴ Cfr. la Encíclica Papal, *Caritas in Veritate*, de 29/06/2009, n^o 26.

Parte II

Aspectos de la reglamentación internacional de los contratos internacionales



Resumen

El debate en torno a si el derecho nacional y el no nacional deberían tener la misma importancia en lo que concierne al derecho que rige los contratos transnacionales ha recibido un impulso significativo gracias a los Principios de la Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales. Ahora bien, ¿cuál es el impacto (de tenerlo) que tienen los Principios de La Haya sobre la designación del derecho no nacional? Para darle una respuesta a esta pregunta debe establecerse una distinción entre tres actores: los árbitros, los jueces y los legisladores. La posibilidad de aplicar un derecho distinto al nacional ha logrado mayores avances y aceptación en el terreno del arbitraje internacional. Los jueces, en cambio, deben aplicar y apearse a sus normas de conflicto, cuyo objetivo principal es la designación de un derecho sustantivo nacional. Si las normas de conflicto permitiesen explícitamente la designación de un derecho no nacional, tanto los jueces como los árbitros podrían aplicar dichas normas jurídicas. No obstante, esto requiere cambios legislativos, como es el caso de Europa, por nombrar un ejemplo, donde la revisión del Reglamento Roma I brinda precisamente la oportunidad necesaria.

Sumario

- I.** *Introducción.*
- II.** *Los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales.*
- III.** *¿Qué derecho contractual nacional es el más atractivo?*
- IV.** *El mecanismo de solución de controversias elegido.*
- V.** *Designación de un derecho distinto al derecho nacional. 1. Designación de la CISG. 2. Designación de la CESL. 3. Designación de los Principios UNIDROIT.*
- VI.** *¿Traen consigo algún cambio los Principios de La Haya?*
- VII.** *Consideraciones finales.*

¿Traen consigo algún cambio los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales?

Katharina Boele-Woelki*

I. Introducción

El presente artículo se concentra en la autonomía de las partes y, de manera más específica, en la autonomía en el contexto de la problemática de la ley aplicable, lo que excluye la elección del foro y las cláusulas arbitrales. La autonomía de las partes ya existe en una cantidad significativa de ordenamientos en diferentes tradiciones jurídicas y se fundamenta en explicaciones sólidas, ya sea en términos de libertad contractual general, expectativas razonables de la eficiencia económica de las partes o la necesidad de identificar un derecho neutral entre las partes.¹ El derecho internacional contractual establece una distinción entre relaciones B2B (*business-to-business*, entre empresas) y B2C (*business-to-consumer*, entre la empresa y el consumidor). El objetivo principal de esta investigación recae en los contratos comerciales transnacionales. La elección de la ley aplicable en transacciones comerciales internacionales se analizará en el marco de dos

tipos de solución de controversias; a saber, litigio y arbitraje. ¿Cómo aborda un juez la disyuntiva de la elección de la ley aplicable si las partes ya han hecho una elección? ¿Cómo lidia el árbitro con dicha elección? Es evidente que existen diferencias, pues de otra manera no tendría sentido abordar los tipos de solución de controversias de forma separada ni comparar el uno con el otro.

La razón por la que hemos vuelto a considerar este tema² no es otra que la aparición del instrumento más reciente en el ámbito del derecho internacional contractual de la Conferencia de La Haya de derecho Internacional Privado; a saber, los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales, que se culminaron a finales del año 2013.³ Dichos principios son el núcleo de nuestro estudio, dado que constituyen la propuesta, recomendación o modelo más reciente sobre como deberíamos abordar la elección

de la ley aplicable a contratos comerciales internacionales. Los Principios de La Haya se remiten a distintos aspectos relativos a la elección de la ley aplicable. En este sentido, para el presente artículo se ha decidido explorar qué leyes pueden elegirse. En este contexto examinaremos en detalle la elección de un derecho⁴ no nacional en el marco del arbitraje y el litigio. Asimismo, será necesario estudiar como los legisladores responderán al modelo de La Haya en el plano nacional, regional e internacional.

En pocas palabras, en el marco de los Principios de La Haya, nos planteamos las preguntas siguientes: en primer lugar, ¿cómo lidian los jueces y los árbitros con la elección de la ley aplicable de las partes? En segundo lugar, ¿cómo pueden elegirse dichas leyes? Y, en tercer lugar, ¿debería permitirse a las partes designar un derecho distinto al nacional como el que rige el contrato?⁵

Para responder a estas interrogantes hay otros instrumentos pertinentes, tal como lo es el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en vigor para todos los tribunales judiciales de los 28 Estados miembros de la Unión Europea desde diciembre de 2009; así como la Convención de México,

que fue adoptada en 1994 por la Conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado de la Organización de Estados Americanos (OEA). Aparte de estos dos instrumentos de derecho internacional privado, también estudiaremos en detalle tres instrumentos de derecho sustantivo unificador y armonizador; la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (cisg, por sus siglas en inglés),⁶ la propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a una normativa común de compraventa europea (cesl, por sus siglas en inglés)⁷ y los Principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. ¿Pueden dichos instrumentos elegirse como la ley aplicable a un contrato internacional? Como veremos más adelante, la respuesta depende en gran medida del tipo de mecanismo solución de controversias elegido.

II. Los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales

Con los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a contratos comerciales internacionales, la misión de la Conferencia de La Haya

ha cobrado un mayor alcance. Hasta el momento, los instrumentos promulgados por esta organización internacional en el ámbito del derecho internacional privado solo tenían efecto vinculante luego de ser ratificados por los Estados o por organizaciones regionales tales como la UE. Por ende, es una completa novedad ya que por primera vez en los más de 120 años de existencia de la Conferencia de La Haya se ha elaborado un instrumento no vinculante.⁸ Con casi total certeza, esto podría derivar del hecho de que en ciertos países la libertad de las partes para determinar el *lex contractus* aún no está aceptada.⁹ Asimismo, fue solo en el año 2009 que el Reglamento Roma I entró en vigor. Una nueva convención relativa a la ley aplicable a contratos no hubiera sido una alternativa exitosa desde la perspectiva europea. Sin embargo, desde un punto de vista estratégico, se ha previsto que el instrumento se use más adelante como inspiración para futuros instrumentos vinculantes, sean estos nacionales, regionales o internacionales.

Los 12 Principios de La Haya se abocan a todas las problemas que podrían surgir cuando se reflexiona sobre la elección de la ley aplicable que hacen los contratantes.¹⁰ En este sentido, podrían considerarse un código internacional que incluye las mejores

prácticas actuales en lo que concierne a la autonomía de las partes en contratos comerciales internacionales.¹¹

A los Principios les precede un Preámbulo que presenta la naturaleza, el objetivo y los fines previstos de estos como instrumento no vinculante.¹² El principal objetivo no es otro que fomentar la aceptación de la autonomía de las partes. En el mismo orden de ideas, para nuestros fines hay tres aspectos importantes que considerar. En primer lugar, el consumidor internacional y los contratos laborales no entran dentro del alcance de los Principios. En segundo lugar, los Principios podrían emplearse como modelo para los legisladores en cada país, región e internacionalmente. En tercer y último lugar, los tribunales judiciales y arbitrales podrían aplicar los Principios para interpretar, complementar y elaborar normas de derecho internacional privado. Ahora bien, el último fin previsto genera ciertas interrogantes: ¿es esto posible? Y, de manera más específica, ¿podrían los tribunales judiciales aplicar los Principios? ¿Podrían incluso reemplazar su sistema de derecho internacional privado, elaborar e interpretar dicho sistema a la luz de los Principios? Antes de darle respuesta a las interrogantes es necesario brindar información pertinente sobre los tres primeros Principios.

El Principio 1 (alcance de los Principios)¹³ prescribe que los Principios de La Haya se limitan a los contratos internacionales, entendidos estos como contratos en los que cada parte actúa en ejercicio de su oficio o profesión. Resulta interesante que la segunda sección contiene una definición de lo que constituye un contrato internacional. La definición está formulada de forma negativa y excluye las situaciones enteramente nacionales, con el objeto de conferirle el mayor alcance de interpretación posible al término “internacional”. Sin embargo, el hecho de que las partes elijan una ley extranjera no constituye internacionalidad. Dicha restricción se diferencia de otros instrumentos de derecho internacional privado, tales como el Reglamento Roma I y la Convención de México; ambos consideran este aspecto pertinente dado que, conforme a estos instrumentos, en ese tipo de situación debe tomarse una decisión entre los derechos de diferentes Estados.

El Principio 2 (libertad de elección)¹⁴ determina que puede elegirse cualquier ley, puesto que no se requiere un vínculo específico entre la ley elegida y las partes o su transacción, y es que la creciente deslocalización de las transacciones comerciales exige un enfoque así de flexible. Las partes

pueden elegir una ley particular porque es neutral entre las partes o porque está particularmente bien desarrollada para el tipo de transacción contemplado¹⁵ y, en este contexto, la designación de un derecho no nacional (una ley más adecuada para las relaciones comerciales internacionales) puede considerarse.

El Principio 3 (normas jurídicas)¹⁶ determina que, bajo los Principios de La Haya, la ley aplicable elegida por las partes puede comprender normas jurídicas generalmente aceptadas en el plano internacional, supranacional o regional como cuerpo neutral y equilibrado de normas, a menos que la ley del foro disponga otra cosa.¹⁷ En este contexto surge otra interrogante: ¿qué efectos podrían dársele a una cláusula que provea la aplicación de normas jurídicas no nacionales, tales como los Principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales,¹⁸ cuyo objetivo es armonizar el derecho contractual sustantivo, o la *cisg*?¹⁹ ¿Rigen estas normas el contrato hasta el punto de excluir el derecho nacional? Antes de abordar este tipo de instrumento vale la pena traer a colación un estudio empírico reciente, que ahonda en el mercado internacional de contratos analizando cuál derecho contractual nacional es el más atractivo.

III. ¿Qué derecho contractual nacional es el más atractivo?

Con base en el estudio empírico de más de 4.400 contratos internacionales celebrados por más de 12.000 partes participantes en arbitrajes bajo la égida de la Cámara de Comercio Internacional en París, Gilles Cuniberti ofrece un método para medir el atractivo internacional de los distintos derechos contractuales.²⁰ Los resultados del estudio muestran que cuando las partes de un contrato internacional acuerdan optar por un derecho distinto al propio, por lo general escogen entre los de cinco jurisdicciones. No obstante, los cinco no son igual de atractivos para los contratantes internacionales, dado que dos se eligen tres veces más a menudo que sus competidores y pueden, por lo tanto, considerarse líderes de mercado.

El estudio busca explicaciones para el hecho de que las leyes inglesas y suizas sean tres veces más atractivas para los actores comerciales internacionales que el derecho contractual estadounidense, francés o alemán. En el mismo orden de ideas, el autor realiza un estudio para evaluar las preferencias de las partes de transacciones comerciales internacionales asiáticas cuando eligen la ley aplicable a sus contratos.²¹ Los

resultados muestran que tres derechos dominan el mercado asiático para contratos internacionales: el inglés, el estadounidense y, en menor medida, el singapurense. Estos estudios empíricos tan interesantes realizados por Cuniberti son los primeros en tener este alcance y emplear este método.²² No obstante, existen dos limitaciones: en primer lugar, los estudios se limitan al arbitraje y, en segundo lugar, la elección de un derecho no nacional no formó parte de la investigación.

IV. El mecanismo de solución de controversias elegido

El mecanismo de solución de controversias tiene una importancia decisiva para poder dar con la respuesta de las preguntas planteadas en este artículo. Las partes tienen la libertad de elegir entre el litigio y el arbitraje; este último depende de un acuerdo entre las partes para someter su controversia a un tribunal arbitral, que puede ser o una institución (arbitraje institucional) o un tribunal privado. En el caso del litigio, el tribunal judicial decide en función de sus propias normas (las normas del tribunal al que se ha acudido = *lex fori*) si tiene jurisdicción y cuál es la ley aplicable.

En el caso del arbitraje, las normas del lugar donde se realice no

necesariamente determinan cuál derecho debe aplicarse. El tribunal arbitral generalmente tiene la libertad de elegir las normas de derecho internacional privado aplicables (tales como las normas del Reglamento Roma I) o aplicar el derecho directamente sin hacer referencia a ninguna norma, a menos que las partes hayan designado la ley aplicable. Este es el enfoque que por lo general se reconoce y aplica. En consecuencia, los árbitros tienen la libertad de determinar la ley aplicable, tomando en cuenta que no están en la obligación de aplicar normas de conflicto específicas ya que no hay foro. Los tribunales judiciales, al contrario, si están obligados a aplicar las normas de conflicto de su país o territorio, y dichas normas determinan si se ha hecho una elección válida de ley aplicable.

Visto desde el prisma de esta diferencia entre el litigio y el arbitraje, se hace evidente que para los árbitros la aplicación de los Principios de La Haya no se ve afectada por ninguna norma, mientras que los tribunales judiciales se ven obligados a aplicar las normas de su jurisdicción. Esto quiere decir que, dentro de los límites de la Unión Europea, el Reglamento Roma I determina qué elección de ley aplicable de las partes es válida. En otros países, tales como México y Venezuela, se consulta la

Convención de México, mientras que en la mayoría de los otros países se deben aplicar normas de derecho internacional privado nacionales. Más importante aún, estas normas de conflicto para contratos internacionales deben aplicarse *ex officio*. El tribunal judicial no puede descartar las normas y las partes no pueden desestimarlas por acuerdo, ya que no son principios vinculantes.

V. Designación de un derecho distinto al derecho nacional

Si las partes designan un derecho distinto al nacional, ¿qué consecuencia acarreará dicha decisión? Esta pregunta se ha plantado desde el mismo momento en que se publicaron los Principios unidroit hace unos veinte años. ¿Deberían las normas no nacionales tener la misma posición que el derecho nacional? ¿Deberían no solo los tribunales arbitrales, sino también los nacionales aplicarlo como el que rige las transacciones comerciales transnacionales?

Para comenzar, podríamos dar por sentado que si una cláusula determina que el contrato se regirá por los Principios unidroit, los contratantes desean que se apliquen excluyendo el derecho contractual nacional. La referencia a

normas no nacionales tendrá entonces el efecto de reemplazar el Derecho nacional, incluidas sus normas imperativas, que de lo contrario hubiera sido aplicable sin una cláusula de elección de ley. A este efecto en general se le conoce como *kollisionsrechtliche Verweisung* (designación de la elección de ley), dado que las normas imperativas del Derecho nacional que hubiera sido aplicable se desestiman por la elección de ley que hicieron las partes. Si dicho efecto *no* se le concede a la elección de derecho no nacional de las partes, la aplicación de este toma lugar dentro de los límites de y en virtud del derecho contractual nacional aplicable, que debe determinarse de manera objetiva. A esta situación se le conoce como *materiellrechtliche Verweisung* (designación de derecho sustantivo) que, por ejemplo, según el artículo 3 sección 4 del Reglamento Roma, solo es posible cuando todos los otros elementos pertinentes a la situación al momento de la elección se encuentran en un país distinto al país cuyo derecho se eligió, y la elección de las partes no debería influenciar la aplicación de las disposiciones del derecho de ese otro país que no pueden derogarse por acuerdo (conforme a las normas imperativas).

En derecho internacional privado, la designación de normas no estatales

por lo general se acepta en el arbitraje, pero en el litigio la elección de un derecho no estatal suele considerarse una designación de derecho sustantivo. ¿Deberían los tribunales judiciales ir un paso más allá? Podría decirse que si un derecho no nacional brinda un mecanismo para colmar las lagunas y contiene disposiciones imperativas, la aplicación del derecho contractual nacional ya no se hace necesaria. El interrogante anterior ha sido objeto de un agitado debate; los que se inclinan por que las normas no nacionales tengan un mayor papel que desempeñar en el litigio aceptando que normas no nacionales sean el *lex contractus* de los contratos transnacionales acusan a quienes se oponen de ser hostiles, escépticos y tener un dogmatismo excesivo.²³ Este es el elemento preciso que conduce a la brecha existente entre el enfoque tradicional y el liberal.

A decir verdad, tanto el mecanismo para colmar lagunas como las normas imperativas son componentes importantes del “derecho” que se aplicará, y ambos se ven reflejados en la Cisg y los Principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Si se da lugar a estos dos elementos por medio de instrumentos jurídicos unificadores y armonizadores, surge la pregunta de cómo se aplicarían las

respectivas normas si el individuo se apega a la teoría de la incorporación (*materiellrechtliche Verweisung*), dado que debe resolverse entonces el problema de un choque potencial entre los distintos tipos de norma. Sin embargo, también tenemos que reconocer que no existen muchas normas imperativas en el ámbito del derecho comercial.

Por último y con plena firmeza, se ha afirmado que en este contexto los tribunales judiciales tienen experiencia en cuanto a referirse, interpretar o aplicar normas que emanen de fuentes no nacionales, tales como los incoterms o los ucp, para abordar un problema en una controversia comercial internacional. Por lo tanto, la aplicación de un conjunto de normas no nacionales como el derecho que rige un contrato debe percibirse como un elemento que les confiere una mayor experiencia.²⁴

1. Designación de la CISG

¿Qué ocurre en el caso de elegir un derecho sustantivo tal como la cisg? Ya en la actualidad ha entrado en vigencia en un total de 84 Estados contratantes y es aplicable de forma automática si las partes tienen sus respectivos establecimientos en diferentes Estados contratantes o si las normas de derecho internacional privado del foro conducen a

la aplicación del derecho de un Estado contratante. En este sentido, cabe preguntarse si a las partes se les permite estipular que su contrato se regirá por las normas contenidas en la cisg.

La cisg contempla una disposición que le permite a las partes excluir la aplicabilidad de la Convención, pero no existe en este instrumento disposición alguna sobre la posibilidad de que las partes opten por la aplicación de la Convención en casos en los que de otra forma no aplicaría.²⁵ Con respecto a la cisg, con mucho ahínco se ha afirmado que vale la pena elegirla para regir un contrato internacional de compraventa dado que este instrumento de compraventa uniforme es genuinamente neutral, brinda un concepto bien equilibrado tanto para el comprador como para el vendedor, es flexible y solo genera mínimos costos de examinación tomando en cuenta lo bien documentado que esta. Es por esta razón que, desde el punto de vista de las normas de conflicto, la elección de la cisg no hace surgir dificultad alguna ya que las normas convencionales tienen la misma calidad autoritativa que cualquier otro derecho de compraventa nacional elegido.²⁶

Vale acotar que la creencia de que la cisg “por lo general se excluye” en

la práctica, aunque aún se escucha y se lee, no tiene base en evidencia empírica.²⁷ Existe evidencia empírica de que sucede, pero no de que sea lo que sucede comúnmente o en la mayoría de los casos. Una pregunta distinta es si la cisg se elige y con qué frecuencia; en este respecto tampoco se cuenta con evidencia empírica, si bien recientemente un catedrático de la cisg afirmó que esperaba que la cisg tarde o temprano alcanzara el punto de ser percibida como un derecho de compraventa supranacional viable para los fines de la elección de ley aplicable.²⁸ De ese punto aún distamos.

2. Designación de la CESL

Existe otro instrumento que amerita nuestra atención en el marco de nuestra interrogante principal sobre la aplicabilidad del derecho no nacional. En octubre de 2011, la Comisión Europea publicó la cesl, que contiene normas contractuales uniformes para la compraventa transfronteriza y el suministro de contenido digital. En febrero de 2014, en su primera lectura, el Parlamento Europeo propuso varias enmiendas. Sin embargo, para finales del mismo año, la Comisión retiró la propuesta. Desde entonces se han orientado todos los esfuerzos a fortalecer el comercio electrónico dentro de

la Unión por medio del Mercado Único Digital (DSM). Es de esperarse que la cesl sea usada parcialmente para esta ley contractual de la era digital. Ahora bien, una ley contractual uniforme general para regir las relaciones transfronterizas en Europa simplemente está fuera de alcance.

Para propósitos de nuestra investigación, la designación de la cesl por las partes se ha convertido por tanto en un ejercicio teórico, que indica cuáles fueron las opciones e intenciones. Asimismo, el índice de la cesl demuestra que se abordaron muchos —por no decir todos— los aspectos del derecho contractual. Podría concluirse entonces que, al menos en lo que concierne a los sujetos de la cesl, no existía diferencia alguna con ningún derecho contractual nacional en lo que respecta a los distintos elementos regulados. No obstante, el contenido de las normas es una cuestión distinta.

Los autores la cesl determinaron que esta podría usarse solo si el vendedor de los bienes o el proveedor del contenido digital era un comerciante (art. 7). Los contratos entre comerciantes entraban en el alcance de aplicación si al menos una de las partes era una pequeña o mediana empresa (“pymes”). La cesl solo se abocaba a los contratos

B2C y, al contrario de la *cisg*, la *cesl* tomó la forma de un instrumento opcional, por lo que su aplicación dependía de la elección de las partes. Como reglamento, la propuesta hubiera sido directamente aplicable en los Estados miembros y se hubiera convertido en parte de su derecho nacional.²⁹ Excluir la *cisg* es una práctica comercial común que nos hace preguntarnos si era más o menos probable que los contratantes comerciales en Europa y sus asesores optaran por incluir la *cesl*.³⁰

3. Designación de los Principios UNIDROIT

Para cerrar, ¿qué ocurre con la elección específica de un instrumento jurídico sustantivo armonizador tal como los Principios unidroit? En el año 2010, el Consejo Directivo del unidroit publicó la tercera versión ampliada de los Principios de contratos internacionales, que gozan de amplio reconocimiento como un conjunto fidedigno de normas sobre contratos internacionales entre los abogados internacionales.³¹ unidroit es una organización internacional, pero no fueron los Estados miembros quienes crearon este instrumento de derecho no vinculante; sino expertos de gran reputación en el ámbito del derecho contractual internacional y comparado

que conformaron el grupo de trabajo. Los Principios unidroit constituyen *soft law*; término empleado en inglés para hacer referencia a instrumentos de naturaleza normativa que no gozan de carácter vinculante alguno y cuya aplicación está sujeta a una previa aceptación voluntaria.³²

Según indica unidroit, sus Principios son objeto de una gran aceptación y no han dado lugar, en la práctica, a ninguna dificultad significativa para su aplicación. Ahora bien, ¿pueden proporcionarse pruebas fehacientes para apoyar dicha afirmación? En junio de 2014, el sitio *web* unilex presentaba una lista con un total de 196 sentencias judiciales y 186 laudos arbitrales en los que se hacía referencia a los Principios unidroit. Habida cuenta de sus casi 20 años de existencia, esta no parece ser una cifra notable. En especial debemos también recordar que, al menos en lo que al arbitraje se refiere, no todos los laudos se publican dado que las partes prefieren que su controversia solo sea un asunto privado.

Un análisis de las sentencias judiciales muestra que en la gran mayoría de los casos los tribunales han hecho referencia a los Principios unidroit con tres objetivos. En primer lugar, para apoyar la solución dispuesta por el

derecho nacional aplicable; en segundo lugar, como un medio para interpretar el derecho nacional aplicable o los instrumentos de derecho uniforme o internacional y, por último, en tercer lugar, para complementar el derecho aplicable. El estudio de las sentencias judiciales que tienen que ver con los Principios no parece indicar que estos reciban una plena aceptación por parte de los jueces nacionales.³³ Una de las explicaciones que podrían dársele a esta situación es que probablemente las partes no los escojan para regir su relación contractual. Asimismo, otro estudio reciente muestra que en Estados Unidos, por nombrar un ejemplo, la influencia de los Principios unidroit sobre el derecho nacional ha sido casi nula.³⁴

Esta situación fue reconocida por el Consejo Directivo de unidroit en 2013,³⁵ año en el que publicaron un total de 11 Cláusulas Modelo distintas para el uso de los Principios unidroit en contratos internacionales.

“Sin embargo, existe una clara percepción de que aún no se ha logrado el pleno desarrollo de las potencialidades de los Principios Unidroit en la práctica de los contratos transnacionales y de la resolución de conflictos. En gran medida, esto se debe al hecho de que

los Principios Unidroit todavía no son lo suficientemente conocidos entre la comunidad empresarial y jurídica internacional, de manera que queda mucho por hacer para ponerlos en conocimiento de todos sus potenciales usuarios alrededor del mundo”.

Las partes deben ser conscientes de que el objetivo de los Cláusulas Modelo no es más que permitirles indicar de manera más precisa cuál es la manera en que deberían emplearse los Principios unidroit en el ejercicio del contrato o en caso de que surja una controversia. Es por esta misma razón que, incluso si las partes deciden no usar las Cláusulas Modelo, los jueces y árbitros igual podrían aplicar los Principios unidroit según las circunstancias del caso, como de hecho lo han venido haciendo hasta el momento.

Una vez que repasamos el resumen de leyes y normas disponibles para los contratos transnacionales, se hace evidente que la autonomía de las partes puede tomar distintas formas. En lo que concierne a la *cisg*, las partes pueden tanto excluirla como incluirla. Para la *cesl*, que es también un instrumento jurídico sustantivo unificador, solo existe la posibilidad de incluirla, lo que también aplica en el caso de los Principios unidroit. Por lo general,

los árbitros le dan el visto bueno a cualquier elección, mientras que los tribunales judiciales deben consultar sus normas de derecho internacional privado con anterioridad. Por último, volviendo a la *cesl*, puede concluirse que funcionará como si fuera un derecho estatal; *i.e.*, los 28 Estados miembros tendrán un segundo derecho contractual para transacciones transfronterizas.

VI. ¿Traen consigo algún cambio los Principios de La Haya?

¿Qué papel desempeñan los Principios de La Haya en el debate en torno a la designación exitosa del derecho no nacional? A primera vista los autores de los Principios de La Haya parecen haber adoptado un enfoque liberal. La designación de un derecho no nacional para la solución de una controversia no debería limitarse al entorno arbitral. El artículo 3 se dirige tanto a tribunales judiciales como a tribunales arbitrales, si bien es cierto que existen diversas condiciones para que se cumplan las normas jurídicas. Por un lado, deben gozar de plena aceptación en el plano internacional, supranacional y regional; por el otro, deben ser un conjunto de normas (no solo algunas disposiciones) equilibradas y neutrales. Tanto

la *cisg* como los Principios *unidroit* han sido identificados como normas jurídicas que cumplen con ambos requerimientos. Aún no se ha hecho una restricción para los instrumentos existentes, por lo que podría concluirse que si la *cesl* se hubiera aprobado –si bien no se menciona en las notas explicativas– dicho instrumento hubiera sido clasificado como un conjunto de normas jurídicas aceptadas en la región, equilibradas y neutrales. Una vez que entrara en vigencia, la *cesl* se hubiera convertido en derecho vinculante, que los comerciantes ubicados fuera de la Unión Europea podrían haber elegido en lugar del derecho contractual francés o alemán como se reglamenta en sus respectivos códigos nacionales.

En consecuencia, siempre que se cumplan ciertos parámetros, a las partes se les permite elegir normas jurídicas que emanen de fuentes no nacionales. Sin embargo, se incluyó una cláusula de salvaguardia en el artículo 3 de los Principios de La Haya: “a menos que la ley del foro disponga otra cosa”. Los tribunales arbitrales no tienen foro, pero los judiciales sí, así que esta cláusula subordinada se ajusta a los tribunales que deben aplicar sus normas de derecho internacional privado. En el caso de que dichas

normas –tales como el Reglamento Roma I, que proscribe la elección de un derecho no nacional para regir el contrato donde surgió la controversia– deben resolverse en un tribunal judicial estatal, el artículo 3 de los Principios de La Haya se convierte en un cascarón vacío. Por una parte, el artículo 3 fomenta la elección de un derecho no nacional, pero por la otra reconoce que los derechos nacionales aún no hayan permitido la misma elección en las controversias antepuestas a los tribunales. Se hace evidente entonces que el enfoque tradicional y el liberal han llegado a un punto de encuentro en donde es necesario que se llegue a una avenencia.

Lo anterior nos lleva a la última interrogante: ¿cuál es el impacto (de tenerlo) de los Principios de La Haya sobre la designación de derecho no estatal? Para responder a esta pregunta, debe establecerse una distinción entre tres actores: árbitros, jueces y legisladores. En el entorno arbitral no habrá ningún cambio; es en el arbitraje internacional donde la posibilidad de aplicar un derecho no nacional ha logrado más avances y es más aceptada. Los Principios de La Haya apoyan el ya antiguo principio de que un derecho no estatal elegido por las partes puede regir el contrato. Por lo general, los

árbitros no distinguen en lo absoluto entre la aplicación de derecho nacional y no nacional.

En comparación, los jueces deben aplicar y apegarse a las normas de conflicto. Dichas normas son más bien restrictivas dado que su principal objetivo es designar el derecho nacional sustantivo como el que rige las relaciones transfronterizas. Ahora bien, si las normas de conflicto permitiesen explícitamente la designación de derecho no estatal, tanto los jueces como los árbitros tendrían la posibilidad de aplicar estas normas jurídicas. Por tanto, todas las esperanzas se centran en los legisladores que determinan el contenido de las normas de conflicto. En el caso de estos últimos actores, es necesario diferenciar entre varios niveles.

La Convención de México ha recibido elogios por su enfoque progresivo. Según uno de los autores, el artículo 7(1) de esta Convención le concede a las partes plena autonomía para elegir el derecho que deseen, sea este el de algún Estado o nación o derecho no positivo, como los Principios *unidroit*.³⁶ No todos están de acuerdo; no obstante, otros catedráticos son de la opinión que es más plausible excluir su elección, dado que el artículo 7 solo se refiere (al igual que las normas de elección de ley

tradicionales) al “derecho”. La Convención interamericana sobre derecho aplicable a contratos internacionales aclara un poco este punto en su artículo 9. Dicha disposición determina que las normas no estatales pueden aplicarse en ausencia de elección de las partes. El segundo párrafo del artículo 9, que enumera los factores que debería examinar un tribunal judicial para determinar el ordenamiento jurídico que guarda mayor relación con el contrato, determina que si las partes no han elegido la ley aplicable, o si dicha elección no resulta efectiva, el contrato se regirá por los principios generales de derecho internacional comercial aceptados por las organizaciones internacionales. Sea o no sea esto así, México y Venezuela han ratificado la Convención de México, y esta autora no tuvo la posibilidad de verificar cómo se aplica en esos países.

La norma de conflicto propuesta por la delegación estadounidense (y rechazada por la Conferencia) dio incluso un paso más *in favorem principii*. Habida cuenta de que no había referencia a la ley aplicable por las partes, la propuesta de la delegación sugería hacer que el contrato estuviera sujeto directamente a los principios generales de derecho internacional comercial como se aceptan generalmente por las organizaciones. Como apoyo a

esta solución, se ha esgrimido que las partes de un contrato internacional no tienen razón para quejarse en caso de que no hayan estipulado el derecho aplicable, si una controversia se soluciona de conformidad con un derecho de mayor calidad, concebido específicamente para regir contratos comerciales. En consecuencia, parecería “tener mucho más sentido aplicar un derecho transnacional neutral, en lugar del derecho estatal de alguna de las partes”.³⁷

A largo plazo, compuestos como un instrumento de derecho no vinculante, los Principios de La Haya podrían facilitar la aprobación de una verdadera convención internacional sobre este tema en el seno de la Conferencia de La Haya.³⁸ Para que pueda adquirir carácter vinculante, es necesario que los legisladores ratifiquen esta Convención. Ahora bien, esto podría demorarse mucho tiempo y, lo que es más, no puede predecirse la fecha en que se completará este proceso dado que, en este momento histórico, muchos Estados han firmado instrumentos regionales y no sienten la necesidad de estar sujetos a un conjunto mundial de normas.

En el entorno europeo es necesario recordar que la propuesta de la

Comisión Europea en lo que concierne al Reglamento Roma I para ampliar la autonomía de las partes y que esta se extienda a la designación de un derecho no nacional fue rechazada en el primer intento. Sin embargo, los Reglamentos son menos estáticos que las Convenciones y pueden ser objeto de enmiendas. Dicha posibilidad está regulada por el artículo 27 del Reglamento Roma I, que determina que para el 17 de junio de 2013 la Comisión Europea deberá remitir al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación del Reglamento acompañado de propuestas para enmendarlo. Es de extrañar que, hasta el momento, dicho informe aún no ha sido remitido. No obstante, la revisión del Reglamento Roma I constituye una nueva oportunidad para permitir la aplicación de un derecho no nacional, previa elección.

Tarde o temprano, una vez que se remitan las propuestas de enmienda, los Principios de la Haya deberían formar parte de la ecuación. En un segundo intento podrían convencer a los legisladores europeos de permitir la elección de un derecho no nacional como el que rige un contrato transnacional. De otra forma la autonomía de las partes no tendrá plena aceptación y conservaremos un sistema de conflictos paternalista; situación que

sería lamentable.³⁹ Negarse a dar este paso equivale a seguir atrapados en un círculo vicioso; *i.e.*, la designación de un derecho no nacional sigue siendo demasiado riesgosa porque no puede pronosticarse su efecto con plenitud.⁴⁰

¿Qué puede predecirse fuera del contexto Europeo? Debemos reconocer que en los intentos recientes de modificar el Código de comercio uniforme de Estados Unidos no se tomó la CISG ni los Principios UNIDROIT como inspiración. Aunado a esto, las propuestas de modificación se hicieron en 2003 y se retiraron en 2008, por lo que es poco probable que el derecho comercial se modifique a corto plazo en este país.⁴¹ En consecuencia, no se espera que los Principios de La Haya tengan un seguimiento inmediato en Estados Unidos, donde el derecho comercial es, en mayor parte, materia de cada Estado y no un asunto federal.⁴²

VII. Consideraciones finales

Como conclusión del presente artículo se presentan las tres conclusiones siguientes:

Primero y principal, es evidente que el debate en torno a la igualdad de condiciones del derecho nacional y no nacional en lo que respecta a las

normas que rigen los contratos transnacionales ha recibido un gran impulso por medio de los Principios de La Haya. Es inevitable entonces que el debate continúe y se sigan exponiendo las distintas ventajas y desventajas.

En segundo lugar, la búsqueda de más investigación empírica se hace evidente en lo que concierne a si las partes pueden (y de ser así, hasta qué punto) inclinarse por normas no estatales, tanto en el litigio como en el arbitraje. Por nombrar un ejemplo, hasta la fecha no hay evidencia empírica de que los contratantes estadounidenses hagan uso extendido de los Principios. Para comenzar, las partes podrían incluso no conocer los Principios. Otra posibilidad es que las partes tengan algo de familiaridad con estos, pero no consideren que crean algún ningún beneficio sustancial en comparación con el derecho que sería aplicable.⁴³ Puede ser cierto que solo cuando sea más accesible el derecho no estatal tendrá una posibilidad real de mostrar sus virtudes y defectos.⁴⁴

En su análisis de los Principios UNIDROIT desde la perspectiva estadounidense, Henry Deep Gabriel concluye que también se hace difícil determinar la frecuencia de uso de los Principios, puesto que en la mayoría de los casos

nunca surge una controversia. La base de datos UNILEX muestra que a lo largo de los últimos 25 años, más de la mitad de los casos –con base en un total de 382, la cual no es una cifra muy alta– en los que se hizo referencia a los Principios UNIDROIT fueron casos de litigio. Las cifras anteriores pueden resultar engañosas en lo que respecta al arbitraje, si la elección de un derecho no estatal se limita al entorno arbitral, lo más probable es que su contenido, interpretación y aplicación no sean revelados al público en general. En Estados Unidos se ha resuelto que, en el caso del arbitraje, la medida en que las partes han elegido o aceptado los Principios en transacciones con contratantes del mismo país no puede decirse con certitud porque la mayoría de los laudos no se revelan. La práctica común, en su lugar, es mantener el proceso de arbitraje como un asunto privado.⁴⁵

Mi tercera y última consideración tiene que ver con los fundamentos del derecho internacional privado: ¿pueden las partes de un contrato internacional designar las normas de derecho internacional privado que un tribunal arbitral o judicial debe aplicar si surge una controversia? Este enfoque es aceptado con frecuencia en el arbitraje. De hecho, no solo pueden elegirse las normas de derecho sustantivo;

las normas de conflicto aplicables también entran en el ámbito de la autonomía de las partes, una opción que aún no existe en el caso del litigio.⁴⁶ Dentro de las fronteras de la Unión Europea, las partes no pueden excluir la aplicación del Reglamento Roma I y, en consecuencia, no pueden incluir

con validez algún otro ordenamiento, tal como los Principios de La Haya. En pocas palabras, para las partes comerciales litigantes no son accesibles. Ahora bien, si la elección del derecho internacional privado forma parte de la autonomía de las partes, ¿por qué no sería esta una posibilidad?

* Presidente de Bucerius Law School, Hamburgo. Este artículo fue publicado en inglés en *Recueil des Cours*, vol. 379, 2015, pp. 35-72.

¹ L. GAMA / G. SAUMIER, “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, en: D.P. Fernández Arroyo / J.J. Obando Peralta (eds.), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 41-66, especialmente p. 42.

² K. BOELE-WOELKI, “Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws”, *Recueil des Cours*, vol. 340, 2009, pp. 271-461, especialmente pp. 353-450.

³ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#intro>.

⁴ Nota del traductor: se emplea el término “derecho aplicable” como sinónimo de “ley aplicable”.

⁵ L.G. RADICATI DI BROZOLO, “Non-national rules and conflicts of laws: reflections in light of the UNIDROIT and Hague Principles”, *Rivista di diritto internazionale private e processuale*, 2012, pp. 841-864.

⁶ J.M. SMITS, “Problems of Uniform Laws?”, en: L.A. DiMatteo, *International Sales Law, A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014, pp. 605-611.

⁷ En diciembre de 2014, la Comisión Europea tomó la decisión de retirar la propuesta de Reglamento.

⁸ ^DMARTINY, D., “Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Eine weitere Verankerung der Parteiautonomie”, *RabelsZ*, vol. 79, 2015, pp. 624-656, especialmente pp. 627-629.

⁹ En la mayor parte de las jurisdicciones, las partes tienen la posibilidad de elegir un derecho nacional para regir su relación contractual y, por lo general, pueden modificar su elección en cualquier momento. En muchas jurisdicciones es incluso posible elegir un derecho nacional que no tenga ningún vínculo objetivo con el contrato. Dicha decisión ilimitada se reconoce mundialmente en todos los sistemas de conflicto. Por nombrar un ejemplo, la doctrina de elección de derecho aplicable en Estados Unidos aún exige, con respecto a ciertos contratos, una relación razonable entre el derecho seleccionado y el contrato. Cabe acotar que una modificación de esta disposición del Código Uniforme de Comercio que eliminaba esta restricción fue rechazada en el año 2008.

¹⁰ Art. 1: ámbito de aplicación de los principios; art. 2: libertad de elección; art. 3: normas jurídicas; art. 4: elección expresa y tácita; art. 5: validez formal de la elección de la ley aplicable; art. 6: acuerdo sobre la elección de la ley aplicable y conflicto de condiciones generales (*battle of forms*); art. 7: divisibilidad; art. 8: exclusión de toda remisión; art. 9: ámbito de aplicación de la ley elegida; art. 10: cesión de créditos; art. 11: normas imperativas dominantes y orden público; art. 12: establecimiento.

¹¹ Véase el comentario I.15 en: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#intro>.

¹² El Preámbulo reza lo siguiente: 1. El presente instrumento establece los principios generales relativos a la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales. Entre ellos se afirma el principio de la autonomía de las partes con escasas excepciones.

2. Los Principios pueden servir de modelo para elaborar instrumentos nacionales, regionales, supranacionales o internacionales.

3. Pueden utilizarse para interpretar, complementar y elaborar normas de derecho internacional privado.

4. Pueden ser aplicados por tribunales judiciales y por tribunales arbitrales.

¹³ El Principio 1 reza lo siguiente:

“1. Los presentes Principios regirán la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales en que las partes actúen en el ejercicio de su oficio o profesión, pero no a los contratos de consumo ni a los contratos de trabajo.

2. A los efectos de los presentes Principios, un contrato será internacional a menos que las partes tengan su establecimiento en el mismo Estado y que la relación entre ellas, así como todos los demás elementos pertinentes independientemente de la ley aplicable elegida, solo estén vinculados a ese Estado.

3. Los presentes Principios no se aplicarán a las leyes que rijan:

a) la capacidad de las personas físicas;

b) los acuerdos de arbitraje ni los acuerdos sobre elección del foro;

c) las empresas o agrupamientos de otra índole ni los fideicomisos;

d) la insolvencia;

e) los efectos de los contratos en materia de titularidad;

f) la cuestión de determinar si un representante puede obligar frente a un tercero a la persona que representa”.

¹⁴ El Principio 2 dispone lo siguiente:

“1. Un contrato se regirá por la ley aplicable elegida por las partes.

2. Las partes podrán elegir:

a) la ley aplicable a la totalidad o a una parte del contrato; y

b) diferentes leyes aplicables a distintas partes del contrato.

3. La elección podrá realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada después de celebrarse el contrato no redundará en desmedro de su validez formal ni de los derechos de los terceros.

4. No será necesario que exista ningún vínculo entre la ley aplicable elegida y las partes o su operación”.

¹⁵ M.J. DENNIS, “Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and the UNIDROIT principles continue to provide the best way forward”, *Unif.L.Rev.*, 2014, pp. 114-151.

¹⁶ El Principio 3 reza lo siguiente: “La ley aplicable elegida por las partes puede comprender normas jurídicas generalmente aceptadas en los planos internacional, supranacional o regional como cuerpo neutro y equilibrado de normas, a menos que la ley del foro disponga otra cosa”.

¹⁷ G. SAUMIER, “The Hague Principles and the Choice of Non-State “Rules of Law” to Govern an International Commercial Contract”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 40, 2014, pp. 1-29.

¹⁸ J. OVIEDO-ALBÁN, J., UNIDROIT Principles as rules applicable to international contracts: with regard to the Colombian Supreme Court of Justice’s ruling on 21 February 2012, *Unif.L.Rev.*, 2014, pp. 106-113.

¹⁹ L. SPAGNOLO, “The CISG as Soft Law and Choice of Law: Goju Ryu?”, en: L.A. DIMATTEO (nota 7), pp. 154-174.

²⁰ G. CUNIBERTI, “The International Market for Contracts, The Most Attractive Contract Laws”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 34, 2014, pp. 455-517.

²¹ G. CUNIBERTI, “The Laws of Asian International Business Transactions”, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 24, 2015, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2622573.

²² Al respecto de la elección de las partes en contratos internacionales, véase L.G. MEIRA MOSER, “Parties’ preferences in international sales contracts: an empirical analysis of the choice of law”, *Unif. L. Rev.*, vol. 20, 2015, pp. 19-55. Alrededor de 228 encuestados provenientes de 93 jurisdicciones en Europa, el Medio Oriente, América y el Caribe, Asia y Oceanía participaron en este estudio.

²³ L.G. RADICATI DI BROZOLO (nota 5), p. 858.

²⁴ G. SAUMIER (nota 17), p. 28.

²⁵ M.M., WETHMAR-LEMMER, “The important role of Private International Law in harmonising International Sales Law”, *South African Mercantile Law Journal*, 2014, pp. 93-109.

²⁶ C. FOUNTOLAKIS, “The Parties’ Choice of “neutral law” in International Sales Contracts”, *European Journal of Law Reform*, 2006, pp. 303-329.

²⁷ U. SCHROETER, “**Empirical Evidence on Courts’, Parties’ and Counsels’ Approach to the CISG (with some Remarks on Professional Liability)**”, en: L.A. DiMatteo (ed.), *International Sales Law: A Global Challenge*, 2014, pp. 649-668, especialmente p. 667.

²⁸ L.A., DiMATTEO, “Future challenges of International Sales Law”, en: L.A. DiMatteo (nota 27), pp. 725-732.

²⁹ COM, 2011, 635 final. H. McQUEEN, “The Europeanisation of Contract Law: The Proposed Common European Sales Law”, *University of Edinburgh School of Law, Research Paper Series*, n° 2014/17, 2014, pp. 1-26, especialmente p. 4. También publicado en: L.A. DiMatteo / S. Saintier / K. Rowley (eds.), *Commercial Contract Law*, 2013, pp. 529-558.

³⁰ H. McQUEEN (nota 30), p. 5.

³¹ L.G. RADICATI DI BROZOLO (nota 5), p. 841

³² J. BONELL, “Soft Law and Party-Autonomy: the Case of the UNIDROIT Principles”, *Loyola Law Review*, 2005, pp. 229-252.

³³ L.G. RADICATI DI BROZOLO (nota 5), p. 845

³⁴ H.D. GABRIEL, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: an American Perspective on the Principles and their Use”, *Unif. L. Rev.*, 2012, pp. 507-532, especialmente p. 532.

³⁵ <http://www.unidroit.org/english/principles/modelclauses2013/modelclauses-2013.pdf>.

³⁶ F.K. JUENGER, *The UNIDROIT principles of commercial contracts and inter-american contract choice of law, contratación internacional, comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Universidad Panamecana, 1998, pp. 229-236, especialmente p. 234.

³⁷ F.K. JUENGER, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994, pp. 383-391.

³⁸ Z. AIBERGENOVA, *Analysis of the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts. Comparative analysis of the Hague Principles and Rome I Regulation*, disponible en: http://www.eilfe.com/online-courses/cat_view/63-privateinternational-law/77-legal-texts.html, p. 5.

³⁹ L. GAMA / G. SAUMIER (nota 1), p. 60.

⁴⁰ L. GAMA / G. SAUMIER (nota 1), p. 65.

⁴¹ H.D. GABRIEL (nota 35), p. 520.

⁴² H.D. GABRIEL (nota 35), p. 522.

⁴³ H.D. GABRIEL (nota 35), p. 518.

⁴⁴ H.D. GABRIEL (nota 35), p. 513.

⁴⁵ H.D. GABRIEL (nota 35), pp. 512-513.

⁴⁶ Th. PFEIFFER, “Die Haager Prinzipien des internationalen Vertragsrechts – ausgewählte Aspekte aus der Sicht der Rom I-VO”, en: P. Mankowski / W. Wurmnest (eds.), *Festschrift für Ulrich Magnus*, 2014, pp. 501-513.

VIII. Bibliografía

Aibergenova, Z., *Analysis of the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts. Comparative analysis of the Hague Principles and Rome I Regulation*, disponible en: http://www.eilfe.com/online-courses/cat_view/63-privateinternational-law/77-legal-texts.html.

Boele-Woelki, K., “Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws”, *Recueil des Cours*, vol. 340, 2009.

Bonell, J., “Soft Law and Party-Autonomy: the Case of the UNIDROIT Principles”, *Loyola Law Review*, 2005.

Cuniberti, G., “The international market for contracts, the most attractive contract Laws”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 34, 2014.

Cuniberti, G., “The laws of Asian international business transactions”, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 24, 2015, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2622573.

Dennis, J.M., “Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and the UNIDROIT principles continue to provide the best way forward”, *Uniform Law Review*, 2014.

DiMatteo, L.A., “Future challenges of International Sales Law”, en: L.A. DiMatteo, *International Sales Law, A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014.

Fountoulakis, C., “The Parties’ Choice of “Neutral Law” in International Sales Contracts”, *European Journal of Law Reform*, 2006.

Gabriel H.D., “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: an American Perspective on the Principles and their Use”, *Uniform Law Review*, 2012.

Gama, L. / Saumier, G., “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, en: D.P. Fernandez Arroyo / J.J. Obando Peralta (eds.), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011.

Juenger, F.K., “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994.

Juenger, F.K., *The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law, Contratación internacional, Comentarios a los Principios sobre los contratos comerciales internacionales del Unidroit*, Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad Panamericana, 1998.

Martiny, D., “Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Eine weitere Verankerung der Parteiautonomie”, *RebelsZ*, vol. 79, 2015.

McQueen, H., “The Europeanisation of Contract Law: The Proposed Common European Sales Law”, en: L.A. DiMatteo, / S. Saintier / K. Rowley (eds.), *Commercial Contract Law*, 2013.

Meira Moser, L.G., “Parties’ preferences in international sales contracts: an empirical analysis of the choice of law”, *Uniform Law Review*, vol. 20, 2015.

Oviedo-Albán, J., “UNIDROIT Principles as rules applicable to international contracts: with regard to the Colombian Supreme Court of Justice’s ruling on 21 February 2012”, *Uniform Law Review*, 2014.

Pfeiffer, Th., “Die Haager Prinzipien des internationalen Vertragsrechts – ausgewählte Aspekte aus der Sicht der Rom I-VO”, en: P. Mankowski / W. Wurmnest (eds.), *Festschrift für Ulrich Magnus*, Sellier European Law Publishers, 2014.

Radicati Di Brozolo, L.G., “Non-National Rules and Conflicts of Laws: Reflections in Light of the UNIDROIT and Hague Principles”, *Rivista di diritto internazionale private e processuale*, 2012.

Saumier, G., “The Hague Principles and the Choice of Non-State “Rules of Law” to Govern an International Commercial Contract”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 40, 2014.

Schroeter, U., “**Empirical Evidence on Courts’, Parties’ and Counsels’ Approach to the CISG (with some Remarks on Professional Liability)**”, en: L.A. DiMatteo (ed.), *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014.

Smits, J.M., “Problems of Uniform Laws?”, en: L.A. DiMatteo, *International Sales Law, A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014.

Spagnolo, L., “The CISG as Soft Law and Choice of Law: Goju Ryu?”, en: L.A. DiMatteo, *International Sales Law, A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014.

Wethmar-Lemmer, M.M., “The Important Role of Private International Law in Harmonising International Sales Law”, *South African Mercantile Law Journal*, 2014.

Abstract

The paper identifies two trends in CISG case law, the homeward trend and the outward trend, both of which are disruptive of the goal behind the CISG. The paper analyzes the trends and suggests how to tackle them to promote a uniform application of the CISG.

Summary

- I. *Autonomous Interpretation v. Homeward Trend?*
- II. *Defining Homeward Trend.*
- III. *The Outward Trend: A New Trend in CISG Case Law?*
- IV. *The Homeward and Outward Trends Overcome.*
- V. *Conclusion.*

Autonomus Interpretation v. Homeward Trend v. Outward Trend in CISG Case Law

Franco Ferrari*

I. Autonomous Interpretation v. Homeward Trend?

It is common knowledge that “drafting uniform words is one thing; ensuring their uniformity is another”,¹ since “uniformity does not follow automatically from a proclamation of uniform rules.² Therefore, in order to reduce the risk of diverging interpretations of the same text,³ that text must be interpreted in a uniform manner, since, as stated by Viscount Simonds on behalf of what then still the House of Lords in “*Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*”,⁴ “it would be deplorable if the nations should, after protracted negotiations, reach agreement (...) and that their several courts should then disagree as to the meaning of what they appeared to agree upon”.

The drafters of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods⁵ (hereafter CISG)⁶ were aware of this

problem, which led them to introduce article 7, pursuant to which in the interpretation of the CISG “regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade”.⁷

Courts⁸ and commentators have construed this provision to mean that the CISG is to be interpreted “autonomously”,⁹ not “nationalistically”, *i.e.* not in the light of domestic law,¹⁰ as difficult as it may be for a court “transcend its domestic perspective and become a different court that is no longer influenced by the law of its own nation state”.¹¹ Consequently, one should generally not have recourse to any domestic concept in order to solve interpretive problems arising under the CISG.¹²

Commentators have argued that the above proposition applies even where the expressions employed by the CISG are textually the same as expressions

that have a specific meaning within a particular domestic legal system.¹³ In effect, the CISG refers to concepts that are necessarily independent¹⁴ and different¹⁵ from national concepts,¹⁶ since the expressions employed in uniform law conventions such as the CISG are intended to be neutral.¹⁷ This appears to be a basic principle of international uniform law¹⁸ resulting, in part, from the assumption that international uniform law “does not want to identify itself with any legal system, because it wants to conjugate with all”.¹⁹ Indeed, any choice of one expression rather than another is the result of a compromise²⁰ and does generally not correspond to the reception of a concept peculiar to a specific domestic law:²¹ as a result, an interpreter must be aware of so-called *faux-amis*. Where, however, it is apparent from legislative history that the drafters wanted a given concept to be interpreted in light of a specific domestic law, one is allowed to have recourse to the “domestic” understanding of that concept.

Unfortunately, however, courts do not always comply with this mandate to interpret the CISG autonomously, nor do they seem to resort to “nationalistic” interpretations only where justified by the legislative history. Rather, a closer look at some decisions allows one to

state that a “homeward trend” is discernible, at least by some courts. This trend is deplorable because it promotes parochialism²² and, thus, defeats the very purpose of the CISG,²³ namely the creation of a “uniform” sales law²⁴ aimed at the creation of legal certainty and “the removal of legal barriers in international trade”.²⁵ In effect, the homeward trend “deprives the collective signatories of the predictability and reliability of law which the CISG was meant to create. In order for the CISG to truly live up to the purpose for which it was created, interpreting courts must stay within the strict boundaries of Article 7”.²⁶ It is therefore rather surprising that one commentator suggests not only that the “categorical condemnation of the homeward trend is unwarranted”,²⁷ but also that “[t]he homeward trend may [. . .] enhance the legitimacy and acceptability of the CISG over the long term”.²⁸

This view is not tenable. The suggestion that the homeward trend enhances the CISG’s legitimacy overlooks the fact that the CISG’s legitimacy is derived from the wide acceptance it enjoys,²⁹ which in turn is due to the goal it pursues –namely the creation of a “uniform” sales law able to break down the obstacles to international import/export constituted by the plethora of

existing legal regimes.³⁰ This goal can only be achieved by applying the CISG in one and the same manner in the various contracting States.³¹

The suggestion that the homeward trend enhances the CISG’s applicability by preventing the parties from the countries in the courts of which the homeward trend is discernible from opting-out³² is similarly misguided. It does not take due account, for example, of the fact that those parties’ reliance on the homeward trend is justified only where the dispute is to be decided by the courts of the countries in which they are located.³³ This, however, would (generally) require the opposing parties to agree with the former parties’ choice of forum, which they may be unwilling to do. Instead, they may want their own courts’ domestic interpretation of the CISG, where one exists, to apply (thus leading to a battle of homeward trends), or simply be reluctant to give the opposing party the competitive advantage of reliance on its “domestic” interpretation. The resolution of this potential conflict may ultimately require excluding the CISG altogether³⁴ (which certainly does nothing to enhance the CISG’s applicability). What is certain is that this conflict creates unpredictability,³⁵ and therefore cannot be advocated.

The theory of enhanced CISG applicability as a result of the homeward trend has additional weakpoints. It does not take into account, for example, that the homeward trend limits rather than promotes the CISG’s applicability, because it prevents the CISG from functioning as a neutral law to which parties can resort when they wish to avoid the application of the domestic law of the opposing party.³⁶

Furthermore, a homeward trend in any given country may not be readily identifiable to contracting parties *ex ante*, which may increase transaction costs in international contracts. If a party is unaware that his or her national courts’ interpretation is the result of a homeward trend, the party may be induced to believe that his or her courts’ interpretation is one generally accepted. The reliance upon this erroneous assumption may induce the parties to make wrong choices (regarding, for instance, the forum) and generates costs. Again, this conflicts with one of the primary goals of the CISG, namely that of reducing costs by creating a uniform regime.³⁷

From this only one conclusion can be drawn: “Indulging in the homeward trend, obviously, violates the mandate of Article 7(1) (which requires that the

CISG be interpreted with ‘regard’ for its international character and for ‘the need to promote uniformity in its application’) and constitutes a serious - quite possibly *the most* serious - threat to the main purpose of the CISG: progress toward a *uniform* regime of international sales law”.³⁸ In other words, only if one moves “towards a CISG perspective that transcends domestic ideology”³⁹ can the CISG’s main purpose be reached.⁴⁰ This requires fighting the homeward trend, not advocating for it.

II. Defining Homeward Trend

How, however, can this –arguably most significant⁴¹– threat to the CISG’s main purpose be defined? According to those CISG commentators who have not only referred to the homeward trend,⁴² but who have also attempted to define it, the homeward trend is akin to the “natural”⁴³ “tendency of those interpreting the CISG to project the domestic law in which the interpreter was trained (and with which he or she is likely most familiar) onto the international provisions of the Convention.”⁴⁴ It is, in other words, “the tendency to think that the words we see (in the text of the CISG) are merely trying, in their awkward way, to state the domestic rule we know so well”.⁴⁵

This “natural tendency (by courts) to read the international rules in light of the legal ideas that have been imbedded at the core of their intellectual formation”⁴⁶ is, however, to be distinguished from recourse to domestic law for interpretive purposes in cases where that recourse to domestic law is imposed by the CISG itself. Although it may seem contradictory to first advocate, as has been done in Part A, the autonomous interpretation of the CISG and then refer to the need to resort to domestic law, it is not. The mandate to interpret the CISG autonomously is not absolute⁴⁷ and therefore not all expressions used by the drafters of the CISG must be interpreted autonomously.⁴⁸ Indeed there are some expressions which an interpreter must interpret “domestically”, despite the negative effect this may have on the uniformity the drafters of the CISG wanted to achieve. This is true, for instance, with respect to the expression “private international law” employed by the CISG.⁴⁹ Although various courts had already implicitly adopted this view,⁵⁰ an Italian court, the Tribunale di Padova,⁵¹ did so more explicitly. When examining the CISG’s substantive applicability requirements, the court first rejected the homeward trend when it stated that “from a substantive point of view, it is necessary

that the contract be one for the sale of goods which, however, the Convention does not define. Nevertheless, the lack of an express definition should not lead one to resort to a domestic definition, such as that to be found in Article 1470 of the (Italian) Civil Code. In effect, the Convention’s concept of “contract for the sale of goods” has to be interpreted, as have the majority of concepts (such as that of “place of business”, “habitual residence”, “goods”) autonomously, *i.e.* without resort to concepts characteristic of any particular legal system”.⁵² The court then went on to state that not all CISG expressions had to be interpreted autonomously; by way of example it referred to the “concept of ‘private international law’, which corresponds to the concept of private international law of the forum”.⁵³ In so stating, the court made it clear that there is a distinction between the homeward trend as defined above - which is to be avoided - and recourse to domestic law, which may be required by the CISG itself.⁵⁴

The homeward trend, as defined above, must be distinguished not only from the legitimate, albeit exceptional, recourse for interpretive purposes to domestic law in cases where it is imposed by the CISG itself, but also

from another trend, namely that of promoting interpretive solutions that “by one means or another, result in the application of the forum’s own internal law”.⁵⁵ This trend of “*favor legis fori*”⁵⁶ is a variation of the homeward trend and differs from the variation referred to earlier in that it does not manifest itself in domestic interpretations of supposedly autonomous concepts, but rather in the tendency to reach results that lead to the application of domestic law *tout court*. This “lex forism”⁵⁷ is independent from the variation of the homeward trend mentioned initially; though they may, at times, go hand in hand.

III. The Outward Trend: a New Trend in CISG Case Law?

Unfortunately, there are examples of both reiterations of the homeward trend in CISG Case Law.⁵⁸

More recently, however, this commentator was able to discern another trend in CISG Case Law that also infringes upon the goal behind the creation of uniform law instruments, a trend that elsewhere this author labelled the “outward trend”.⁵⁹ This trend can be defined as the tendency of those interpreting a uniform law instrument to

project foreign law onto the provisions of an international instrument where these provisions refer to legal concepts unknown in the domestic legal system or the in which the interpreter is trained.

It may well be worth to give some examples. In 2008, the Spanish Supreme Court,⁶⁰ when applying the CISG to a contract dispute between a party with place of business in Spain and one with place of business in Germany, analyzed Article 25 CISG, on fundamental breach, and stated that that provision implied a system of contractual liability based on a criterion of objective imputation, attenuated, however, by exceptions and by a parameter of reasonableness. In doing so, the Spanish Supreme Court expressly stated that the CISG was based on the principles inspiring the Common Law and that Article 25 in particular did not have a counterpart in Civil Law countries and was derived from Anglo-Saxon law. But not only is this statement to be criticized for being incorrect to the extent that there are Civil Law systems that acknowledge the importance of the distinction between fundamental and non-fundamental breaches, but also for not interpreting the concept at hand in an autonomous manner, as mandated by

Article 7(1) CISG, as it should have done. The Court assumed that just because the concept is unknown to the Spanish legal system, a Civil Law system, it necessarily has to be derived from the Common Law system. This reasoning, which has since been adopted by lower courts⁶¹ cannot be shared and violates as much as any reiteration of the homeward trend the ultimate goal behind any unification effort.

More recently, in Germany, too, a court (the Court of Appeals of Koblenz)⁶² succumbed to the outward trend. When having to determine what measures are reasonable in the circumstances to mitigate the loss as per Article 77 CISG, the Court stated that “the standard for the appropriate conduct pursuant to Article 77, first sentence, CISG is (...) the conduct of a ‘reasonable person’ (...). The plaintiff was required to take all such measures to mitigate the loss, which were reasonable in the sense of Article 77 CISG in the circumstances. The standard of a reasonable person, which originates in the English and Anglo-American Common Law, is referred to in numerous provisions of the UN Sales Convention (f.i. in Art. 8(2) and Art. 25 CISG) and counts among the Convention’s general principles (...). Reference must be made to the conduct

of a prudent person who is in the same situation as the concerned party (...). In case the contracting party exercises a profession or a commercial activity, reference must be made to the skills of a member of the profession to which it belongs (Art. 8 Abs. 2 and Art. 25 CISG: ‘reasonable person of the same kind’ (...). Since the legal concept of the ‘reasonable man’ is not used in this form in continental European Law, the Court considers it essential to resort to principles established in the English and Anglo-American law (...).”

Not unlike the Spanish Supreme Court, the German court equated the absence of a comparable concept in its domestic law with the absence of a similar concept in all other continental European legal systems, and like the Spanish Supreme Court, it erred in making that assumption. Furthermore, like the Spanish Supreme Court, the German court then went on to suggest that the concept had therefore to stem from Common Law. But the German court went even further and resorted to English court decisions to determine whether the conduct was appropriate in the circumstances, thus leaving no doubts as to it succumbing to the outward trend (and disregarding the mandate to interpret the CISG autonomously).

IV. The Homeward and Outward Trends Overcome

Even though there are courts that succumb to the homeward trend and the outward trend, the situation is not really that grim. There are many courts in the countries focused on in this short paper that comply with the obligation to have regard for the CISG’s international character and avoid resorting to domestic concepts to interpret the CISG, including U.S. courts, which are generally considered to interpret the CISG in the most homeward trendy way.⁶³ In “*St. Paul Guardian Insurance Co. et al. v. Neuromed Medical Systems & Support GmbH, et al.*”,⁶⁴ for instance, it is stated that “the CISG aims to bring uniformity to international business transactions, using simple, non-nation specific language”, a statement that is clearly incompatible with the homeward trend. In “*MCC-Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova D’Agostino, S.p.A.*”⁶⁵ the need to refrain from reading domestic concepts into the CISG is addressed more directly, as it states that “courts applying the CISG cannot (...) substitut[e] familiar principles of domestic law when the Convention requires a different result”. This line of reasoning constitutes the basis for other US court decisions too, such as “*Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v.*

Barr Labs. Inc.,”⁶⁶ stating that “UCC case law is not *per se* applicable to cases governed by the CISG,”⁶⁷ and “*Calzaturificio Claudia S.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd.*,”⁶⁸ where it is expressly stated that “although the CISG is similar to the UCC with respect to certain provisions, it differs from the UCC with respect to others, including the UCC’s writing requirement for a transaction for the sale of goods and parole evidence rule. Where controlling provisions are inconsistent, it would be inappropriate to apply UCC case law in construing contracts under the CISG”.

European courts as well have complied with the obligation not to interpret the CISG in the light of domestic law, but rather by having regard for its international character. In a Swiss case from 1993⁶⁹ a court of first instance even expressly stated that the CISG “is supposed to be interpreted autonomously and not out of the perspective of the respective national law of the forum. Thus, (...) it is generally not decisive whether the Convention is formally applied as particularly this or that national law, as it is to be interpreted autonomously and with regard to its international character”. An express reference to the need to interpret the CISG “autonomously” can also be

found in a more recent Swiss case⁷⁰ as well as in a Spanish case⁷¹ an Austrian one⁷² and various recent Italian court decisions rendered by the Tribunale di Forli, the Tribunale di Padova in 2005 and 2004⁷³ as well as by the Tribunale di Modena.⁷⁴

In Germany, while there are some courts that have simply referred to the need to interpret the CISG by having regard for its international character and to the need to promote its uniform application,⁷⁵ other courts have gone further. In 1996, the German Supreme Court, for instance, expressly stated that “the CISG is different from German domestic law, whose provisions and special principles are, as a matter of principle, inapplicable for the interpretation of the CISG (Article 7 CISG)”.⁷⁶ And it is this reasoning that has led the Court of Appeal of Karlsruhe to state that “German legal concepts such as ‘Fehler’ and ‘zugesicherte Eigenschaften’ are therefore not transferable to the CISG”.⁷⁷ More recently, in 2005, the German Supreme Court stated that “insofar as the Court of Appeals refers to (various German) judgments (...) in analyzing the question whether, at the time the risk passed, the delivered meat conformed to the contract within the meaning of Articles 35, 36 CISG,

it ignored the fact that these decisions were issued before the CISG went into effect in Germany and refer to § 459 BGB (...). The principles developed there cannot simply be applied to the case at hand, although the factual position - suspicion of foodstuffs in transborder trade being hazardous to health - is similar; that is so because, in interpreting the provisions of CISG, we must consider its international character and the necessity to promote its uniform application and the protection of goodwill in international trade (Article 7(1) CISG)”.⁷⁸

V. Conclusion

As the foregoing Part shows, there are courts that do not fall into the trap of either the homeward or the outward trend.⁷⁹ However, as long as the foregoing trends come “naturally”⁸⁰ to interpreters, the uniformity aimed at by the drafters of the CISG is as much at risk as its success, at least if one uses the level of uniformity reached as a measure of that success.⁸¹ But how to avoid the “gravitational pull”⁸² of the homeward and the outward trends? Some of the reasons that may ultimately favour these trends under the CISG are intrinsic to the CISG and, therefore, cannot be corrected, as it is unlikely that the CISG will ever be

revised to amend the current situation. This is true, for instance, as regards the “vague standards (that) pervade the CISG”.⁸³ The very fact that the CISG uses (a lot of) vague standards⁸⁴ facilitates recourse to non-uniform standards for interpretive purposes,⁸⁵ whether these are domestic or foreign standards, much more than a text that is more specific and contains itself a number of definitions.⁸⁶ In effect, the more a uniform law instrument spells out its own terms, the harder it will be for an interpreter to read domestic legal concepts into it, irrespective of whether these are domestic law concepts (homeward trend) or foreign law ones (outward trend). Also, because the CISG is the result of many compromises,⁸⁷ there are “ambiguities inherent in the CISG provisions themselves”⁸⁸ which also open the door to resort to domestic or foreign law preconceptions.

What, then, can be done to avoid the aforementioned trends, given that an amendment of the CISG does not appear to be an option? In this author’s opinion, the key to the solution lies in a change of the interpreter’s background assumptions and conceptions. If interpreters are from the outset, *i.e.*, during their intellectual formation, made aware of the fact that

they operate in a legal system that is composed of various layers of sales law rules, of which the CISG is one and that it is ontologically autonomous not only from their own domestic law, but from any domestic law, when—naturally—resorting to their background assumptions and conceptions, interpreters will also resort to the CISG as autonomous from their own or any other domestic law. For this result to be able to be reached, law school curricula⁸⁹ as well as textbooks will have to be changed to incorporate the study of the CISG. This, of course, will not be easy, and therefore it will still take some time before the disruptive effects of both the homeward trend and the outward trend visible today will be fully overcome.

*Franco Ferrari, formerly a professor of law at Tilburg University (the Netherlands), Bologna University and Verona University (Italy), is a professor of law and the Director of the Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law at New York University School of Law.

This is a footnoted and somewhat modified version of a talk given on the occasion of the 49th session of the United Nations Commission on International Trade Law.

¹ C.B. Andersen, “The Uniform International Sales Law and the Global Jurisconsultorium”, *Journal of Law and Commerce*, vol. 24, 2005, pp. 159-162.

² C.B. Andersen, “Furthering the uniform application of the CISG sources of law on the internet”, *Pace International Law Review*, vol. 10, 1998, pp. 403-404; see also J.C. Duncan, “Nachfrist was Ist? Thinking globally and acting locally: considering time extension principles of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods in Revising the Uniform Commercial Code”, *Brigham Young University Law Review*, 2000, pp. 1363-1368; R.J.C. Munday, “The uniform interpretation of international conventions”, *JCLQ*, vol. 27, 1978, p. 450.

³ It has often been stated that it is only possible to reduce the danger of diverging interpretations; it is not possible to eliminate it as such; see, e.g., J.M. Lookofsky, *Consequential damages in comparative context*, Copenhagen, 1989, p. 294.

⁴ “*Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*”, 1962, A.C. pp. 446 and p. 471.

⁵ See the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, reprinted in 19 *International Legal Materials*, 1980, pp. 668 ff.

⁶ For an overview in legal writing of the various abbreviations, see A. Flessner / T. Kadner, “CISG? Zur Suche nach einer Abkürzung für das Wiener Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf”, *ZeUP*, 2005, pp. 347-350.

⁷ Article 7.1, CISG.

⁸ See, e.g., Tribunale di Forlì, 11/12/2008, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081211i3.html>; Tribunale di Modena, 09/12/2005, available at: <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/1398.pdf>; Oberster Gerichtshof, 23/05/2005, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050523a3.html>; Bundesgerichtshof, 02/03/2005, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html>.

⁹ See, among others, M.J. Bonell, “Commento all’art. 7 della Convenzione di Vienna”, *Nuove Leggi civ. comm.*, 1989, p. 21; J. Felemegas, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation”, *Rev. CISG*, 2000/2001, p. 115 and p. 235; P. Hackney, “Is the United Nations Convention on the International Sale of Goods Achieving Uniformity?”, *Louisiana Law Review*, vol. 61, 2001, pp. 473-475; M. Jametti Greiner, “Der Vertragsabschluss”, in: H. Hoyer / W. Posch (eds.), *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht*, Vienna, 1992, p. 43, p. 57; F. Liguori, “La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili nella pratica: un’analisi critica delle prime cento decisioni”, *Foro it.*, 1996, p. 145 and p. 148; M. Torsello, *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions. A Comparative Study Beyond the 1980 Uniform Sales Law*, Munich, 2004, p. 18; T. Vazquez Lepinette, “The interpretation of the 1980 Vienna Convention on International Sales”, *Diritto del commercio internazionale*, 1995, p. 377 and p. 387.

¹⁰ See J.O. Honnold, “The sales convention in action - uniform international words: uniform applications?”, *Journal of Law and Commerce*, vol. 8, 1988, pp. 207-208; A.S. Komarov, “Internationality, uniformity and observance of good faith as criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)”, *J. L. & Com.*, vol. 25, 2006, pp. 75-77.

¹¹ J. Murray, “The Neglect of CISG: A Workable Solution”, *J. L. & Com.*, vol. 17, 1998, pp. 365-367.

¹² See also J.O. Honnold, *Uniform Law for international sales under the United Nations convention*, 3^o ed., Deventer, 1999, p. 89.

¹³ Note, however, that according to S. Salama, “Pragmatic responses to interpretive impediments: article 7 of the CISG, An Inter-American Application”, *U. Mia. Int-Am. L. Rev.*, vol. 28, 2006, pp. 225-232, “a methodological approach that discounts the use of analogies to domestic legal concepts seems impractical if not impossible. In particular, a judge looking to interpret a provision needs some frame of reference to assist in understanding that provision”.

¹⁴ See also R. Herber / B. Czerwenka, *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, Munich, 1991, p. 47.

¹⁵ See F. Ferrari, “The Relationship between the UCC and the CISG and the construction of uniform law”, *Loy. L.A.L. Rev.*, vol. 29, 1996, p. 1021 and p. 1026.

¹⁶ See also A. Lanciotti, *Norme uniformi di conflitto e materiali nella disciplina convenzionale della compravendita*, Naples, 1992, p. 287.

¹⁷ The presumed neutrality of the language employed by the drafters of the CISG has been referred to, e.g., by M. Bridge, “A law of international sale of Goods”, *Hong Kong L. J.*, vol. 37, 2007, p. 17 and p. 40; P. Butler, “Celebrating anniversaries”, *Vict. U. Wellington L. Rev.*, vol. 37, 2005, pp. 775-777; A. Spaic, “Approaching uniformity in international sales law through autonomous interpretation”, *Vindobona J.*, vol. 11, 2007, p. 237 and p. 242 f; see also the statement by UNCITRAL itself to be found in U.N. document A/CN.9/562, at page 1: “The drafters of the Convention took special care in avoiding the use of legal concepts typical of a given legal tradition”.

¹⁸ See, e.g., J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht. Allgemeine Lehren*, Tübingen, 1974, p. 265.

¹⁹ G. Benedetti, “Commento all’art. 4 della Convenzione di Vienna sui contratti di vneidita internazionale di beni mobili”, *Nuove Leggi civ. comm.*, 1989, p. 9.

²⁰ Most recently, see, e.g., H.A. Blair, Hard “Cases under the Convention on the international sale of goods: a proposed taxonomy of interpretive challenges”, *Duke J. Comp. & Int’l L.*, vol. 21, 2011, p. 269, specially pp. 278-279; L. DiMatteo / D.T. Ostas, “Comparative Efficiency in International Sales Law”, *Am. U. Int’l L. Rev.*, vol. 26, 2011, pp. 371-372 ss.; M.M. Fogt, “Private international law issues in opt-out instruments of harmonization: the CISG and the proposal for a common european sales law”, *Colum. J. Eur. L.*, vol. 19, 2013, p. 83 and p. 87; B. Hayward, “The CISG in Australia -The Jigsaw Puzzle Missing A Piece”, *Vindobona J.*, vol. 14, 2010, p. 193 and pp. 218-219; A. Jurewicz, “A Milestone in Polish CISG Jurisprudence and Its Significance to the World Trade Community”, *J.L. & Com.*, vol. 28, p. 63 and p. 68; J.D.H. Karton / L. de Germiny, “Has the CISG Advisory Council Come of Age?”, *Berkeley J. Int’l L.*, vol. 27, 2009, pp. 448-449; C. Kokoruda, “The UN Convention on Contracts for the

International Sale of Goods – It’s not your Father’s Uniform Commercial Code”, *JUN Fla. B.J.*, vol. 85, 2011, p. 103; A. Pate, “The future of harmonization: soft law instruments and the principled advance of international lawmaking”, *Touro Int’l L. Rev.*, vol. 13, 2010, p. 142; E. Simos, “The CISG: a lost cause in the UK?”, *Vindobona J.*, vol. 16, 2012, p. 251 and p. 259; D.J. Smythe, “The road to Nowhere: Caterpillar v. Usinor and CISG Claims by Downstream Buyers against Remoter Sellers”, *Geo. Mason J. Int’l Com. L.*, vol. 2, 2011, p. 123 and p. 146; A. Veneziano, “The soft law approach to unification of international commercial contract law: future perspectives in light of UNIDROIT’s experience”, *Vill. L. Rev.*, vol. 58, 2013, pp. 521-522; K. Winsor, “The applicability of the CISG to govern sales of commodity type goods”, *Vindobona J.*, vol. 14, 2010, p. 83 and p. 88.

²¹ See also F. Enderlein / D. Maskow / H. Strohbach, *Internationales Kaufrecht: Kaufrechtskonvention. Verjährungskonvention. Vertretungskonvention. Rechtsanwendungskonvention*, Berlin, 1991, p. 61.

²² See M.B. Rockwell, “Choice of Law in International Products Liability: Internationalizing the Choice”, *Suffolk Transnat’l L. Rev.*, vol. 16, 1992-1993, p. 69 and p. 74.

²³ See F. Diedrich, “Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts under the CISG”, *Pace Int’l L. Rev.*, vol. 8, 1996, pp. 303-304; T.N. Tuggey, “The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Will a Homeward Trend Emerge”, *Tex. Int’l L. J.*, vol. 21, 1985-1986, p. 540 and p. 554.

²⁴ In this respect, see, e.g., S. Malloy, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Another Piece of the Puzzle of the Law Applicable to International Contracts”, *Fordham Int’l L. J.*, vol. 16, 1995, p. 662 and p. 667.

²⁵ Preamble CISG.

²⁶ M.G. Larson, “Applying Uniform Sales Law to International Software Transactions: The Use of the CISG, its Shortcomings, and a Comparative Look at How the Proposed U.C.C. Article 2B Would Remedy Them”, *Tul. J. Int’l & Comp. L.*, vol. 5, 1996, p. 445 and p. 459.

²⁷ K. Halverson Cross, “Parole Evidence Under the CISG: The ‘Homeward Trend’ Reconsidered”, *Ohio St. L. J.*, vol. 68, 2007, p. 133 and p. 138.

²⁸ K. Halverson Cross (note 27), p. 138.

²⁹ See M. Bridge, “A Comment on ‘Towards a Universal Doctrine of Breach’ – The Impact of the CISG by Jürgen Basedow”, *Int’l Rev. L. & Econ.*, vol. 25, 2005, p. 501.

³⁰ Legitimizing the CISG on different grounds, see C. Gillette / R. Scott, “The political economy of international sales”, *Int’l Rev. L. & Econ.*, vol. 25, 2005, pp. 446-447 ss.

³¹ See also N. Povrzenic, “Interpretation and Gap-Filling under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/gap-fill.html>.

³² See K. Halverson Cross (note 27), p. 138, stating that “the propensity of U.S. courts to interpret the Convention in light of domestic legal traditions may ameliorate the tendency of U.S. parties to opt out of the CISG”.

³³ For a recent analysis of the relationship between the CISG and choice of forum, see F. Ferrari, “Choice of Forum and CISG; Remarks on the Latter’s Impact on the Former”, in: AA.VV. (eds.), *Drafting Contracts Under the CISG*, Oxford, 2007, pp. 103-148.

³⁴ See also C. Gillette / R. Scott (note 30) 454, stating that “(i)f the problem solving objective of a uniform (International Sales Law) is not met, therefore, the product will be linguistically uniform upon enactment, but the parties subsequently will either abandon the law entirely or opt-out of disfavored provisions thus undermining even the initial benefits of the standard terms”.

³⁵ See M.B. Rockwell (note 22), p. 74, stating that courts should have ways “to enable them to avoid the temptations, and (...) unpredictability, of the homeward trend”.

³⁶ See, e.g., C. Fountoulakis, “The Parties’ Choice of ‘Neutral Law’ in International Sales Contracts”, *Eur.J.L.Ref.*, 2005, p. 303 and p. 314. For similar statements, see F. De Ly, “Opting out: some Observations on the Occasion of the CISG’s 25th anniversary”, in: F. Ferrari (ed.), *Quo Vadis CISG? Celebrating the 25th anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Milan / Paris, 2005, p. 25 and pp. 36 ss.; T. McNamara, “UN. Sale of Goods Convention: Finally Coming of Age?”, *Feb. Colo. Law.*, vol. 23, 2003, p. 11; G. Nakata, “Filanto S.p.A. v. Chilewich Intl Corp: sounds of silence bellow forth under the CISG’s international battle of the forms”, *Transnat’l Law.*, vol. 7, 1994, p. 141 and p. 144.

³⁷ See, e.g., R. Knieper, “Celebrating Success by Accession to CISG”, *J. L. & Com.*, vol. 25, 2006, pp. 477-478; E. Ubertaite, “Application of the CISG in the United States”, *Eur.J.L.Reform.*, vol. 7, 2005, p. 277 and p. 280.

See, however, G. Cuniberti, “Is the CISG Benefiting Anybody?”, *Vand. J. Transnat’l L.*, vol. 39, 2006, pp. 1511-1550, arguing that the CISG does not really reduce costs.

³⁸ H.M. Flechtner / J. Lookofsky, “Nominating Manfred Forberich: The Worst CISG Decision in 25 Years?”, *Vindobona J.*, vol. 9, 2003, p. 199 and p. 203.

³⁹ H.M. Flechtner / J. Lookofsky (note 38), p. 103.

⁴⁰ See also J. Murray (note 11), p. 367, stating that courts have to “transcend (their) domestic perspective and become a different court that is no longer influenced by the law of (their) own nation state”.

⁴¹ See H.M. Flechtner, “Recovering Attorneys’ Fees as Damages under the U.N. Sales Convention: A Case Study on the New International Commercial Practice and the Role of Case Law in CISG Jurisprudence, with Comments on *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co.*”, *Nw. J. Int’l L. & Bus.*, vol. 22, 2002, pp. 121-122; D.A. Thompson, “Buyer Beware: German Interpretation of the CISG has led to Results Unfavorable to Buyers”, *J.L. & Com.*, vol. 19, 2000, pp. 245-254.

⁴² For mere references to the homeward trend, without any attempts to defining it, see, e.g., R.M. Birch, “Article 44 of the U.N. Sales Convention (CISG): A possible divergence in interpretation by courts from the original intent of the framers of the compromise”, *Regent J. Int’l L.*, vol. 4, 2006, p. 1 and p. 14; A.S. Komarov (note 10), p.77; F. Mazzotta, *Loy. U. Chi. Int’l L. Rev.*, vol. 3, 2005, p. 85 and p. 115; M. McQuillen, “The Development of a Federal CISG Common Law in US Courts: Patterns of Interpretation and Citation”, *U. Mia. L. Rev.*, vol. 61, 2007, p. 509 and p. 536; A. Williams, “Limitations on Uniformity in International Sales Law: A Reasoned Argument for the Application of a Standard Limitation Period under the Provisions of the CISG”, *Vindobona J.*, vol. 10, 2006, p. 229 and p. 250.

⁴³ S. Salama (note 13), p. 231.

⁴⁴ H.M. Flechtner/J. Lookofsky (note 38), p. 203. For similar definitions, see T. Keily, “Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, *Vindobona J.*, vol. 3, 1999, p. 15 and p. 19; L.R. Nottage, “Who’s Afraid of the Vienna Sales Convention (CISG)? A New Zealander’s View from Australia and Japan”, *Vict. U. Wellington L. Rev.*, vol. 36, 2005, p. 815 and p. 838; S. Walt, “The CISG’s Expansion Bias: A Comment on Franco Ferrari”, *Int’l Rev. L. & Econ.*, vol. 25, 2005, p. 342 and p. 348; N. Whittington, “Comment on Professor Schwenger’s Paper”, *Vict. U. Wellington L. Rev.*, vol. 36, 2005, p. 809-811.

⁴⁵ J.O. Honnold (note 10), p. 208.

⁴⁶ J.O. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations*, Deventer, 1989, p. 1.

⁴⁷ See F. Ferrari, “The CISG’s Uniform Interpretation by Courts - An Update”, *Vindobona J.*, vol. 9, 2005, p. 233 and p. 241; H.M. Flechtner, “The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1)”, *J. L. & Com.*, vol. 17, 1998, p. 187 and p. 205.

⁴⁸ For the following remarks see F. Ferrari, “La jurisprudence sur la CVIM: un nouveau défi pour les interprètes?”, *Int’l Bus. L. J.*, 1998, pp. 497-508.

⁴⁹ For this conclusion, see also F. Ferrari, “Do Courts Interpret the CISG Uniformly?”, in: *Quo Vadis CISG?* (note 36), p. 3 and p. 10.

⁵⁰ See the court decisions commented on by F. Ferrari, “Der Begriff des “internationalen Privatrechts” nach Art. 1 Abs. 1 lit. b) des UN-Kaufrechts, ZeuP, 1998, 162-172: Oberlandesgericht Düsseldorf, 08/01/1993, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/930108g1.html>; Bezirksgericht Wien, 20/02/1992, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/920220a3.html>; Landgericht Aachen, 03/04/1990, available at: <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/12.htm>.

⁵¹ Tribunale di Padova, 25/02/2004, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>.

⁵² Tribunale di Padova, 25/02/2004, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>.

⁵³ Tribunale di Padova, 25/02/2004, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>; for this statement, see also Tribunale di Padova, 11/01/2005, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1005&step=FullText>.

⁵⁴ Another concept to be interpreted domestically is that of “party” to the contract, see F. Ferrari (note 48), pp. 496-497. Since the CISG itself is not concerned with agency (for this conclusion see, e.g., Oberlandesgericht Köln, 13/11/2000, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/001113g1.html>; Tribunale di Vigevano, 12 July 2000, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000712i3.html>; Oberster Gerichtshof, 20 March 1997, *ZfRvgl.*, 1997, p. 204; Appellationsgericht Tessin, 12/02/1996, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960212s1.html>; Obergericht Kanton Thurgau, 19/12/1995, *SZIER*, 2000, p. 118), the issue of who is party to the contract is “to be solved on the basis of the law applicable by virtue of the rules of private international law of the forum”, Tribunale di Padova, 25/02/2004, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040225i3.html>.

⁵⁵ M. Rheinstein, “Methods of Legal Thought and Conflict of Laws”, *U. Chi. L. Rev.*, vol. 10, 1942-1943, p. 466 and p. 475; for a reference to this kind of “homeward trend”, see also M. Akehurst, “Jurisdiction in International Law”, *Brit. Y. B. Int’l L.*, vol. 46, 1972-1973, p. 145 and p. 185 ; P.R.H. Webb, “Some Thoughts on the Place of English Law as Lex Fori in English Private International Law”, *ICLQ*, vol. 10, 1961, p. 818.

⁵⁶ O. Kahn-Freund, “Commercial Arbitration and the Conflict of Laws: Recent Developments in England”, *U. Brit. Colum. L. Rev.*, vol. 7, 1972, p. 155 and p. 165.

⁵⁷ O. Lando, “Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations”, *K.C.L.J.*, vol. 7, 1996-1997, pp. 55-57.

⁵⁸ For an overview of the case law, see F. Ferrari, “Tendance insulariste et lex forisme malgré un droit uniforme de la vente”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2013, pp. 323-358.

⁵⁹ See F. Ferrari, “Heimwärts- und Auswärtstreben” in der Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht” in: U. Blaurock / F. Maultzsch (eds.), *Einheitliches Kaufrecht und Vereinheitlichung der Rechtsanwendung*, Baden Baden (*in print*).

⁶⁰ See Tribunal Supremo, 17/01/2008, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080117s4.html>.

⁶¹ Audiencia Provincial de Pontevedra, 06/10/2014, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/141006s4.html>; Audiencia Provincial de Madrid, 14/07/2009, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090714s4.html>.

⁶² Oberlandesgericht Koblenz, 24/02/2011, available at: <http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/urteile/2301.pdf>.

⁶³ See also S. Salama (note 13), p. 225, stating that “(i)n practice it has been found that U.S. courts rely on the “homeward trend” more often than other judges in interpreting the CISG.”

⁶⁴ “*St. Paul Guardian Insurance Co. et al. v. Neuromed Medical Systems & Support GmbH et al.*”, U.S. District Court for the Southern District of New York, 26/03/2002, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html>.

⁶⁵ “*MCC-Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova D’Agostino, S.p.A.*”, U.S. Circuit Court of Appeals (11th Circuit), 29/06/1998, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980629u1.html>.

⁶⁶ “*Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.*”, U.S. District Court for the Southern District of New York, 10/05/2002, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html>.

⁶⁷ “*Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.*”, U.S. District Court for the Southern District of New York, 10/05/2002, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html>; for the statement referred to in the text, see also “*Hilaturas Miel, S.L. v. Republic of Iraq*”, U.S. District Court for the Southern District of New York, 20/08/2008, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080820u1.html#c>; “*Genpharm Inc. v. Pliva-Lachema A.S.*”, U.S. District Court for the Eastern District Court of New York, 19/03/2005, available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050319u1.html>; “*Chicago Prime Packers, Inc. v. Northam Food Trading Co., et al.*”, U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, 21 May 2004, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040521u1.html>; “*Orbisphere Corp. v. United States*”, U.S. Court of International Trade, 24/10/1989, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/891024u1.html>.

⁶⁸ “*Calzaturificio Claudia S.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd.*”, U.S. District Court, Southern District of New York, 6 April 1998, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941005b1.html>.

⁶⁹ Gerichtspräsident Laufen, 07/05/1993, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/930507s1.html>.

⁷⁰ Handelsgericht Aargau, 26/09/1997, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=404&step=FullText>.

⁷¹ See Audiencia Provincial de Valencia, 07/06/2003, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030607s4.html>, holding that “(s)cholars maintain that the international character of the Convention obliges an autonomous interpretation of the Convention independent of domestic law, for this purpose, it is necessary to adopt a different methodology than used to apply domestic law. The only way to assure the uniformity of the Convention is to take into account decisions from tribunals of other countries when applying the Convention and to consult expert opinions of scholars in the subject, in order to achieve uniformity”. For a favourable comment on this decision when discussing the uniform interpretation of the CISG, see M.P. Perales Viscasillas (note 21), p. 235 and pp. 240-241.

⁷² See Oberster Gerichtshof, 23/05/2005, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050523a3.html>, holding that “(t)he CISG creates substantive law (...) and is to be interpreted autonomously in accordance with CISG Art. 7. Therefore, discussions on the Austrian legal situation (...) have to be omitted”.

⁷³ Tribunale di Padova, 11/01/2005, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1005&step=FullText>; Tribunale di Padova, 25 February 2004, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>.

⁷⁴ Tribunale di Modena, 09/12/2005, available at: <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/1398.pdf>.

⁷⁵ See, e.g. Oberlandesgericht Frankfurt, 20/04/1994, available at: <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/125.htm>.

⁷⁶ Bundesgerichtshof, 03/04/1996, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960403g1.html>.

⁷⁷ Oberlandesgericht Karlsruhe, 25/06/1997, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970625g1.html>.

⁷⁸ Bundesgerichtshof, 02/03/2005, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050302g1.html>.

⁷⁹ See C. Gillette/R. Scott (note 30), p. 472 (in respect of the homeward trend).

⁸⁰ See, in respect of the homeward trend, apart from the author cited *supra* in note 43, K. Halverson Cross (note 27), p. 136; S.R. Harjani, “The Convention on Contracts for the International Sale of Goods in United States Courts”, *Hous. J. Int’l L.*, vol. 23, 2000, pp. 49-50; J.O. Honnold (note 10), p. 208; E. Sondahl, “Understanding the Remedy of Price Reduction - a Means to Fostering a More Uniform Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Vindobona J.*, vol. 7, 2003, p. 255 and p. 274; M. van Alstine, “Dynamic Treaty Interpretation”, *U. Penn. L. Rev.*, vol. 146, 1998, p. 687 and p. 693.

⁸¹ See, e.g., T.N. Tuggey (note 23), p. 544, stating that “one true test of the CISG’s success as a uniform law will be the extent to which it may *implicitly* permit national variations in its application.”

For a different measure of the CISG's success, see C. Gillette/R. Scott (note 30), p. 447, where the authors suggest that the success is to be measured on the basis of whether the rules of the CISG "do for the parties what the parties cannot as easily do for themselves" and, thus, lead to the parties not wanting to opt-out of the CISG (*Id.* at 454).

⁸² H.M. Flechtner (note 41), p. 146.

⁸³ C. Gillette / R. Scott (note 30), p. 474.

⁸⁴ For some examples, see, e.g., C. Gillette/R. Scott (note 30), pp. 474 ss.

⁸⁵ See also Note, "Unification and Certainty: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Harv. L. Rev.*, vol. 97, 1984, p. 1999, stating that "indefinite rules permit judicial interpretation guided by diverse national doctrines and values."

⁸⁶ It may suffice to recall that CISG does, for instance, not define the sales contract, as often pointed out both in legal writing (see K. Bell, "The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Pace Int'l L. Rev.*, vol. 8, 1996, p. 237 and p. 250; C. Chiomenti, "Does the choice of a-national rules entail an implicit exclusion of the CISG?", *Eur. Leg. For.*, 2005, pp. 141-142; G.S. Grieser, *Die Behandlung von atypischen Kaufverträgen im UN-Kaufrecht*, Frankfurt, 2004, p. 35; P. Kahn, "Qu'est-ce que la vente?", *Int'l Bus. L. J.*, 2001, pp. 241-242; C. Niemann, *Einheitliche Anwendung des UN-Kaufrechts in Italienischer und deutscher Rechtsprechung und Lehre: Eine Untersuchung zur einheitlichen Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und interner Lückenfüllung im CISG*, Frankfurt, 2006, p. 82; B. Richards, "Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention", *Iowa L. Rev.*, vol. 69, 1983, p. 209 and p. 227) and case law (see, e.g., Tribunale di Padova, 11/01/2005, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1005&step=FullText>; Tribunale di Padova, 25/02/2004, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>; Tribunale di Rimini, 26/11/2002, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html>; Kantonsgericht Schaffhausen, 25/02/2002, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020225s1.html>; Cour d'appel de Colmar, 12/06/2001, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010612f1.html>; Tribunal cantonal de Vaud, 11/03/1996, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960311s2.html>), nor does it define "goods".

⁸⁷ See *supra* the text accompanying note 20.

⁸⁸ T.N. Tuggey (note 23), p. 554.

⁸⁹ For an analysis of the effects of the failure to incorporate the CISG into law school curricula, see W. Dogde, "Teaching the CISG in Contracts", *J. Leg. Edu.*, vol. 50, 2000, pp. 72-94.

Resumen

Una de las características del derecho internacional privado contemporáneo es el pluralismo metodológico. Esto permite que junto con las clásicas normas conflictuales y de corte savignyano coexistan y actúen normas materiales especiales para regular los casos jurídicamente internacionalizados. Entre las normas materiales de derecho internacional privado encontramos algunas que son de origen nacional, emanadas del respectivo poder público nacional. La doctrina distingue al respecto entre las normas materiales de derecho internacional privado propiamente dichas y las normas de aplicación necesaria o inmediata. Además de ellas, en épocas más recientes se insiste en un grupo de normas materiales de origen no nacional o no estatal, que no emanan de una autoridad pública nacional. Muchos agrupan estas normas bajo el epígrafe poco preciso de *lex mercatoria* o nueva *lex mercatoria*. Así lo hacen la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en ciudad de México en 1994 y la ley de derecho internacional privado de Venezuela de 1998. Sin embargo, la comunidad internacional sigue viendo con mucho recelo y cierto escepticismo la aplicación de ese derecho no nacional en materia de contratos internacionales. Las dificultades comienzan por darle contenido a dicho derecho, por identificar cuáles son las formas de manifestación o expresión de ese derecho. También, por supuesto, otro grave problema es determinar cuál es la forma de aplicación de ese derecho no nacional y la relación entre esas soluciones no nacionales y las soluciones emanadas de las autoridades nacionales. En este ensayo se examinan los fundamentos del pluralismo metodológico actual y se formulan consideraciones en torno a las dificultades prácticas que se enfrentan al toparse con ese derecho no nacional.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Pluralismo metodológico en el derecho internacional privado y la regulación material de los contratos internacionales.
- III. La dificultad en la determinación del contenido y aplicación del derecho competente a los contratos internacionales.
- IV. Conclusión.

iiiUn monstruo!!! ¿Derecho (...) quéeeee...?

Eugenio Hernández-Bretón*

“nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit”

Cicerón, *De República*, 3.22.33.

“...my main problem with theorists who play law as a game is that against their own intentions they just remain in the seductive twilight of their ‘entre deux’, in the ambiguous dialectics without synthesis, in the attractive ambivalence of yes and no, inside and outside, law and non-law”.

G. Teubner, *“Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems”*, *AJCL*, vol. 45, 1997, p. 155.

I. Introducción

Comienzo por rescatar una frase del profesor español Miaja de la Muela sobre el profesor uruguayo Quintín Alfonsín, que dice así: “(Alfonsín tuvo

la desgracia de escribir en castellano, lo que explica que su obra fundamental y su valiosa producción monográfica haya sido prácticamente desconocida”.¹

Y esto, ¿por qué lo hago?

Hay un tipo particular de normas jurídicas utilizadas en la solución de los problemas de Derecho internacional privado. Se trata de normas que “tienen por función regular las relaciones jurídicas extranacionales proveyéndolas de derecho privado”.² Ellas establecen “directamente” el derecho privado correspondiente a la relación jurídicamente internacionalizada.³ Son soluciones especiales de derecho material dictadas por el propio legislador nacional para regular directamente las situaciones de hecho que se relacionan con los ordenamientos jurídicos extranjeros. Este tipo de normas constituye lo que denominamos el “derecho privado internacional” y es de tal forma un específico tipo

normativo-metodológico dentro del derecho internacional privado.⁴ Es importante destacar que la propuesta futurista de Alfonsín, según la cual, lo que él denominó normas internacionales directas habrían de sustituir a las normas conflictuales, formales o indirectas, en el estado de la evolución metodológica del derecho internacional privado actual se corresponden con una etapa intermedia en desarrollo, en la cual las legislaciones nacionales disponen, junto a un derecho privado para uso interno, de un derecho privado para uso internacional.

En una tercera y última etapa las relaciones jurídicas jurídicamente internacionalizadas o extranacionales dejan de ser regidas por un derecho privado nacional (ya sea para uso interno o internacional) y quedan sometidas a un derecho privado extranacional de fuente no estatal, por cuanto las relaciones extranacionales “por su propia esencia, deben ser ajenas al Poder Legislativo de cualquier Estado en particular”.⁵ Estamos en esta etapa.

Partimos, entonces, de la premisa aceptada y no cuestionada acerca de la existencia de un derecho privado especialmente dictado para directamente regular los casos de derecho internacional privado en sentido

estricto; valga decir, nuestro punto de arranque es la afirmación de la existencia en el sistema jurídico nacional e internacional de un derecho privado internacional especial y apto para regular directamente los casos de derecho internacional privado. Este tipo de normas llamadas comúnmente normas materiales de derecho internacional privado o normas materiales internacionales han sido escasamente tratadas en Venezuela, aunque ciertamente una revisión de la legislación venezolana muestra que las mismas han sido una de las técnicas empleadas por el legislador nacional a la hora de regular los casos jurídicos que se vinculan con los ordenamientos jurídicos extranjeros.

II. Pluralismo metodológico en el derecho internacional privado y la regulación material de los contratos internacionales

La cuestión metodológica ocupa un sitio muy destacado en el derecho internacional privado contemporáneo. La metodología empleada para la “construcción teórica y técnica de las soluciones de derecho internacional privado” refleja una visión del fenómeno de la extranjería en el derecho en un momento determinado. De tal suerte, las respuestas a la interrogante relativa

a “la solución adecuada a los supuestos de hecho contentivos de elementos extranjeros (...) no han sido y todavía no son las mismas en todas partes”.⁶ En este sentido, con gran agudeza el profesor Mariano Aguilar Navarro expresaba que “el derecho internacional privado es el procedimiento jurídico que una determinada época utiliza con el propósito de regular los supuestos de tráfico externo”.⁷ Como se ha afirmado, esos procedimientos han variado a lo largo del tiempo y han sido las épocas de “crisis” del derecho internacional privado las que “han motivado una amplia revisión metodológica” en esta materia.⁸

El tema de la cuestión metodológica en el derecho internacional privado ha ocupado numerosísimas páginas a lo largo de la historia de las ideas jurídicas. No nos vamos a detener en ese aspecto aquí. Tan solo nos limitamos a remitir al interesado a un par de referencias bibliográficas.⁹ Una de las características del derecho internacional privado contemporáneo es el pluralismo metodológico, que algunos prefieren llamar complementariedad de normas, métodos o técnicas”.¹⁰ De tal manera hay consenso entre los autores, no exento, sin embargo, de críticas valiosísimas,¹¹ para afirmar que los tres tipos de normas preferidos

actualmente para hacer frente a los problemas de derecho internacional privado son (i) las normas conflictuales, indirectas, indicadoras o formales, (ii) las normas materiales de derecho internacional privado y (iii) las normas de aplicación inmediata o necesaria.¹² En Venezuela, como en otros países, “no hay imposibilidad teórica alguna de emplear otros métodos (...) para la regulación de aquellas relaciones y situaciones cuyos elementos están conectados a una pluralidad de ordenamientos jurídicos”.¹³

En todo caso, lo que resulta incuestionable es la heterogeneidad de naturaleza de las normas reguladoras del tráfico privado internacional.¹⁴ En la época actual se afirma que virtualmente ningún sistema nacional de derecho internacional privado puede reclamar pureza metodológica y que muy pocos sistemas la aspiran. El pluralismo metodológico es visto como un signo de madurez del derecho internacional privado, lejos de ser considerado un síntoma de decadencia. Ninguna metodología es perfecta; todas son necesarias, y juntas, si son bien coordinadas, son mejores que aisladas. Eclecticismo y pluralidad son las características de los métodos utilizados en nuestro tiempo para enfrentarnos a la regulación jurídica de los casos que

se relacionan con los ordenamientos jurídicos extranjeros.¹⁵

De los tres tipos normativos arriba identificados, sin duda alguna, el que actualmente recibe el favoritismo es el de las normas indirectas, indicadoras o formales. Hay una marcada preferencia por las normas conflictuales. De tal suerte, los estudiosos y los legisladores tienden a favorecer el método indirecto para la solución de los problemas de derecho internacional privado. Ahora bien, la norma conflictual no da respuesta inmediata y directa al problema jurídico planteado, sino que ubica, indica o selecciona el ordenamiento jurídico aplicable al caso jurídicamente internacionalizado. La consecuencia jurídica de la norma conflictual o indirecta se limita a seleccionar el ordenamiento jurídico aplicable al caso sin dar respuesta material al problema jurídico-material presentado, cuya solución dependerá del ordenamiento que resulte aplicable como consecuencia jurídica de dicha norma conflictual. Y lo anterior se logrará ya sea que el derecho competente sea efectivamente seleccionado mediante la actuación de la norma de conflicto del foro o mediante la intervención de las demás normas auxiliares que pongan en funcionamiento otras instituciones propias de la llamada teoría general del

derecho internacional privado, como lo son el reenvío, la cuestión previa, preliminar o incidental, el respeto a los derechos adquiridos, etc.

De alguna forma, la adopción del método conflictual que, en el sentido savignyano de la expresión da particular atención a la situación jurídica a ser regulada, muestra, no obstante, una especie de claudicación del legislador nacional frente a la imposibilidad de regular directamente todos los casos posibles, más aun cuando se considera que los casos jurídicamente internacionalizados estarían espacialmente mejor regulados por un ordenamiento jurídico (*lex causae*) diferente del ordenamiento jurídico nacional (*lex fori*). El derecho escogido resulta ser el derecho especial para regular el particular caso con elementos de extranjería relevantes. No obstante, en la generalidad de los casos ese derecho especial será un derecho nacional, dictado para regular casos netamente nacionales y sin tomar en cuenta la extranjería de las situaciones jurídicas reguladas. En consecuencia, es muy apropiado afirmar con Miaja de la Muela que una ley “dictada para servir necesidades nacionales, puede resultar poco apta para el tráfico jurídico internacional”.¹⁶ Y fue precisamente esa “falta de adecuación”, a decir del propio Miaja

de la Muela,¹⁷ el argumento principal desarrollado por el profesor uruguayo Quintín Alfonsín para desarrollar su tesis del derecho privado extranacional.¹⁸ Por ello se afirma —con razón— que la norma material internacional es superior a la norma interna declarada aplicable por la norma de conflicto,¹⁹ y ello como resultado de la insuficiencia de las legislaciones internas para regular los casos internacionalizados.²⁰

Ahora bien, como ya reconocimos anteriormente el método conflictual no goza del monopolio metodológico para la regulación de tales casos de derecho internacional privado. Tal es el caso venezolano.²¹ Junto al método indirecto coexisten o actúan también las normas materiales de derecho internacional privado y las llamadas normas de aplicación inmediata o necesaria.²² No vamos a discutir estas últimas y al efecto remitimos a la literatura especializada.²³ Sin embargo, si queremos destacar que las normas de aplicación inmediata o necesaria también son normas materiales, pero que su aplicación depende de consideraciones que difieren suficientemente de las razones que determinan el funcionamiento y aplicación de las llamadas normas materiales de derecho internacional privado o normas materiales internacionales. Esto lo explican con

énfasis los autores, aunque no resulta fácil su identificación. Ahora bien, las consideraciones que continúan en este trabajo se dirigen a examinar las normas materiales de derecho internacional privado en sentido estricto.

Las llamadas normas materiales de derecho internacional privado o normas materiales internacionales han sido consideradas como normas especialmente hechas para regular las situaciones jurídicamente internacionalizadas. Se trata entonces de una norma propia para los asuntos internacionalizados que enuncia directamente la solución aplicable al fondo del caso. Esta es la definición que adopta el profesor Eric Loquin en su reciente curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, siguiendo las ideas del profesor Oppetit.²⁴ Podría de tal forma hablarse de un derecho privado “internacional”, en el sentido de que se trata de normas materiales que son dictadas para regir los casos internacionales. Se trataría de un derecho material especial para regir los supuestos de hecho que se relacionan con los ordenamientos jurídicos extranjeros, “sin acudir a (la) norma de conflicto”²⁵ y sin que se recurra forzosamente a la *lex fori*, como en el caso de las normas de aplicación inmediata o necesaria.²⁶

Una de sus características más destacadas es que las normas materiales internacionales tienen por función disciplinar directa e inmediatamente el caso jurídicamente internacionalizado. No tienen por función indicar el ordenamiento jurídico aplicable. Ellas son -en sí mismas- el derecho aplicable que reglamenta la situación jurídicamente internacionalizada. Lo anterior es válido tanto para el caso de que se trate de normas materiales de fuente nacional como de fuente extranacional o supranacional, es decir, que hayan sido dictadas unilateralmente por un Estado soberano (*e.g.*, Venezuela), o que sean el producto de tratados internacionales o el producto de la actuación espontánea de los particulares. De tal forma resulta que las normas materiales internacionales son de naturaleza sustantiva y son dictadas para regular casos internacionales.²⁷

Hemos afirmado que en el caso de las normas materiales internacionales se trata de un derecho material especial de las situaciones jurídicas internacionalizadas. En esto coinciden los autores. La profesora Pérez Vera sostiene que la especialidad de estas normas se identificaría desde dos puntos de vista, a saber, (i) bien, debido a que en atención al carácter internacional del caso, el mismo recibe un tratamiento

diferenciado del que se le da en ese mismo ordenamiento jurídico nacional a un caso netamente nacional, sin conexión con ordenamientos extranjeros, (ii) o bien, porque el caso regulado, por su propia naturaleza, no existe en el ámbito interno, dado que el caso necesariamente implica la presencia de un elemento de extranjería.²⁸ En suma, una importante característica de las normas materiales internacionales, que las distingue de otras normas materiales que se utilizan en la solución de los casos de Derecho internacional privado, es que las primeras no regulan ni tienen vocación de regular los casos netamente nacionales. Son, pues, especiales para la regulación de los casos internacionalizados.²⁹

Lo anterior lleva a examinar el tema de la estructura de las normas materiales de derecho internacional privado y su peculiaridad frente a otros tipos de normas materiales y de conflicto. La especialidad de las normas materiales internacionales también se refleja en su estructura y esto en un doble sentido. Por una parte, en lo relativo al supuesto de hecho regulado, que incluye un elemento de extranjería relevante, el cual es tomado particularmente en consideración por el legislador al momento de normar la situación y que de tal manera individualiza el caso

regulado y lo distingue de los demás casos internos. Por la otra parte, en lo que atiene a la consecuencia jurídica establecida directamente en la propia norma, pues aquí el legislador establece un concreto y especial tratamiento propio que puede ser diferente del establecido para las situaciones internas o no establecido para las situaciones internas. Así lo enseña la doctrina especializada.³⁰

En cuanto a la jerarquía o prelación de los métodos en el derecho internacional privado no hay respuesta clara, pues todo dependerá de la óptica del sistema de derecho desde donde se contemple el problema. Opiniones recientes cuestionan la existencia de una pirámide de normas de derecho internacional privado. En ellas se destaca que los métodos utilizados para resolver los problemas de conflicto de leyes o de jurisdicciones han sido concebidos sin haber tomado en cuenta la jerarquía de las normas. Por ello se afirma también que los métodos del derecho internacional privado no son fácilmente conciliables con la jerarquía de las normas.³¹ Otros autores buscan conciliar los métodos en base a una determinada concepción de los valores.³²

A pesar de lo anterior, los autores venezolanos son contestes en afirmar la

utilización preferente de las normas de aplicación inmediata o necesaria. Solo una vez que se constata su inexistencia, entonces se habrán de aplicar las normas materiales de Derecho internacional privado antes de recurrir a las normas conflictuales.³³ Ahora bien, dichos autores poco o nada explican tal proceder o dan una justificación de su jerarquía. Tratándose de normas legales, ya sea conflictuales, materiales internacionales o de aplicación inmediata o necesaria, todas ellas tendrían igual rango. La aplicación preferente de unas respecto de las otras se deberá, entonces, a una decisión metodológica o en atención a la especialidad de las normas.

En el caso venezolano, el artículo 10 de la Ley de derecho internacional privado (“LDIP”) da preferencia al método de las normas de aplicación inmediata o necesaria. En ese artículo las normas en cuestión son llamadas “disposiciones imperativas del derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos”, las cuales “se aplicarán necesariamente (...) no obstante lo previsto en esta ley”. La fórmula de la LDIP se puede prestar a malos entendidos, sobre todo tomando en cuenta que para las normas de aplicación

inmediata o necesaria el elemento de extranjería es absolutamente irrelevante y que dichas normas se dictan para regir tanto los casos domésticos como los extranjeros.³⁴ Las normas materiales internacionales, por su parte, no tienen vocación para regular los casos domésticos ni están hechas para normar tales casos.³⁵ La preferencia de las normas de aplicación inmediata o necesaria es, de tal forma, respecto de las soluciones de la LDIP, sean conflictuales o materiales. Lo que no resulta tan evidente es justificar la preferencia del método material internacional sobre el conflictual. Incluso hay autores que llegan a sostener que hay normas materiales internacionales que se aplican autónomamente y otras que dependen de las normas de conflicto.³⁶

Si bien lo anterior es cierto, en el caso venezolano creemos que las normas materiales internacionales resultan de aplicación preferente en atención a su especialidad frente a las normas conflictuales. Se trata en ambos casos de normas de derecho internacional privado, pero las materiales serían especiales frente a las generales contenidas en las normas de conflicto. Vale recordar que el profesor Miaja de la Muela al tratar de las normas auto limitadas (que son normas materiales internacionales) las considera como

normas conflictuales (más bien de derecho internacional privado) especiales frente a otras normas generales conflictuales (más bien de derecho internacional privado).³⁷ Según la teoría general del derecho, la especialidad de la norma vendría determinada por el supuesto de hecho regulado en la particular norma material internacional comparado con el supuesto más general regulado en la norma conflictual. La norma general sería “aquella cuyo supuesto de hecho incluya, como un caso específico, el supuesto de hecho de la otra”.³⁸ El tratamiento individualizado dado por la norma material internacional sería el caso específico comprendido en la norma conflictual.

Ahora bien, a pesar que las normas materiales internacionales dictadas por un legislador nacional reconocen y toman en cuenta el factor extranjerizante de la situación jurídica a regular, ellas tienden a generar cierta desarmonía internacional. Esto conduce a fijar “una importante limitación” a su actuación, pues con ellas “el legislador estatal proyecta al plano internacional sus propias categorías y soluciones jurídicas, o bien establece una solución sustantiva para proteger sus propios intereses, su propia política legislativa”.³⁹ En ambos casos la regulación del caso se hace desde la óptica individual del Estado

interesado, según los propios criterios y valores, por lo que en la disciplina de los problemas de la vida internacional de las personas las soluciones de derecho extranjero no juegan papel alguno.

El recurso a las normas materiales de derecho internacional privado para la solución de los casos de derecho internacional privado no es nuevo. Con precisión se ha afirmado que sus orígenes pueden remontarse al *jus gentium* y al *praetor peregrinus*.⁴⁰ La doctrina afirma que la consideración actual del método material se explica por la “crisis del derecho internacional privado”,⁴¹ pero también señala que las normas materiales internacionales de origen legislativo son de rara aparición y con ello se manifiesta “un lamentable desinterés del legislador ante las situaciones internacionales”.⁴² Sin embargo, como veremos más adelante en el caso venezolano hay más de las que se puede anticipar.⁴³

El tema de las normas materiales de derecho internacional privado, aun cuando es un método plenamente reconocido por los comentaristas venezolanos, ha sido levemente considerado. Sin embargo, se trata de un método particularmente útil en las diversas áreas, aunque parece que sea en materia contractual donde despiega

mayor utilidad a tenor de lo previsto en el artículo 31 de la LDIP y en su fuente inmediata el artículo 10 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales -CIDIP-IV, México 1994-, (“Convención de México”).

III. La dificultad en la determinación del contenido y aplicación del derecho competente a los contratos internacionales

En materia de contratos internacionales se presenta la inconformidad con la regulación material de los mismos mediante normas de origen estrictamente nacional, ya sea que el derecho competente sea el resultado del ejercicio de la autonomía conflictual o de cualquier otra vía de determinación del derecho nacional que regula el tema contractual. Se abre entonces la posibilidad de que, abandonando la solución netamente conflictualista, actúen normas materiales de manera directa. Pero más aún, que las normas materiales no sean creación de un legislador nacional. Este es el caso de la solución adoptada en el artículo 10 de la Convención de México y del artículo 31 de la LDIP. Con ligeras diferencias la fórmula utilizada en ambas disposiciones es la misma. Ellas establecen

lo siguiente: “(a) además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. También contribuye a darle especificidad a ese derecho no nacional el texto del artículo 9 de la Convención de México, que también se encuentra en el artículo 30 de la LDIP, que utiliza la expresión “principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. Se trata, entonces, de un intento por identificar o listar algunas –y no todas– las formas de expresión o de manifestación de la *lex mercatoria* sin que se trate de restringir esa normativa limitándola a aquella que pueda tener su origen en tratativas entre comerciantes o que surja o haya surgido espontáneamente de la actividad comercial internacional. Se trata de un listado enunciativo –e insistimos, no taxativo o limitativo– que es lo que corresponde a un derecho móvil y en constante elaboración, siendo estas características principales del llamado nuevo derecho del comercio internacional. Lo cierto del asunto es que ese nuevo derecho

no requiere de la intervención de los Estados y de sus poderes públicos para existir. Cuestionable es si para su efectividad, para su aplicación real en la solución de casos concretos, es necesario un reconocimiento expreso de tal derecho por parte de los órganos de Estado, como podrían ser el Poder Legislativo o los tribunales u órganos jurisdiccionales. La respuesta se impone en la afirmativa, tal derecho solo se impone en la medida en que cada Estado así lo reconozca. En todo caso, la coexistencia entre normas conflictuales y normas materiales de derecho internacional privado de fuente no estatal no es ni será fácil. Y con esto no es que queramos excluir una u otra metodologías, sino más bien propiciar su interacción, la cual consideramos saludable y beneficiosa para el mejor tratamiento de los casos jurídicamente internacionalizados. Pero los mejores deseos por una más eficiente y adecuada solución de los casos de derecho internacional privado se libra de las dificultades prácticas que impone la rigidez conceptual con la que a veces nos aproximamos al examen de los problemas jurídicos. Por esto es que no dudo en calificar a ese nuevo derecho del comercio internacional, o nueva *lex mercatoria*, como un monstruo, ya que así es que me imagino debe ser la reacción de los puristas y también de

los no familiarizados con el tema, al oír hablar de este derecho transnacional de fuente no estatal.

Les voy a relatar dos experiencias personales que espero sirvan para ilustrar mi posición. Hace unos años redacté unos contratos relacionados con la venta de acciones en una sociedad venezolana. En particular el contrato de venta de acciones lo celebraron una persona natural de nacionalidad estadounidense, domiciliado en California, como comprador, y una sociedad constituida y domiciliada en Aruba, como vendedora. El contrato se celebró en Aruba. Las partes se sometieron a arbitraje en Aruba y como derecho aplicable se eligieron los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, sin que se incluyera la aplicación simultánea o subsidiaria de cualquier derecho nacional. Cuando se presentó la controversia entre las partes, la compradora presentó demanda ante tribunales de Aruba. La parte demandada recurrió a abogado en Aruba, el cual al ser instruido en cuanto al derecho elegido preguntó, en primer lugar, qué cosa eran esos Principios y, en segundo lugar, si le podíamos enviar copia de los mismos. Intuyo que esas preguntas fueron, tan solo, una forma algo más complicada de decir: ¿De !quéeee! (..&/=...**...) me están hablando? Al

final, ambas partes presentaron sus alegatos bajo el derecho de Aruba y sin el menor asomo o referencia a esa cosa tan espantosa como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Sobra decir que el honorable tribunal se sintió muy a gusto con la decisión práctica de las partes, que le evitó adicionales dolores de cabeza al tener que examinar el caso. La otra experiencia tiene que ver con un contrato entre una sociedad venezolana y un grupo de compañías, entre las que había algunas extranjeras. El contrato fue celebrado en Venezuela y debía ejecutarse parcialmente en Venezuela. Las partes eligieron someter el contrato a derecho venezolano y las controversias a arbitraje en Nueva York. En la segunda ronda de alegatos, las demandantes invocaron los mismos Principios UNIDROIT como forma de expresión de la llamada nueva *lex mercatoria*, a tenor del artículo 10 de la Convención de México, los cuales complementaban de manera satisfactoria las normas materiales venezolanas. Pues bien, la demandada casi calificó a esos Principios como una suerte de creación monstruosa propia de algún aquelarre reunido en las horas más oscuras de una noche de brujas. La verdad es que creo que le tenemos –por lo menos– mucha desconfianza a la nueva *lex mercatoria* cualquiera que sea su forma de manifestación.

IV. Conclusión

Estamos de acuerdo en que el método conflictual puro es insuficiente para hacerle frente a los problemas de derecho internacional privado, mucho menos en materia de contratos internacionales. También estamos de acuerdo con que el método conflictual requiere ser complementado por soluciones de carácter material, pero mientras los legisladores nacionales parecen haber claudicado ante la delicada labor de dictar legislaciones completas, o más o menos completas al respecto, la comunidad internacional, sea de comerciantes o de profesores y otros prácticos, continúa en su tarea de recopilar o formular soluciones bastante adecuadas

—aunque incompletas— para atender las necesidades del comercio internacional. Es en este sentido que creemos que la nueva *lex mercatoria*, en especial los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales como expresión de tal *lex mercatoria*, cumplen una muy loable función. Sin embargo, hasta tanto esas soluciones no se divulguen suficientemente y los actores del comercio internacional y sus abogados no superen las limitaciones culturales impuestas por sus propios sistemas jurídicos nacionales difícilmente recibiremos reflexiones más profundas que aquellas con las que hemos tratado de ilustrar el título de este brevísimo ensayo preparado para estas nuevas Jornadas de la ASADIP.

* Miembro honorario de ASADIP; Profesor de derecho internacional privado en la Universidad Central de Venezuela; Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

¹ A. Miaja De La Muela, *De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del Derecho internacional privado*, Cuadernos de la Cátedra J. B. Scott, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1977, p. 18.

² Q. Alfonsín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1955, p. 255.

³ Q. Alfonsín (nota 2), p. 2.

⁴ Q. Alfonsín (nota 2), pp. 46-47, propone la denominación derecho privado internacional para referirse a lo que aquí denominamos Derecho internacional privado. Optamos por esta última denominación siguiendo la denominación recibida en el artículo 156.32 de la Constitución. Al respecto ver E. Hernández-Bretón, “*La Constitución de 30 de diciembre de 1999 y la Ley de derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998*”, en F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998 (antecedentes, comentarios, jurisprudencia)*, vol. II, Colección Libros homenaje n° 1, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 11 ss., p. 14.

⁵ Q. Alfonsín (nota 2), pp. 173-179.

⁶ G. Parra-Aranguren, *Curso general de derecho internacional privado. Problemas selectos y otros estudios*, 3° ed., Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1998, p. 81.

⁷ M. Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado, Introducción y fuentes*, vol. I, t. I, Madrid, Universidad Complutense, 1979, p. 139.

⁸ M. Aguilar Navarro (nota 7), p. 47.

⁹ G. Parra-Aranguren (nota 6), pp. 81-82; A. Miaja De La Muela, *De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del derecho internacional privado*, Cuadernos de la Cátedra J.B. Scott, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1977.

¹⁰ AA.VV., “Reflexiones sobre el discurso conceptual, el pluralismo metodológico y el rol del derecho internacional privado en la integración”, en: *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, 2013, p. 123 y pp. 136-145.

¹¹ A. Miaja De La Muela (nota 9) p. 32 y pp. 59-90. Ver también J. TALICE, “Objeto y método en el Derecho internacional privado”, en AA.VV., *Objeto y método en el derecho internacional privado*, Montevideo, Editorial Grosf Services, 1986.

¹² T.B. Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 233; C. Madrid Martínez, *La norma de derecho internacional privado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2004, pp. 28-32. y p. 111.

¹³ J.A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado. introducción a sus problemas fundamentales*, 2° ed., Madrid, Tecnos, 1976, p. 121.

¹⁴ A. Miaja De La Muela (nota 9), p. 31.

¹⁵ S.C. Symeonides, “General Report”, en: S. Symeonides (ed.), *Private international law at the end of the 20th century: progress or regress. XVth international congress of comparative law*, The Hague / London, / Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 21.

¹⁶ A. Miaja De La Muela (nota 9), p. 18.

¹⁷ A. Miaja De La Muela (nota 9), p. 18.

¹⁸ Q. Alfonsín (nota 2), p. 255.

¹⁹ E. Loquin, “Les règles matérielles internationales”, *Recueil des Cours*, vol. 322, 2006, pp. 40-44.

²⁰ F. Deby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Librairie Dalloz, 1973, p. 126. Ver también M. Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. II, 1º parte, Madrid, Universidad Complutense, 1979, p. 103.

²¹ C. Madrid Martínez (nota 12), pp. 28-32.

²² Ver la crítica en la nota 43 *infra*.

²³ H. Barrios, “Las reglas de derecho limitantes de su propio dominio de aplicación”, en: AA.VV., *Ponencias venezolanas al XI Congreso de Derecho Comparado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982, pp. 95-103; G. Parra-Aranguren (nota 6), pp. 167- 170; F. Romero, “La norma de aplicación inmediata o necesaria”, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998 (antecedentes, comentarios, jurisprudencia.)*, vol. II, Colección Libros homenaje nº 1, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 217-221.

²⁴ E. Loquin (nota 19), p. 24 y p. 26.

²⁵ T.B. Maekelt, “La codificación interamericana en materia de derecho internacional privado en el contexto universal y regional”, *Libro-Homenaje a Haroldo Valladão*, Caracas, 1997, p. 151 y p. 161.

²⁶ E. Vitta, “Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 162, 1979-I, p. 127.

²⁷ E. Loquin (nota 19) p. 24; E. Pérez Vera, *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, 6º ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1996, pp. 174-191.

²⁸ E. Pérez Vera (nota 27), p. 75. Ver también E. Loquin (nota 19), p. 24.

²⁹ E. Loquin (nota 19), p. 29.

³⁰ E. Pérez Vera (nota 27), p. 75.

³¹ R. Encinas De Munagorri, “Droit international privé et hiérarchie des normes”, *Revus*, vol. 21, 2013, pp. 71-75.

³² L. gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé de la famille*, Paris, LGDJ, 2001, *passim*.

³³ F. Romero (nota 23), p. 218; C. Madrid Martínez (nota 12), pp. 31-32, p. 111 y p. 147; T.B. Maekelt (nota 12) p. 233.

³⁴ C. Madrid Martínez, “Normas de aplicación necesaria”, en: T.B. Maekelt (coord.), *Ley de derecho internacional privado*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 337-356.

³⁵ E. Loquin (nota 19), p. 29.

³⁶ F. Deby-Gérard (nota 20), pp. 123-131.

³⁷ A. Miaja De La Muela (nota 9), p. 102.

³⁸ J. sanchez-covisa, “La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano”, en: *Obra jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, pp. 79-85 y p. 112.

³⁹ J.A. Carrillo Salcedo (nota 13), p. 141 y pp. 125-128.

⁴⁰ G. Parra Aranguren (nota 6), pp. 81-82; E. Vitta (nota 26) p. 127; M. Aguilar Navarro (nota 7) pp. 102-106.

⁴¹ M. aguilar navarro (nota 7), p. 103.

⁴² F. deby-gérard (nota 20), p. 124.

⁴³ Queremos aquí dejar constancia de la valiosa crítica que hizo el profesor Miaja de la Muela a la tripartición entre reglas materiales, de conflicto y de aplicación necesaria. Señaló Miaja que las normas de los grupos primero y tercero “no sólo no se excluyen entre sí, sino que lo normal es que toda regla material actuante en el tráfico privado internacional sea de aplicación inmediata y que las esta clase sean materiales y territoriales”. Ver A. miaja de la muela, *Derecho internacional privado*, t. I, Madrid, Ediciones Atlas, 1981, pp. 271-272.

Abstract

Article 3 of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts is the first quasi-legislative text to allow explicitly for the choice of Non-State Law also before state courts. This article puts the provision into a broader context, discusses their drafting history and particular issues involved in their interpretation. It also provides a critical evaluation. Article 3 does not respond to an existing need, and its formulation, the fruit of a compromise between supporters and opponents of choosing non-state law, makes the provision unsuccessful for state courts and arbitrators alike.

Summary

- I.** Introduction.
- II.** Choice of Non-State Law in transnational codifications, predecessors of the Hague Principles. 1. UNCITRAL Arbitration Rules and other arbitration texts. 2. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994) and Principles of European Contract Law (1995). 3. Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts (1994). 4. Rome I Regulation (2008)
- III.** The genesis of Article 3 of the Hague Principles 1. Challenges for The Hague Conference. 2. Principles as a response. 3. Drafting history of Article
- IV.** Particular issues 1. ‘Rules of law’ 2. ‘Set of rules’. 3. ‘Neutral and balanced’. 4. ‘Generally accepted’. 5. ‘International, supranational or regional level’. 6. Filling gaps
- V.** Evaluation 1. The rule. 2. The arguments. 3. The process
- VI.** Conclusion.
- VII.** Bibliography.

Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts

Ralf Michaels*

I. Introduction

Are we witnessing a revolution in choice of law for contracts? The Hague Conference on Private International Law is about to finalize work on so-called ‘Principles on Choice of Law in international commercial contracts’ (hereinafter called Hague Principles).¹ Formally, the novelty of the Hague Principles lies in their character as nonbinding soft law instead of, as has traditionally been the case at the Hague Conference, a Convention. Their substantive novelty is somewhat hidden, but—perhaps—just as important. After laying down rather uncontroversially, in Article 2(1), that “(a) contract is governed by the law chosen by the parties”, Article 3 introduces a definition of law that is novel, at least for state courts:

Article 3 – Rules of Law: (u)nder these Principles, the law chosen by the parties may be rules of law that are generally

accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise.²

“Rules of law,” as opposed to “law,” has traditionally been understood to include non-state law, and this is intended here, too. What the Hague Conference thereby introduces is the ability for parties to choose non-state law as the law applicable to their contract. Notably, such a choice is supposed to designate the applicable law in the sense of choice of law, not as mere incorporation into the contract.³ This is an important difference. If a body of rules is merely incorporated, the whole contract (including the incorporated rules) remains governed by a state’s law, including its mandatory rules. Where, by contrast, a body of rules is chosen in the sense of choice of law, that body becomes the applicable contract law and, at least in principle, no other contract law governs.⁴

In international commercial arbitration, the choice of non-state law has long been possible (though it has not been used as much as some proponents make us believe).⁵ For state courts, by contrast, allowing for the choice of non-state law represents a novelty. Choice of non-state law is excluded in practically every national system of choice of law.⁶ Before courts, the choice of non-state law has played virtually no role, apart from limited exceptions concerning religious law, and isolated decisions rejecting the validity of the choice of non-state law like sports rules⁷ ICC rules,⁸ or the UNIDROIT Principles.⁹ Where it is discussed it is rejected. Attempts to allow for such a choice—first in the Interamerican Conference, then in the reform of the European Rome I Regulation—have, so far, been unsuccessful. And indeed, it is not clear why we should expect there to be more interest before state courts—why should parties want to opt out of state-made law, but not out of state-made adjudication?

In this article, I aim to do three things. The first is to lay out, in relative detail, the context for the provision, as well as its drafting history. Article 3 of the Hague Principles is the latest

intervention in the debate on the choice of non-state law; it can be better understood against this history. My second goal is doctrinal: I attempt to give guidance as to some of the issues of detail that are left open by the Principles, while at the same time maintaining a critical stance towards them. The third goal is a critical evaluation. I argue that Article 3 is emblematic of a dangerous tendency of making law to educate parties as to what would be good for them.

II. Choice of Non-State Law in transnational codifications –predecessors of the Hague Principles

The question whether non-state law can be chosen as the applicable law is, in the history of choice of law, a relatively recent one. That is not surprising, given that even party autonomy at large—the ability of the parties to choose the applicable law—is a very recent introduction. Party autonomy in the modern sense really arose only in the 19th century and became paradigmatic relatively late in the twentieth century.¹⁰ Still today, some legal systems, especially in Latin America, reject party autonomy altogether, at least in principle.¹¹

For a long time, discussions on party autonomy were thus, as a matter of course, restricted to state laws. The idea that secular non-state law could be chosen (and thus all state law deselected) seems to have come up in the context of discussions, especially among French law professors and practitioners, on a new *lex mercatoria*, which was supposed to enable either a *contrat sans loi* (that is a self-sufficient contract that requires no recourse to any other body of law than the contract itself),¹² or the choice of an alleged transnational customary contract law, the so-called *lex mercatoria*.

The origins are of course complex, but it seems that we can recognize two interests underlying this support for non-state law. One was a professorial desire, emerging from a long academic tradition particularly in Europe, to “privatize” private law, by removing its source from the state and making it independent.¹³ Detachment from the state seems to enhance the private character of private law. In connection with this, it could maximize party autonomy, which is sometimes viewed as an unqualified good. A universal transnational private law would represent the return of an old dream, that of the *ius commune*. Diversity of laws is often viewed as undesirable—even

by private international lawyers, who often view private international law as a second best solution that would be made unnecessary through the adoption of some universal law.

The other was a practitioners’ interest in liberating transnational contracts from interference by states with their mandatory laws, a market-oriented project linked to the rise of international arbitration as an adjudicatory system liberated from the state. Some practitioners support the idea of a law that is, to the farthest extent possible, detached from the state, and thus guarantees maximum freedom to parties, and maximum business to their lawyers. This latter interest in a privatized substantive law was always closely linked to an interest in privatized adjudication (arbitration).

1. UNCITRAL Arbitration Rules and other arbitration texts

It is indeed in international arbitration that these ideas for the choice of non-state law had some success. Article 28 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration allows for the choice of “rules of law,” which is meant to comprise law other than state law.¹⁴ “Rules of law” in the same sense can be chosen also under

many other national and non-national arbitration regimes.¹⁵ Indeed, in arbitration, *lex mercatoria* and other non-state law have occasionally been selected, though not frequently.¹⁶

Before state courts, by contrast, the choice of *lex mercatoria* as applicable law has never been allowed.¹⁷ Certainly, one argument was that conflict of laws had traditionally (at least in the West and at least since the rise of the nation state) designated only state laws as applicable.¹⁸ However, there were also practical concerns having to do with the function of courts. State court decisions are published and may serve as precedent. This places greater requirements on doctrinal accuracy. And one problem with non-state law like the *lex mercatoria* has always been that its content could not be established with sufficient certainty.¹⁹

2. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994) and Principles of European Contract Law (1995)

Such uncertainty is not a problem where the non-state law in question comes in the form of legal rules. This was, from the beginning, a great selling point for the UNIDROIT Principles

of International Commercial Contracts (UPICC), which appeared, in a first edition, in 1994. Mostly, the UPICC are a text of substantive law; they only present themselves as a modern Restatement of the *lex mercatoria*, or of transnational commercial law.²⁰ They also include, however, in their Preamble, rules on when the Principles should be applicable, including a rule that “(t)hey shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them”. The Principles of European contract law, whose first edition appeared in 1995, have a conflicts rule quite similar to the Preamble of the UPICC in their Article 1:101.²¹

These are, perhaps, the earliest examples of provisions in transnational legislative texts that explicitly endorse the choice of non-state law without restriction to arbitration. Their rules on applicability have created disproportionate interest in scholarship – quite likely, more ink has been spilled on the single question of whether the Principles can be chosen as applicable law than on all of their substantive provisions combined.²² For the PECL, the question has lost some interest, as they merged subsequently into predecessors of an EU instrument of contract law.²³ By contrast, for the UPICC the question remains relevant.

The UPICC are not binding law. Their Preamble is, therefore, a rather curious rule, because it attempts something logically impossible: the UPICC attempt to make themselves applicable, just like a bootstrap.²⁴ Nonetheless, the UPICC have had some success worldwide: they have occasionally been chosen as the applicable law (although, as far as can be seen, less frequently than their promoters suggest), and they are quite frequently referred to in judicial opinions.²⁵ Their choice has not been held valid before any state court, however. This is so although many commentators have argued that the UPICC are “law” in every relevant regard, and must therefore be a possible object of choice. But this has always been a non sequitur: even if the UPICC are indeed law in the sense of legal theory, this is not binding for the sense of the term “law” in a choice-of-law rule. Here, the matter is one of statutory interpretation, and confinement to state law is usually in accordance with legislative intent.

3. Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts (1994)

The first treaty that allows, according to some, for the choice of non-state law as the applicable law before state

courts was the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, also called the Mexico Convention. Non-state law was actively pushed by some participants in the negotiations, in particular Fritz Juenger. It does indeed appear in the Convention, though not in direct connection to party choice. Thus, Article 9(2) (2) requires the judge to look also to “general principles of law” when the parties have “not” chosen a law, but this hardly suggests that parties should be able to choose such general principles. In addition, art. 10 gives a role to guidelines, customs, principles of international commercial law and commercial usage and practice, but that role is merely supplementary.²⁶

Where the Convention talks about party autonomy, by contrast, non-state law does not seem to be available. Article 7(1) (1) reads simply: “The contract shall be governed by the law chosen by the parties.” Allowing parties to choose the applicable law was already a novelty for many countries in Latin America, where party autonomy is still viewed by many with suspicion.²⁷ Nonetheless, some commentators suggest that the provision is even more far-reaching: for them, “Law” has been read to include non-state law.²⁸ This would be rather unusual; in most

other choice-of-law statutes, “law” is restricted to the law of states, and Article 17 defines law as “the law current in a State, excluding rules concerning conflict of laws”. The Spanish version has “*derecho*” instead of “*ley*,” which could suggest a different meaning, but this seems by no means conclusive. In practice, this may matter little, since the Convention has been ratified only by Mexico and Venezuela.²⁹

4. Rome I Regulation (2008)

For some time, it looked as though the choice of non-state law would become available in a major transnational text. In a Green Paper of 2003, the European Commission considered enabling parties to choose “general principles of law” as applicable law.³⁰ The background to the rather surprising proposal lay in other areas of European law: At the time, there were discussions about an optional Community instrument, which, to be effective, had to be electable. It was felt that a private international law text should formulate this possibility in a more abstract manner. Reactions to the proposal were mixed: While many academics were positive, professional associations and practitioners remained, by and large, more hesitant.³¹ Nonetheless, a 2005 proposal for a

new Regulation provided, in the first sentence of its Article 3(2), that “(t)he parties may also choose as the applicable law the principles and rules of the substantive law of contract recognized internationally or in the Community”.³² It was not, however, adopted in the final version of the Regulation.³³ Recital 13 merely states that such general principles can be incorporated into the contract by means of freedom of contract under the applicable (state) law. A reason for the change of heart may well have been that the question had lost much relevance, once it was clear that a Europeanized contract law could be made applicable by other means.³⁴

III. The genesis of Article 3 of the Hague Principles

In result, then, attempts so far to introduce a choice of non-state law have been unsuccessful, at least as regards courts. The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and similar texts apply only in arbitration. The Mexico Convention contains no clear endorsement of the choice of non-state law and in any event has been largely unsuccessful so far. The Preamble of the UPICC has garnered much academic support but no followers among legislators or

courts. The Rome I proposal in the relevant parts did not become law.

The Hague Principles start very much where the unsuccessful attempts for the Rome I Regulation left off. They represent another attempt to introduce the choice of non-state law in an international instrument. In order to understand the role that non-state law plays in them, it may be helpful to look in some more detail at the genesis of their Article 3, in the context of the general nature of the Hague Principles.

1. Challenges for the Hague Conference

The Hague Conference on Private International Law, founded in 1893, is the most venerated institution for the international unification of private international law. In one way, it is a very successful organization –it counts 75 members from all five continents (74 States and the European Union), and many of its Conventions have been very successful. In another way, however, the Conference and its preferred instrument, the Convention, are in a crisis.

This crisis has several aspects. One is the fact that membership in the Conference has greatly increased; it

now comprehends states with vastly different legal and economic conditions. A related problem is that member states are increasingly hesitant to ratify Conventions. In addition, the Hague Conference is no longer the unquestioned leader of private international law developments, now that the European Union has become very active in the field.³⁵

And although the Hague Conference has had success in the area of administrative coordination especially in family law, it has never been very successful with choice-of-law regimes. Choice of law for contracts is a prime example. The Hague Principles are not the first project of the Hague Conference devoted to choice of law in contracts. Conventions of 1955 and 1986 already addressed the law applicable to contracts for the international sale of goods.³⁶ The 1955 Convention went into force in 1964, the 1986 Convention never did. Neither of them addressed the choice of non-state law. Chances for ratification of a general choice of law convention, considered in the 1980s, were considered slim (not least because the EC member states had just concluded the Rome Convention and saw little need for a global treaty); the project was abandoned.³⁷ At the same time that the

European Union has a comprehensive code on choice of law for contracts in the Rome I Regulation (albeit one in which, as discussed, non-state law cannot be chosen), international unification through hard law seems nearly impossible. Even the exclusive choice-of-court Convention, which is, in its content, fairly uncontroversial has so far proven very hard to even ratify, let alone implement.³⁸

2. Principles as a response

The combination of these challenges is what led the Hague Conference to adopt a new form for their contracts project: soft instead of hard law, principles instead of a convention. The UPICC provided a model in this regard.³⁹ Several years ago, Herbert Kronke, then director of UNIDROIT, floated the idea of principles of choice of law, though what he had in mind at the time was a more comprehensive project.⁴⁰ The Hague Conference has now taken up this idea.⁴¹ On recommendation by the Council,⁴² its new text on choice of law in contracts comes as a non-binding text, notably as Principles, rather than as a Draft Convention. Their Preamble, which is modeled closely on that of the UPICC, suggests that they can be used as a model for legislation, or, by courts or

arbitrators, as a supplementary source for interpretation. This suggests that the Hague Preamble does not aim to fulfil the third of the functions of the UPICC, namely its Restatement function –to serve, as an accurate description of the current state of the law.⁴³ Their main function is rather to serve as a model for lawmaker (predominantly perhaps in Latin America).⁴⁴ In addition, they are supposed to play a supplementary role in the interpretation of existing regimes. Unlike the UPICC, the Hague Principles do not suggest that they themselves can be chosen by the parties (in line with the general opposition to allowing parties to choose the applicable choice-of-law rules).

The advantages should be obvious: Principles do not have to go through a difficult ratification process; instead, it can be hoped that they can influence legislators and courts in a more informal way. Their reception need not happen wholesale; lawmakers may pick and choose the provisions they like. In theory, their content can be changed more easily (although experience with the UPICC suggest that such changes will be rare).

However, these advantages come with disadvantages. The most obvious

disadvantage arises from their non-binding character: unlike a Convention, the Hague Principles have no binding force; they must convince before they can become relevant. Of course, this is true also for Conventions. But Conventions at least carry the weight that they have been negotiated by delegates of the ratifying country. It is not clear that a state would be more likely to adopt a text if it does not come as a Treaty.

A more pressing potential disadvantage concerns the negotiating process: Whereas negotiators drafting a Convention with a view towards ratification will, to a large extent, have the positions of potential ratifiers in mind, negotiators of a nonbinding instrument may feel less constricted. They are not subject to instructions or expectations to the same degree. As a consequence, they may hope that the quality of the text they agree on will alone suffice to make them attractive. This may occasionally be the case. Sometimes, legal rules are successful precisely because they are developed without direct political pressure from constituents. But the danger exists, instead, that negotiators will veer too far from the mainstream to produce a text that is accepted.

The difference in processes should not be exaggerated in this case. For work on the Hague Principles, the Hague Conference followed a semi-official procedure and organized the Special Commission as a diplomatic conference. Representatives from several governments were given relatively detailed instructions, and the EU representative in particular opposed article 3 with vehemence. Still one may speculate that a government should be more interested in the content of a treaty it plans to enter into than of Principles that have no binding character.

3. Drafting History of Article 3

All of this seems especially relevant as concerns the drafting of Article 3. The question whether non-state law could be chosen must have been on the mind of negotiators from the beginning, in light of experiences with the Rome I Regulation drafting process.⁴⁵ Nonetheless, it was not in the forefront from the beginning.

The question of non-state law first appears in official materials of the Hague Conference in a feasibility study drafted in 2007.⁴⁶ The study suggests the question should be taken on because the choice of non-state law “has for long played an important role in

arbitration but is also of growing importance in court proceedings”.⁴⁷ No evidence is provided for this finding. Indeed, although the Hague Conference had sent out questionnaires earlier in 2007 to member states and stakeholders whether and in what way uniform rules on choice of law in international contracts should be made, the questionnaires did not contain a question as to whether there was any need to choose non-state law.⁴⁸ Consequently, the question was not addressed in responses.

A later study suggests, appropriately, the Working Group should “take into consideration both the rules applied by State courts and specific international arbitration rules”.⁴⁹ That would suggest making a distinction between arbitration (where “rules of law” can be chosen) and courts (where only “law” can be selected).⁵⁰ The Working Group, however, took a different path. After an extensive discussion in its first meeting in January 2010, it established a subgroup to address the question, consisting of Lauro Gama (author of a very comprehensive book on the UPICC and subsequently a member of the UPICC working group),⁵¹ Geneviève Saumier (a leading private international law expert at McGill),

and, at different times, Emmanuel Darankoum from Montréal and José Moreno Rodriguez from Paraguay.⁵² The subgroup produced two reports which remain unpublished but form the basis of two articles.⁵³ It found that non-state law could be chosen, at the moment, only in commercial arbitration.⁵⁴ Nonetheless, the subgroup advocated neither this solution nor another, namely to say nothing and leave the definition of “law” to further development. Instead, it supported a third option that was approved by the Working Group and ultimately made its way into the Hague Principles –to allow the choice of non-state law regardless of the mode of adjudication.⁵⁵ The main reasons given were that no meaningful difference exists between courts and arbitrators or between the choice of state law and that of non-state law, and that allowing for the choice of non-state law enhances party autonomy.⁵⁶

This suggestion was successful. Although parties in practice rarely choose non-state law –or, rather, precisely in order to overcome this situation⁵⁷– the Working Group decided, after further discussions, to allow parties to choose “the law or rules of law governing their contract”.⁵⁸ The

formulation mirrored the UNCITRAL model law and thus allowed for the choice of non-state law, but was meant to be available also to state courts. The ability to choose non-state law was justified with the need of the parties for specific rules and for stabilization of the parties’ expectations. The aim was to make the choice as broad as possible. The report also suggests that “the draft Hague Principles not include any express definition or limitation of the term “rules of law”, as this provides the greater support for party autonomy”.⁵⁹ Moreover, unlike the draft Rome I Regulation, the Working Group explicitly rejected an additional criterion of legitimacy or international or regional recognition. The only restriction was that the chosen law had to be a body of rules.⁶⁰

The draft thus provided, for the first time, for the choice of non-state law without significant restrictions. This apparently went too far for members of the Hague Conference. According to one participant, non-state law was “the most controversial issue at the session of the Special Commission”⁶¹ (which is not surprising, given that the other provisions are mostly well within the mainstream) and was discussed “for the better part of the week”.⁶² In the end, a compromise was reached:

the choice of “rules of law” remained possible but was subjected to a number of qualifiers: these rules must be “generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules”. The Special Commission apparently demanded these qualifiers “to afford greater certainty as to what parties can designate as rules of law governing their contractual relationship”, though in reality the qualifiers seem to act more as substantive restrictions than as clarifiers, as I discuss in the next section. In addition, Article 3 now suggests that rules of law can be chosen only “unless the law of the forum provides otherwise”. This seems a rather unnecessary clarification, given that the Hague Principles are not binding anyway.⁶³

After the session, the Working Group redrafted the provision and also drafted commentary, in which the drafting responsibilities for Article 3 were taken by Lauro Gama and Geneviève Saumier.⁶⁴ Because the final version differs significantly from the draft version of the Working Group, the draft commentary differs significantly from the 2011 policy document. The draft commentary is to be discussed and finalized in 2014.

IV. Particular Issues

With the changes introduced by the Special Commission, Article 3 has become significantly more complex than it was in its earlier formulation by the Working Group. This makes a closer look at individual requirements of the rule appropriate.

1. 'Rules of law'

What is actually meant by “rules of law”? Obviously, law does not mean state law here, as a positivistic understanding would have it.⁶⁵ Rules of law are, presumably, legal norms formulated by so-called “formulating agencies”,⁶⁶ be those intergovernmental (like UNIDROIT or UNCITRAL) or academic (like the Lando group that formulated the PECL) or representative of certain industries (like the International Chamber of Commerce).

Although “rules of law” is meant to designate non-state law, not all non-state law can qualify as “rules of law”. Mere principles of law are not rules. (UPICC and PECL however, although they carry the title of Principles, actually consist of rules.) *Lex mercatoria* for example, as an amalgam of rules and principles and maxims, does not qualify. However, it seems appropriate

that a choice of *lex mercatoria* can often be reinterpreted as a choice of the UPICC according to their Preamble.⁶⁷

Another type of law that creates problems are most religious or customary laws, because they do not come in the form of rules.⁶⁸ Western courts have indeed expressed discomfort with a duty to interpret religious law like Islamic law, the content of which is often unclear.⁶⁹ At the same time, it would be quite unfortunate if religious law could not be chosen, especially given that this may be the only kind of non-state law that could actually matter before state courts. Religious actors choose religious law not infrequently for their business transactions;⁷⁰ for them, access to courts might be attractive if they could maintain the choice of religious law. In this regard, a broad interpretation of the term appears advisable.

2. 'Set of rules'

In addition, Article 3 requires that the rules of law come as a “set of rules.” This has been explained as requiring that they are “fairly complete and comprehensive”.⁷¹ What does that mean? Is the CISG fairly complete and comprehensive? It covers only sales law, and even here it has gaps.

Are the UPICC fairly complete and comprehensive?⁷² They have gaps, too. Even more problematic are rules like the Hague-Visby Rules, which cover only certain sub-themes of contract law. The Draft Commentary asks that sets of rules “allow for the resolution of common contract problems in the international context”.⁷³ But are not uncommon contract problems at least as important? Should a chosen law not resolve, potentially at least, all problems?

Notably, a similar restriction does not exist in arbitration, where the “rules of law” to be chosen can, in theory, be individual rules. The idea behind requiring a “set of rules” for the Hague Principles may have been that non-state law should be chosen only where it bears some similarity to state law (which is comprehensive), and that parties should not be allowed to pick and choose individual rules. But both concerns appear unwarranted. The idea behind sectorial codifications is not to achieve comprehensiveness beyond the respective sector, and not even necessarily within it. Such non-state laws will always govern in combination with another law (frequently the law of a state, designated through a choice-of-law rule). But that is not at all unusual in contract law. Notably,

parties can even choose different laws for different parts of their contract in a process called *dépeçage*; the Hague Principles, which allow for this in their Article 2(2),⁷⁴ only adopt a possibility that is already widely available. A clever use of *dépeçage* already allows parties to pick and choose individual rules from different legal systems. Restricting choice of non-state law to “sets of rules” thus seems, in the face of Article 2(2), not to be a significant restriction.

3. “Neutral and balanced”

More important is another restriction: chosen sets of rules of law must be “neutral and balanced”. A similar criterion had been discussed for the Rome I Regulation. But what does this mean? Does it mean a substantive standard? The Draft Commentary suggests as much: the designated rules “should not advantage one party’s interests over the other”.⁷⁵ That would be more than awkward: according to what standard should an adjudicator make this assessment? For example, the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) has been criticized by some as being either too seller-friendly or too buyer-friendly, and thus not balanced.⁷⁶ For its legal treatment under existing

law, this matters little: as an international law Convention, the CISG applies automatically within its scope unless the parties explicitly exclude it. A perceived lack of balance matters only in practice insofar as it may bring parties to opt out of the CISG. If, however, balance becomes a criterion for electability, one can expect contestations. Even the UPICC, perhaps the clearest example of a non-state text that the drafters have in mind, are not obviously balanced; they share this with the CISG.

More fundamentally, it is not clear at all why the parties, whose autonomy is otherwise emphasized, must be restricted to the choice of a balanced law at all. For the substantive terms of contracts, no such restriction exists; what we find instead, typically, is a far less demanding requirement of “good faith and fair dealing.” (e.g. art. 1.7 UPICC). When parties choose the law of a state, that state law need not be neutral and balanced either, up to the limits of internationally mandatory rules and *ordre public*. It would be understandable to demand that non-state law, to be chosen, be as balanced as state law; it is not clear at all why higher requirements make any sense.

All of this suggests that the “neutral and balanced” requirement must be understood in a formal, not a substantive way. That means: non-state law can be chosen only when it has been formulated by an agency that is, with regard to the parties, neutral.⁷⁷ Even this restriction finds no similarity in the choice of state law, where parties can and frequently do choose one party’s home law. And it is hard to operationalize. The Draft Commentary requires that the body “represents diverse legal, political and economic perspectives”.⁷⁸ This confuses diversity with neutrality. Does the ICC represent diverse perspectives? (Or, more practically –will there not be dispute over whether anybody really fulfils this requirement?).

Even more strangely, the Special Commission asks that the body of laws should “not (be) imposed by market power”.⁷⁹ But is not every contract term, including every chosen law, a function of market power (or, more precisely: bargaining power)? Are not the drafters of non-state law also competitors in the market for laws, and are not their products more or less successful as a function of their market power? (UNIDROIT has greater power than the Académie des

Privatistes Européens, to name just one example.) This criterion appears unworkable.

A more appropriate criterion of neutrality would be to ask that an agency could claim to represent either all parties (like the ICC with regard to commercial actors) or none (like UNIDROIT). This leads to a relative concept of neutrality: Islamic law becomes neutral and balanced as between Muslims⁸⁰ but loses that character as between a Muslim and a non-Muslim.

4. “Generally accepted”

Another requirement is included, again one known from the European discussions: the chosen law must be “generally accepted”. This is a vague standard. Whose recognition matters for this? And how much recognition is required? The criterion is met most easily by laws that are already binding, like the CISG,⁸¹ which have been accepted by the treaty partners and by numerous courts, even though even the CISG is not “generally accepted” in one sense: parties still regularly opt out of its use. Beyond the CISG, the UPICC are usually named as the most obvious candidate.⁸² But in what way are they “generally accepted”? They are certainly not accepted by courts,

which never apply them, except by comparative reference. We find more acceptance among arbitrators, but acceptance only by one type of adjudication can certainly not be “general”.

More importantly, again, it is not at all clear what general acceptance should actually accomplish. Why is acceptance by the parties not enough, coupled with a supervisory control by the adjudicator? The problem is one of chicken and egg: as long as non-state law cannot be chosen it cannot be generally accepted, and as long as it is not generally accepted it cannot, under the new standard, be chosen. This may not be a problem for the UPICC, given the extensive debate that has occurred, but it is a problem for other, newer texts.

5. “International, supranational or regional level”

Even stranger is the requirement that general acceptance must occur on an international, supranational or regional level. Maybe, the Hague Conference had in mind that international contracts require a law that somehow transcends locality. But ordinary party autonomy regularly goes to state laws that are, by definition, not accepted on a general or regional level. Why must non-state law then be transnational?

Why should parties be allowed to choose the UPICC but not one of their models, the Uniform Commercial Code (UCC)? What does supranational or regional acceptance guarantee that is not already inherent in general acceptance? The Code of European Contract Law by the *Académie des Privatistes Européens*⁸³ was drafted closely on a project for an English Code, the so-called McGregor Code⁸⁴ –does it make sense to draw a distinction between them? Perhaps, the requirement should be read to simply mean wide acceptance—which could then include also local law as long as such law is widely recognized, like the UCC.

6. Filling gaps

So far, these have all been interpretative problem. A more fundamental problem arises from the fact that all non-state sets of rules, other than state laws, are incomplete—they cover certain areas of the law, but not all. The CISG, for example, deals only with sale of goods contracts. The UPICC deal only with contract law and do not even extend to every aspect of it. Choice of non-state law is thus, almost necessarily, incomplete.

What follows? The draft commentary suggests, pragmatically, that parties

should choose an additional law to fill the ensuing gaps.⁸⁵ This is of course possible, although it seems to reduce, significantly, the value of choosing non-state law. But it points to a more fundamental problem with the choice of non-state law: such choice is always, literally, choice of “rules of law”, not of a governing “law”. This may make sense in international arbitration, where the decision-making process, aimed at justice in the individual case, is often based on individual rules, and where mandatory rules can still often be entirely avoided. Before state courts it appears fairly unattractive. State courts already refer to individual rules of the UPICC frequently, though for comparative purposes rather than as actually applicable law.⁸⁶ It is not clear why the choice of a non-state law like the UPICC should be attractive if it requires the choice or determination of another contract law.

V. Evaluation

1. The Rule

All in all, Article 3 appears as a rather problematic provision in what should otherwise be a rather uncontroversial legal document. A provision allowing for the choice of non-state law is a bold novelty. Whether such a provision

is a good idea is another matter. Given the relatively low interest that parties have shown, so far, in the choice of non-state law (with the exception of religious law), it is not clear that it was worth including such a provision. Other than for the Rome II Regulation (which had to address, at the time, the potential of an optional contract code), there seems to have been no real need for such a provision. This is so especially for a rule that allows for the choice only of “rules of law” and thereby excludes, in all likelihood, those areas of non-state law that would potentially be most relevant, especially Jewish and Islamic law.

Still, a provision like the one originally proposed by the Working Group, that laid out no additional requirements for what could be chosen as rules of law would at least have made analytical sense. But the additional requirements, added at the request of the Special Commission, have made a problematic rule far worse. They may have been aimed at achieving more certainty, but, in the apt words of one (not so subtle) early commentator, “almost every word drips with uncertainty.”⁸⁷ They surpass what is required from state law (which need not be neutral and balanced) and thus reinforce, albeit in an ad hoc way, what was to be

overcome—the arbitrary distinction between state and non-state law. Their introduction means that Article 3 is now too narrow for international arbitration (which mostly does not have similar requirements). At the same time it is likely too broad and also too imprecise for courts (which so far do not allow for the choice of non-state law at all). All in all, the requirements express an understandable uneasiness with the choice of non-state law. But instead of either opposing the choice of non-state law altogether, or suppressing the concerns and trusting adjudicators to find appropriate criteria, the Special Commission found a compromise that cannot satisfy either side of the discussion.

The Hague Conference, by including Article 3 in the Hague Principles, takes a gamble. The hope is that the authority of the Hague Conference can finally bring about what earlier attempts failed at—to bring state courts to allow parties to choose non-state law. However, the gamble is not without risk. The novelty of the provision may well mean that Article 3 garners disproportionate attention in discussions, at the expense of the other provisions, which might well yield general assent (experience with the UPICC where the Preamble has

been discussed more than all other provisions combined, might suggest as much). Moreover, Article 3 might well cause lawmakers to trust the entire Hague Principles less; they might consider them more uncontroversial than they otherwise are.

2. The arguments

With Article 3, then, the Working Group added a provision that is deeply problematic for the law and creates a great risk for the acceptance of the Hague Principles, while at the same time not responding to an actual practical need. This makes it worthwhile to look at the arguments brought forward.

One argument for the new rule can be found in a certain ideological commitment. The Principles, following the explicit mandate from the Council on General Affairs and Policy⁸⁸ formulate the maximization of party autonomy as an explicit goal. And indeed, allowing the choice of non-state law obviously extends party autonomy. But it is not clear why the task of a legal text on party autonomy should be to promote party autonomy.⁸⁹ Robert Wai has pointed out, quite elegantly, that the task of private international law is not to promote enforcement

of the will of the parties, but instead to lay down both the scope and the limits of such enforcement.⁹⁰ One may well think that the balance needs to be struck in a different way, but that a balance is necessary seems to be out of question, and thus the mere finding that allowing choice of non-state law enhances party autonomy is simply not enough.

A second argument concerns the alleged similarity between state law and non-state law. Much has been made of this alleged similarity in scholarly discussions.⁹¹ Expanding the notion of law to non-state law is fashionable; it is often called the more “modern” position,⁹² which alone seems to make it superior. Frequently, scholars point out that at least some non-state laws have great parallels with state law. Both arguments are debatable. But even regardless of these theoretical arguments, it should be quite obvious that non-state law and state law are not similar from a practical position. Members of the Hague group suggest that the process of choosing non-state law would not be very different from the widely accepted process of choosing state law.⁹³ But there exists an obvious difference. The term “rules of law” is sometimes viewed as mere code for non-state law, but the term

makes sense quite literally: rules of law, like the UPICC, are different from systems of law, like state law. Where state law is chosen, the result is a relatively comprehensive set of rules and principles and a relatively high degree of internal consistency (created by highest courts). Where rules of law are chosen, the result is, necessarily, an incomplete body of law. Practically, the choice of rules of law always makes it necessary to apply other rules, too. It may be possible to devise ways for how to do this. But the universal need to do so represents a fundamental difference to state law that is hard to overlook.

This argument does not seem crucial in arbitration, and therefore a third argument brought forward in favor of Article 3 lies in the equation of courts and arbitrators. It is suggested that “in most legal systems arbitration now carries the same legitimacy and effectiveness as the judicial dispute resolution system”.⁹⁴ This is a bold statement,⁹⁵ but legitimacy is not the most pressing issue. Even if it is true that courts and arbitrators are similarly legitimate, it by no means follows that courts and arbitrators should use the same rules. Notably, the use of ‘rules of law’ in arbitration is, comparatively, less dramatic than before courts.⁹⁶ Even where the arbitrator is required

to apply the law, and cannot determine relevant issues on the sole strength of the contract terms, the legal argument on which arbitrators and counsel rely is often quite different from what one sees in state courts: counsel and arbitrators frequently argue on the basis of individual rules, sometimes drawn from different legal systems, and from uniform rules such as UPI-ICC, which strictly speaking may not be applicable at all, but can be key to bolstering a legal argument based on the applicable law, or, to the contrary, to persuading the arbitral tribunal that the opponent’s argument based on the applicable law leads to a result that is incompatible with other laws or instruments. The force of such indirect legal arguments is naturally greater before an international arbitral tribunal than in a court of law. In many cases, one or more arbitrators will not be qualified in the applicable law. If the solution found in the applicable law does not meet the expectations of said arbitrators they will be inclined to find a solution they find more appropriate, interpreting the law in a manner that may be driven more by pragmatism than by doctrinal rigor.

Finally, the expanded role for non-state law has been justified, somewhat ironically, with an interest in strengthening

state courts and their role in international commercial litigation.⁹⁷ The hope is that state courts become more attractive vis-à-vis arbitration if they allow, as does arbitration, the choice of non-state law. Indeed, there would be many advantages to a situation in which state courts played a greater role, both in terms of development of commercial law through precedent, and in terms of legitimacy of adjudication. At present, state courts seem all too willing to defer commercial law to arbitration; a real competition does not seem to take place.⁹⁸ It seems doubtful whether parties will flock to state courts if they can choose non-state law. Moreover, it seems questionable whether state courts should really become more like arbitrators in order to compete better.

3. The process

Argumentative positions are one thing; attention to needs and practice is another. This signifies the most puzzling element about the Hague Principles. From all one can see, the decision to allow for the choice of non-state law was taken not in response to requests from outside, but on the basis of the assessment by members of the Working Group on what would, in their view be the best law. Such a process

of lawmaking, be it in soft law or in hard law, is always problematic, simply because the drafters' convictions are not tested. It is a danger already in negotiations for treaties, because negotiators are often more willing than their constituents to move the law forward. The danger is enhanced where law is made in a soft law process, with no check on the negotiators from their governments at all. As a consequence, drafters end up with what is in effect a subjective view on how the law should be, but formulated and promulgated in the form of law.

Strikingly, Article 3 was not drafted in ignorance of existing laws or legal practice. The drafters were by no means unaware of the fact that state courts do not allow for the choice of non-state law, and parties very rarely show an interest in the choice of non-state law even in arbitration. Instead of concluding that allowing such a choice would be unnecessary, the Working Group came to the exact opposite conclusion: if parties and states do not yet opt for such choice, they must be educated to do so. For example, one member of the Drafting Group explicitly suggests that the only plausible reasons why the Inter-American Convention has not been adopted by more countries are lack of information and inherent

conservatism.⁹⁹ He expresses the hope that the new Hague Principles can overcome both of these, without explaining why or how¹⁰⁰. Similarly, another member of the Drafting Group hopes that the Hague Principles can overcome the uncertainty which she believes alone keeps practitioners from selecting the UPICC and can therefore 'provide the impetus needed for the successful deployment of the UPICC'.¹⁰¹ Elsewhere, she and another member are even more explicit. They believe the reason non-state law is not chosen is that parties avoid the risk of uncertainty about its content, and without allowing for the choice before state courts, no system of precedent will build that can enhance certainty.¹⁰² But what they call a vicious cycle is not broken by making non-state law available (as experience with the CISG shows) but only by providing incentives to choose it. All in all, the lack of interest by states and parties is explained away as the consequence of ignorance and conservatism. Whether parties or states will want to be educated by legal codes appears rather doubtful.

VI. Conclusion

Debates on whether non-state law can be chosen frequently focus on matters of legal theory (the definition of "law"), autonomy (the extent to which

parties should be able to determine their respective rights and obligations) and legitimacy (whether law made by a Working Group can be as legitimate as law that has gone through a democratic process). In this article, I have deliberately refrained from joining the discussion with arguments on these issues. Instead I have tried to show that allowing the choice of non-state law responds to few existing needs, while necessarily running into a number of practical problems.

It is not certain that Article 3 will fail for these reasons. Perhaps, official reaction will be more positive than it has been with regard to earlier attempts to allow the choice of non-state law. The Principles have little to teach for systems that already accept party autonomy, and systems that have refused to allow for the choice of non-state law like EU law are unlikely to change in view of a new attempt to integrate them.¹⁰³ Arbitrators are unlikely to find the restrictive criteria in article 3 attractive. However, Latin American countries may view the Hague Principles as a model for the introduction of party autonomy.¹⁰⁴ They would then move immediately from a situation in which party choice is barred altogether to one in which it can cover even to non-state law. If indeed that is the

modern solution, then those countries now have their chance to be really modern.

But such success does not seem likely. Article 3 responds to a need that is not really there. Procedurally, it was drafted from an academic perspective of education: because there is not yet interest in allowing the choice of non-state law, such interest must be created. Substantively, the rule does this in a manner that is, due to interference by the Special Commission, half-hearted, internally incoherent and hard to manage. All of these are reasons that not only make article 3 unattractive; they also make it more than likely that Article 3 will have little impact. The Hague Principles will likely expand the list of projects attempting, and failing, to push the choice of non-state law forward. Those who wait for a revolution in choice of law for contracts must, in all likelihood, wait longer.

Should one deplore this? Would the world be a better place if parties could choose non-state law before state courts? Would it be good for courts in their competition with arbitrators? I doubt this, but here I voice no strong opinion either way. Ultimately, it seems that whether non-state law can or cannot be chosen will have fairly little impact on transnational contracts. What matters is that parties can choose a state law as a comprehensive framework to give their transaction predictability. What matters also is the scope of mandatory rules that limit such freedom. All of these are issues that the Hague Principles take up in other provisions. Non-state law has a significant role to play in this context – usages influence contract interpretation, transnational notions of law may provide a transnational background law. Whether non-state law can be chosen as applicable law or not is, however, in comparison quite irrelevant.¹⁰⁵

* Arthur Larson Professor of Law, Duke University. Thanks for invaluable advice to Mary Keyes, Yuko Nishitani, Geneviève Saumier and Matthias Scherer. Views and errors are mine. This article was first published in K. Purnhagen/P. Rott (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation* (2014) 43-69. It has not been updated to take account of new developments.

¹ For the text, preparatory materials, and a bibliography, see http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=49.

² For this formulation, see *Draft Commentary on the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, March 2014, p. 13, available at www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06_en.pdf. The text, together with the Draft Commentary, will be proposed to the Council on General Affairs and Policy in April 2014. The previous version of Article 3 had a slightly different wording: “In these Principles, a reference to law includes rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise”.

³ L. Gama / G. Saumier, “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, in: D.P. Fernández Arroyo / J.J. Obando Peralta (eds.), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 41, 44; J.L. Neels / E.A. Fredericks, “Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *De Jure*, vol. 44, 2011, pp. 101, 109.

⁴ In practice, even if parties choose a law, the law that would have applied without the choice still plays an important role. See R. Michaels, ‘Die Struktur der kollisionsrechtlichen Durchsetzung einfach zwingender Normen’, *Liber Amicorum Klaus Schurig*, Munich, Sellier, 2012, p. 191.

⁵ See F. Dasser, ‘Mouse or Monster? Some Facts and Figures on the *lex mercatoria*’, in: R. Zimmermann (ed.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Recht*, Tübingen, Mohr, p. 129.

⁶ R. Michaels, “Preamble P”, in: S. Vogenauer / J. Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 21 and pp. 49-63. The only state that allows for the choice of non-state law that I am aware of is Oregon; see *ibid* at n° 58. On the Inter-American Convention, see *infra* section 3.2.3

⁷ Swiss Federal Court, DFT 20 December 2005, 132/2005 III 285, [2006] *Archiv für Juristische Praxis*, p. 615, also available at <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=1124&do=case>.

⁸ Tribunale di Padova, Sezione di Este, 11/01/2005, available at <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=1004&do=case>; for discussion, see M. Luby / S. Poillot-Peruzzetto, “Chronique: Droit international et européen”, *Juriclassneur Périodique (La semaine juridique)*, 2006, p. 157.

⁹ Tribunale di Padova (note 8). On the UNIDROIT Principles, see *infra* section 3.2.2.

¹⁰ See the extensive analysis in Y. Nishitani, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, Winter, 2000.

¹¹ See M. Albornoz, “Choice of law in international contracts in Latin American legal systems”, *Journal of Private International Law*, vol. 6, 2010, p. 23; M.S. Rodríguez, “El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”, *Revista Científica de UCES*, vol 15, 2011, p. 15 and p. 112.

¹² L. Gannagé, “Le contrat sans loi en droit international privé”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3, 2007, available at: <http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf>.

¹³ See N. Jansen / R. Michaels, “Private Law and the State. Comparative Perceptions, Historical Observations, and Basic Problems”, in: N. Jansen / R. Michaels (eds.), *Beyond the State? Rethinking Private Law*, Tübingen, Mohr, 2009, p. 15; also *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 11, n° 3, 2007, p. 345.

¹⁴ *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration* (2012) 121; for discussion, see L. Gama / G. Saumier (note 3), p. 46 and ff.

¹⁵ L. Gama / G. Saumier (note 3), p. 46.

¹⁶ See G. Saumier, “Designating the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution” *Unif. L. Rev.*, vol. 17, 2012, pp. 533, 539.

¹⁷ It is sometimes claimed that state courts recognize *lex mercatoria* when they enforce arbitral awards that have been rendered on the basis of *lex mercatoria*. But this proves little, given that arbitral awards are regularly enforced without revision of the applicable law.

¹⁸ See R. Michaels, “The Re-statement of non-state law: the State, choice of law, and the challenge from global legal pluralism”, *Wayne Law Review*, vol. 51, 2005, pp. 1209, 1244 ss.

¹⁹ For a similar argument as regards religious law, see “*Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*” [2004] EWCA Civ 19, n° 51-52; see A. Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 386-387.

²⁰ M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3^o ed., 2005, esp. pp. 9 ss.

²¹ Article 1:101 - Application of the Principles: (2) These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them.

²² A comprehensive bibliography would be impossible. For a great number of publications, see the bibliography for the Preamble of the UPICC at www.unilex.info, and the bibliography in S. Vogenauer / J. Kleinheisterkamp (note 6), p. 1201, 2^o ed., *forthcoming*.

²³ See E. Clive, “The Lasting Influence of the Lando Principles”, *Liber Amicorum Ole Lando*, Copenhagen, DJØF, 2012, pp. 69, 71. For a (critical) perspective on the trajectory from PECL to European Sales Law, see H. Eidenmüller *et. al.*, “The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law”, *Edinburgh Law Review*, vol. 16, 2012, p. 301.

²⁴ See R. Michaels, “Privatautonomie und Privatkodifikation – Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 62, 1998, pp. 580, 613.

²⁵ See R. Michaels (note 6), n° 88-117.

²⁶ Similarly now Articles 13(4) and 51 of the new Uruguayan Code for Private International Law. See D. Opertti Badán / C. Fresnedo de Aguirre, “The Latest Trends in Latin American Private International Law: The Uruguayan 2009 General Law on Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 2009, p. 305; “El derecho internacional en el Proyecto de Ley general de derecho internacional privado del Uruguay—Una prima aproximación”, in: J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (eds.), *Cómo*

se codifica hoy el derecho comercial internacional?, Asunción, CEDEP / Thomson Reuters / La Ley Paraguaya, 2010, pp. 385, 390-91, 410 et *passim*. According to C. Fresnedo de Aguirre, “Party Autonomy—A Blanc Cheque?”, *Uniform Law Review*, vol.17, 2012, pp. 655, 665. Article 13(4) reaches “the same conclusion” as Article 3 of the Hague Principles, which seems far-fetched, given that Article 13(4) does not deal with party choice.

²⁷ *Supra* note 11.

²⁸ F.K. Juenger, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts; Some Highlights and Comparisons”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994, pp. 381, 392; “Contract Choice of Law in the Americas”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, pp. 195, 204; G. Parra-Aranguren, “The Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law, Mexico City, 14–18 March, 1994”, in: A. Borrás *et. al.* (eds.), *E Pluribus Unum: Liber Amicorum Georges AL Droz*, The Hague *et al.*, Kluwer Law International, 1996, pp. 299, 308; J.L. Siqueiros, “Los Principios de UNIDROIT y la Convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, in: Instituto de Investigaciones Jurídicas (ed.), *Contratación internacional: Comentarios a Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 217 and p. 227; for a constitutional argument, see L. Gama, *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 434-8; for extensive discussion, see S. Schilf, *Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut*, Tübingen, Mohr, 2005, pp. 347–359; J.A. Moreno Rodríguez / M. Albornoz, “Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts”, *Journal of Private International Law*, 2011, p. 491 and pp. 502-507.

²⁹ <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-56.html>.

³⁰ COM, 2002, 654 final, pp. 23-24.

³¹ All reactions are available at http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm.

³² Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law applicable to contractual obligations (Rome I), COM (2005) 650 final (15 December 2005) 5. See Z.S. Tang, “Non-state law in party autonomy – a European perspective”, *International Journal of Private Law*, vol. 5, 2012, pp. 22, 26.

³³ See Rome I Regulation, Art. 3(1) and recital 13; Z.S. Tang (note 32), p. 27.

³⁴ See now S.A. Sánchez-Lorenzo, “Common European Sales Law and Private International Law: Some Critical Remarks”, *Journal of Private International Law*, vol. 9, 2013, p. 191; G. Dannemann, “Choice of CESL and Conflict of Laws”, in: G. Dannemann / S. Vogenauer (eds.), *The Common European Sales Law in Context—Interactions with English and German Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 21.

³⁵ See J. Basedow, “Was wird aus der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht?”, in: T. Rauscher / H.P. Mansel (eds.), *Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag*, Munich, Sellier, 2001, p. 463; M. Traest, “Development of a European Private International Law and the Hague Conference”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 5, 2003, p. 223.

³⁶ See O. Lando, “The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 57, 1993, p. 155.

³⁷ H. van Loon, ‘Feasibility study on the law applicable to contractual obligations, Preliminary Document E of December 1983’ in: *Hague Conference of Private International Law: Proceedings of the Fifteenth Session*, vol. I, 1983, p. 98.

³⁸ See M. Pertegás / L.E. Teitz, “Prospects for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements”, *A Commitment to Private International Law—Essays in Honour of Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 465.

³⁹ Permanent Bureau of the Hague Conference, *Consolidated Version of Preparatory Work Leading to the Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts* (Prel. doc. n° 1, oct 2012) n° 7; J.L. Neels / E.A. Fredericks (note 3), p. 102.

⁴⁰ H. Kronke, “Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: Rules at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws”, *Unif. L. Rev.*, vol. 9, 2004, p. 467.

⁴¹ They are not the only such project. For another project, see S. Bazinas, “Towards Global Harmonization of Conflict-of-Laws Rules in the Area of Secured Financing: The Conflict-of-Laws Recommendations of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions”, *Essays in Honour of Hans van Loon* (note 38), p. 1.

⁴² Conclusions and recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (31/032009 – 02/04/2009), and in particular “Choice of law in international contracts”, p. 1.

⁴³ For this function of the UPICC (and its limitations), see R. Michaels (note 6), n° 3-4.

⁴⁴ Permanent Bureau of the Hague Conference (note 39), n° 8.

⁴⁵ Cf. L. Gama / G. Saumier (note 3), pp. 53-54.

⁴⁶ *Feasibility study on the choice of law in international contracts. Report on work carried out and conclusions (follow-up note)* (Prel. doc. n° 5, 02/2008), available at http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd05e2008.pdf.

⁴⁷ *Ibid* n° 28: “The instrument might also need to clarify whether it is permissible for parties to choose not only national laws but also transnational or a-national rules or principles to govern the dispute. This has for long played an important role in arbitration but is also of growing importance in court proceedings”. See also n° 31 (applicability of a-national law in the absence of party choice in arbitration).

⁴⁸ Questionnaire addressed to member states to examine the practical need for the development of an instrument concerning choice of law in international contracts, available at http://www.hcch.net/upload/quest_jan2007members.pdf; Questionnaire addressed to stakeholders in the field of international commercial arbitration to examine the practical need for the development of an instrument concerning choice of law in international contracts, available at http://www.hcch.net/upload/quest_jan2007stake.pdf.

⁴⁹ *Feasibility study on the choice of law in international contracts. Report on work carried out and suggested work programme for the development of a future instrument*, (Prel. doc. n° 7, 03/2009), available at <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2009pd07e.pdf> n° 41.

⁵⁰ Cf. L. Gama / G. Saumier (note 3), p. 49.

⁵¹ L. Gama (note 28).

⁵² L. Gama / G. Saumier (note 3), p. 44.

⁵³ L. Gama / G. Saumier (note 3), see especially p. 44; G. Saumier (note 16), pp. 540 ss. (see especially p. 541 and note 32).

⁵⁴ L. Gama / G. Saumier (note 3) p. 45.

⁵⁵ L. Gama / G. Saumier (note 3), p. 50.

⁵⁶ L. Gama / G. Saumier (note 3), pp. 50-52. I discuss these arguments in section V.B.

⁵⁷ See L. Gama / G. Saumier (note 3), pp. 64-65.

⁵⁸ Available at http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt_nov2010e.pdf, 1 (Preamble), 2 (Formulation of the principle of party autonomy in general).

⁵⁹ *Ibid*.

⁶⁰ Available at http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt_june2011e.pdf, p. 3.

⁶¹ S. Symeonides, “The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 61, 2013, pp. 873, 892.

⁶² S. Symeonides (note 61), p. 893.

⁶³ S. Symeonides (note 61), p. 894 finds the caveat useful in that it signals to courts that nothing changes even if their states acquiesce to the compromise. This seems a rather theoretical risk.

⁶⁴ Available at http://www.hcch.net/upload/wop/princ_com.pdf.

⁶⁵ S. Symeonides (note 61), p. 892 suggests that *real* rules of law must be state law. Debates on legal pluralism suggest that such a state-based concept of law is not necessary. See R. Michaels, “Was ist Recht jenseits des Staates? Eine Einführung” in: G.P. Calliess (ed.), *Transnationales Recht—Stand und Perspektiven*, Tübingen, Mohr, 2014.

⁶⁶ On the idea of formulating agencies, see K.P. Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, The Hague *et. al.*, Kluwer Law International, 2010, pp. 88 ss.; see also R. Michaels, ‘Rollen und Rollenverständnis im transnationalen Privatrecht’ in: B. Fassbender *et. al.*, *Paradigmen im internationalen Recht—Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 45, p. 175, pp. 208-10.

⁶⁷ R. Michaels (note 6), n° 67.

⁶⁸ For inclusion of such rules under Article 3, see J.L. Neels / E.A. Fredericks (note 3), p. 109, note 51.

⁶⁹ See references in n° 19.

⁷⁰ See eg “*Soleimany v Soleimany*” [1998] EWCA Civ 285; “*Halpern v Halpern*” [2007] EWCA Civ 291; “*Musawi v RE International (UK) Ltd*” [2007] EWHC 2981 (Ch)

⁷¹ S. Symeonides (note 61), p. 894.

⁷² G. Saumier (note 16), pp. 545-546.

⁷³ Draft commentary, n° 3.10.

⁷⁴ Art. 2(2) reads: The parties may choose (i) the law applicable to the whole contract or to only part of it and (ii) different laws for different parts of the contract.

⁷⁵ Draft commentary 3.12 in its newest version no longer contains this quote.

⁷⁶ See the brief discussion in I. Schwenzer / P. Hachem, “The CISG—successes and pitfalls”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, p. 457 and pp. 474-475. Their conclusion that both arguments neutralize each other appears to be wishful thinking.

⁷⁷ See Draft Commentary, n° 3.111, 3.12.

⁷⁸ Draft Commentary, n° 3.10.

⁷⁹ *Choice of law in international contracts: Draft Hague Principles and future planning* (Prel. doc n° 6, 02/2013), annex I (p. IV). See also draft commentary 3.12: “The assumption underlying party autonomy in commercial contracts according to which parties have relatively equal bargaining power”.

⁸⁰ A separate question is whether Islamic law itself discriminates between men and women.

⁸¹ Draft Commentary, n° 3.5.

⁸² Draft Commentary, n° 3.6.

⁸³ Académie des Privatistes Européens, *Code européen des contrats, Avant-projet, Coordinateur Giuseppe Gandolfi*, édition de poche revue et corrigée par Lucilla Gatt, Milan, Giuffrè, 2004.

⁸⁴ Published long after its first promulgation as H. McGregor, *A Contract Code: drawn up on behalf of the English law commission*, Milan, Giuffrè, 1993.

⁸⁵ Draft Commentary, n° 3.15.

⁸⁶ See R. Michaels, “Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien: Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, 2009, p. 866.

⁸⁷ A. Dickinson, “A principled approach to choice of law in contract?”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 18, 2013, pp. 151-152.

⁸⁸ See Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, “Choice of Law in International Commercial Contracts: Hague Principles?”, *Unif. L. Rev.*, vol. 15, pp. 883 and 885.

⁸⁹ See also S. Symeonides (note 61), pp. 878-879.

⁹⁰ R. Wai, “Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40, 2002, p. 209. The Hague Principles do lay down such limits in their provision on mandatory rules and public policy, Article 11. Cf. G. Saumier (note 16), p. 543.

⁹¹ See, e.g. M. Lehmann, “Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, p. 381 and p. 426 (“there is simply no reason why one should allow the parties to use the contract rules of Burma and not the rules of a business organization like the International Chamber of Commerce”).

⁹² E.g. L. Gama, “Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil”, *Unif. L. Rev.*, vol. 16, 2011, p. 613 and p. 638.

⁹³ L. Gama / G. Saumier (note 3), p. 51.

⁹⁴ G. Saumier (note 16), p. 542; but see S. Symeonides (note 61), p. 894.

⁹⁵ See now the contributions in: W. Mattli / T. Dietz (eds.), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

⁹⁶ What follows is a quote from an email by Matthias Scherer; I am much obliged for his expert advice. See also G. Kaufmann-Kohler, “The Transnationalization of national contract law by the international Arbitrator”, *Mélanges en l’honneur du Professor Jean-Michel Jaquet*, 2013, p. 107.

⁹⁷ L. Gama / G. Saumier (note 3), pp. 52-53.

⁹⁸ See R. Michaels, “Roles and Role Perceptions of International Arbitrators”, in: W. Mattli / T. Dietz (note 95), sub 2. c.

⁹⁹ J.A. Moreno Rodríguez, “Contracts and non-state law in Latin America”, *Unif. L. Rev.*, vol. 16, 2011, pp. 877, 881-2, 888.

¹⁰⁰ José Antonio Moreno Rodríguez, the Paraguayan member of the Working Group and sometime member of the subgroup dealing with article 3, has drafted a legislative proposal for choice of law legislation in Paraguay that has been put forward, in May 2013, by a senator; see the document available at http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_legisl_py.pdf. Its article 5 is modeled after art. 3 of the Hague Principles.

¹⁰¹ G. Saumier (note 16), p. 535.

¹⁰² L. Gama / G. Saumier (note 3), pp. 64-65.

¹⁰³ See also O. Lando, “The Draft Hague Principles on the Choice of Law in international contracts and Rome I”, *A Commitment to Private International Law—Essays in Honour of Hans Van Loon*, 2013, p. 299.

¹⁰⁴ On the Paraguayan legislative initiative, see note 100. See also, more generally, J.A. Moreno Rodríguez, “Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro?”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 15, 2010, p. 125.

¹⁰⁵ For a more positive assessment from an outside observer, see L. Radicati di Brozolo, “Non-national rules and conflicts of laws: Reflections in light of the UNIDROIT and Hague Principles” *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 48, 2012, p. 841. See also B. Fauvarque-Cosson / P. Deumier, “Un nouvel instrument du droit souple international: Le projet de Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux”, *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 189, 2013, p. 2185.

VII. Bibliography

- Académie des Privatistes Européens, *Code européen des contrats, Avant-projet, Coordonateur Giuseppe Gandolfi, Livre premier, Edition de poche revue et corrigée par Lucilla Gatt, Professeur à l'Université de Naples 2*, Milan, Giuffrè, 2004.
- Albornoz, M.M., “Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems”, *Journal of Private International Law*, vol. 6, 2010.
- Basedow, J., “Was wird aus der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht?”, in: T. Rauscher / H.P. Mansel (eds.), *Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag*, Munich, Sellier, 2001.
- Bazinas, S., “Towards Global Harmonization of Conflict-of-Laws Rules in the Area of Secured Financing: The Conflict-of-Laws Recommendations of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions” in: Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (ed.), *A Commitment to Private International Law—Essays in Honour of Hans van Loon*, Cambridge et al, Intersentia, 2013.
- Berger, K.P., *The creeping codification of the new lex mercatoria*, The Hague, Kluwer Law International, 2010.
- Bonell, M.J., *An International restatement of contract law: The UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, 3 ed., 2005.
- Briggs, A., *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Clive, E., “The Lasting Influence of the Lando Principles”, in: M.J. Bonell, et al. (eds.), *Liber Amicorum Ole Lando*, Copenhagen, DJØF, 2012.
- Dannemann, G., “Choice of CESL and Conflict of Laws”, in: G. Dannemann / S. Vogenauer (eds.), *The Common European Sales Law in Context—Interactions with English and German Law*, Oxford, Oxford University Press 2013.
- Dasser, F., “Mouse or monster? Some facts and figures on the *lex mercatoria*”, in: R. Zimmermann (ed.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Tübingen, Mohr.
- Dickinson, A., “A principled approach to choice of law in contract?”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 18, 2013.
- Eidenmüller, H. et al., “The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law”, *Edinburgh Law Review*, vol. 16, 2012.

- Fauvarque-Cosson, B. / Deumier, P., “Un nouvel instrument du droit souple international: Le “projet de Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux”, *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 189, 2013.
- Fresnedo de Aguirre, C., “Party Autonomy—A Blanc Cheque?”, *Uniform Law Review*, 2012.
- Gama, L., “Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil”, *Uniform Law Review*, vol. 16, 2011.
- Gama, L., *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- Gannagé, L., “Le contrat sans loi en droit international privé”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11, n°3, 2007, disponible en : <http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf>
- Jansen, N. / Michaels, R., “Private Law and the State. Comparative perceptions, historical observations, and basic problems”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 71, 2007.
- Jansen, N. / Michaels, R., ‘Private Law and the State. Comparative perceptions, historical observations, and basic problems’, in: N. Jansen / R. Michaels (eds), *Beyond the State? Rethinking Private Law*, Tübingen, Mohr, 2009.
- Juenger, F.K., “Contract Choice of Law in the Americas”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997.
- Juenger, F.K., “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts; Some Highlights and Comparisons”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994.
- Kronke, H., “Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: “Rules” at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws” *Uniform Law Review*, vol. 9, 2004.
- Lando, O., “The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 57, 1993.
- Lando, O., “The Draft Hague Principles on the Choice of Law in international contracts and Rome I”, in: Permanent Bureau of the *Hague Conference on Private International Law* (ed.), *A Commitment to Private International Law—Essays in Honour of Hans Van Loon*, 2013.
- Lehmann, M., “Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41.

Mattli, W. / Dietz, T. (eds.), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

McGregor, H., *A Contract Code: Drawn up on Behalf of the English Law Commission*, Milan, Giuffrè, 1993.

Michaels, R., “Die Struktur der kollisionsrechtlichen Durchsetzung einfach zwingender Normen” in: R. Michaels / D. Solomon (eds.), *Liber Amicorum Klaus Schurig*, Munich, Sellier 2012.

Michaels, R., “Preamble I”, in: S. Vogenauer / J. Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, Oxford University Press.

Michaels, R., “Privatautonomie und Privatkodifikation – Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 62, 1998.

Michaels, R., “Roles and Role Perceptions of International Arbitrators”, in: W. Mattli / T. Dietz (eds.), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Michaels, R., “Rollen und Rollenverständnis im transnationalen Privatrecht”, in: Bardo Fassbender *et al*, *Paradigmen im internationalen Recht—Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht* (Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht).

Michaels, R., “The re-state-ment of non-state law: The State, choice of law, and the challenge from global legal pluralism”, *Wayne Law Review*, vol. 51, 2005.

Michaels, R., “Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien: Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, 2009.

Michaels, R., “Was ist Recht jenseits des Staates? Eine Einführung”, in: G.-P. Calliess (ed.), *Transnationales Recht—Stand und Perspektiven*, Tübingen, Mohr, 2014.

Moreno Rodríguez, J.A., “Contracts and Non-State Law in Latin America”, *Uniform Law Review*, vol. 16, 2011.

Moreno Rodríguez, J.A., “Los contratos y La Haya: ¿Ancla al pasado o puente al futuro?”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 15, 2010.

Moreno Rodríguez, J.A. / Albornoz, M.M., “Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts”, *Journal of Private International Law*, 2011.

Neels, J.L. / Fredericks, E.A., “Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *De Jure*, vol. 44, 2011.

Nishitani, Y., *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, Winter, 2000.

Opertti Badán, D. / Fresnedo de Aguirre, C., “El derecho internacional en el Proyecto de Ley general de derecho internacional privado del Uruguay—Una prima aproximación”, in: J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (eds.), *Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, CEDEP / Thomson Reuters / La Ley Paraguaya, 2010.

Opertti Badán, D. / Fresnedo de Aguirre, C., “The Latest Trends in Latin American Private International Law: The Uruguayan 2009 General Law on Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 2009.

Parra-Aranguren, G., “The Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law, Mexico City, 14–18 March, 1994”, in: Alegría Borrás, *et. al.* (ed.), *E Pluribus Unum: Liber Amicorum Georges AL Droz*, The Hague *et al*, Kluwer Law International, 1996.

Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, “Choice of Law in International Commercial Contracts: Hague Principles?”, *Uniform Law Review*, vol. 15, 2011.

Pertegás, M. / Teitz, L.E., “Prospects for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements”, in: Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (ed.), *A Commitment to Private International Law—Essays in Honour of Hans van Loon*, Cambridge *et al*, Intersentia, 2013.

Radicati di Brozolo, L., “Non-national rules and conflicts of laws: Reflections in light of the UNIDROIT and Hague Principles”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 48, 2012.

Rodríguez, M.S., “El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”, *Revista Científica de UCES*, vol. 15, 2011.

Sánchez-Loreno, S.A., “Common European Sales Law and Private International Law: Some Critical Remarks”, *Journal of Private International Law*, vol. 9, 2013.

Saumier, G. / Gama, L. Jr., “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, in: D.P. Fernández Arroyo / J.J. Obando Peralta (eds.), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011.

Saumier, G., “Designating the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution”, *Uniform Law Review*, vol. 17, 2012.

Schilf, S., *Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut*, Tübingen, Mohr, 2005.

Schwenzer, I. / Pascal, H., “The CISG—Successes and Pitfalls”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009.

Siqueiros, J.L., “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, en: Instituto de Investigaciones Jurídicas (ed.), *Contratación internacional: Comentarios a Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

Symeonides, S., “The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 61, 2013.

Tang Z.S., “Non-state law in party autonomy – a European perspective”, *International Journal of Private Law*, vol. 5, 2012.

Traest, M., “Development of a European Private International Law and the Hague Conference” *Yearbook of Private International Law*, 2003.

van Loon, H., “Feasibility study on the law applicable to contractual obligations, Preliminary Document E of December 1983”, in: *Hague Conference of Private International Law: Proceedings of the Fifteenth Session*, vol. I, 1983.

Vogenauer, S. / Kleinheisterkamp, J., “Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)”, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Wai, R., “Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40, 2002.

Resumen

Como desafortunado legado de acontecimientos ocurridos durante el siglo XIX, la problemática de la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales se volvió caótica, caracterizada por soluciones conflictivas alrededor del mundo. Europa ha estado a la vanguardia en abordar eficazmente el problema y en intentar resolverlo - actualmente a través de una regulación que se encuentra en vigor en la Unión Europea. Las Américas han tenido menos fortuna, con el agravante de que en la región existe una fuerte división entre el derecho civil y el derecho anglosajón, lo que agrega complejidad a la materia. Este artículo expone los esfuerzos llevados a cabo en las Américas con la intención de resolver el problema y describe los desarrollos recientes que ofrecen un escenario prometedor para la región en un futuro cercano.

Abstract

As an unfortunate legacy of developments that unfolded during the nineteenth century, choice of law in international contracts has become a chaos, characterized by conflicting solutions around the world. Europe has been at the forefront in effectively addressing the problem and trying to solve it - currently through a regulation in force in the European Union. The Americas have been less fortunate, with the aggravation that in the region there is a strong civil and common law division, which adds complexity to the matter. This presentation outlines the efforts undertaken in the Americas to tackle this problem and describes recent developments that offer a promising scenario for the region in the near future.

Sumario

- I. Desarrollos en los siglos XIX y XX.
- II. Hacia soluciones universales: Los Principios de La Haya.
- III. ¿Y ahora qué en las Américas?
- IV. Conclusión*

Más allá de la Convención de México y los Principios de La Haya: ¿qué sigue para las Américas?

José A. Moreno Rodríguez**

I. Desarrollos en los siglos XIX y XX

Movimientos nacionalistas en Europa y las Américas frenaron la idea de un derecho universal alejándose del *ius commune* y la *lex mercatoria*, que se habían consolidado en tiempos medievales. A lo largo de las jurisdicciones con tradición civilista, las naciones-estados sancionaron códigos civiles y comerciales, mientras que jurisdicciones de tradición anglosajona desarrollaron su derecho autóctono en base a precedentes jurisprudenciales. Esto, a su vez, ha dado un peculiar impulso al derecho internacional privado, como una disciplina destinada a resolver el rompecabezas del “conflicto de leyes”—o conflictualismo— en tiempos en que las soluciones nacionales que buscaban abordar el problema resultaron alarmantemente contradictorias.¹ “Lugar de ejecución”, “lugar de cumplimiento” y otras fórmulas fueron, por ejemplo, propuestas para resolver temas referentes al derecho aplicable a un contrato internacional.

El jurista alemán Savigny, ha sido muy influyente a mediados del siglo XIX, con su idea de unificar estas fórmulas en un tratado internacional que vincularía a todas las naciones que lo ratificaran.² Esta propuesta condujo a la inauguración de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 1893, bajo el liderazgo del jurista holandés Asser.³ Sin embargo, como se verá más abajo, más de cien años pasarían antes de que la Conferencia de La Haya —convertida en cuerpo permanente en 1955— pasara a ocuparse del derecho aplicable en contratos internacionales.

Mientras tanto, las Américas tomaron la delantera. Uno de los Tratados de Montevideo de 1889, firmados en esa misma ciudad (el de derecho civil internacional), específicamente aborda la cuestión de elección del derecho aplicable, aunque adoptando soluciones altamente controversiales en cuanto a la ausencia de elección, y guardando silencio en relación a la autonomía de

las partes.⁴ Estos antiguos Tratados de Montevideo siguen siendo aplicables entre Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

En 1940, nuevos tratados fueron firmados en Montevideo (ratificados solo por Argentina, Paraguay y Uruguay) que reafirmaron las antiguas soluciones con respecto a la ausencia de elección del derecho aplicable y una regla general- con excepciones- de la aplicabilidad del derecho del lugar de cumplimiento. Además, estos siguientes tratados dispusieron que cada estado debería determinar por su cuenta la aceptación –o no– del principio de autonomía de las partes, una cuestión que, ante la ausencia de provisiones claras a ese efecto en legislaciones domésticas, se tornó muy controvertida en Brasil,⁵ Paraguay⁶ y Uruguay.⁷

Muchos otros estados en el continente, como Brasil, Chile y Venezuela, no han incorporado los Tratados de Montevideo. En cambio, han ratificado el llamado “Código Bustamante” de 1928, que fue adoptado como resultado de la sexta conferencia Pan- americana desarrollada en La Habana, Cuba, en 1928. Este Código, que regula varias cuestiones de derecho internacional privado, entre ellas el derecho aplicable a la contratación internacional, ofrece

una solución distinta ante la ausencia de elección del derecho aplicable, a saber, la aplicabilidad del derecho del lugar de celebración. Así también, ha levantado muchas interrogantes con relación a si consagra o no la autonomía de las partes.⁸

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

El establecimiento de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1948 generó fuertes esperanzas de que la situación fuese finalmente resuelta. Tras cuidadosas evaluaciones, la OEA decidió en contra de la idea de elaborar un código general como el de Bustamante, y, en su lugar, optó por trabajar hacia la codificación gradual de temas particulares en el ámbito de derecho internacional privado.⁹ Esta idea empezó a convertirse en una realidad en 1975 con la primera Conferencia

Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), que fue convocada para adoptar ciertos instrumentos en temas como arbitraje y otros de derecho comercial y procesal internacional. Hasta la fecha, siete CIDIPs han sido llevadas a cabo, las que han resultado en la adopción de 26 instrumentos internacionales (incluyendo convenciones, protocolos, documentos uniformes y leyes modelo).¹⁰

No fue hasta la CIDIP V, llevada a cabo en la Ciudad de México en el 1994, que se abordó la cuestión de la elección del derecho aplicable en los contratos internacionales. El instrumento resultante fue la Convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, conocida comúnmente como la “Convención de México”. Este documento claramente reconoce la autonomía de las partes (artículo 7) y, en ausencia de elección, estipula el uso de la “conexión más cercana” (artículo 8), la cual puede llevar tanto a la aplicación del derecho nacional o del derecho no estatal. (*i.e.*, principios del derecho comercial internacional, *lex mercatoria*, etc.)¹¹ En todo caso –haya o no ausencia de elección– la Convención de México dispone que el derecho no estatal debe ser tomado en consideración si la

justicia o la equidad así lo requieren, lo que está expresado en otras palabras en el instrumento.¹²

Sin embargo, la Convención de México ha sido ratificada solo por dos Estados: México y Venezuela.

El instrumento europeo comparable con relación a la elección de derecho aplicable, conocido como el Convenio de Roma de 1980,¹³ ha gozado de un destino distinto. Este documento fue adoptado por varios Estados europeos y, en 2008, fue convertido en Reglamento Comunitario 593 de 2008 (llamado “Roma I”), lo que lo hizo aplicable –inicialmente con algunas excepciones– a toda la Unión Europea. El Convenio de Roma –así como la Convención de México– resuelve la cuestión en favor de la autonomía de las partes. Lamentablemente, incluye soluciones criticadas que favorecen el lugar de la prestación característica ante la ausencia de elección¹⁴ y que descarta la aplicabilidad del derecho no-estatal.¹⁵

El Convenio de Roma se tornó relevante no solo por su adopción por el bloque europeo, sino también debido a su influencia en el proyecto de elaboración de la Convención de México en las Américas y, más recientemente, en

la preparación de un instrumento que aborda la cuestión a una escala global.

II. Hacia soluciones universales: Los Principios de La Haya

El éxito de la Convención de Roma llevó a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a emprender estudios de viabilidad a inicios de la década de 1980 sobre la posibilidad de adoptar un instrumento similar a escala global. Este emprendimiento fue descartado tras haber considerado las dificultades de obtener una ratificación masiva del instrumento propuesto, cuya falta haría del proyecto un fracaso.¹⁶ Sin embargo, la materia fue revisitada en años recientes, y los estudios de viabilidad que se llevaron a cabo entre el 2005 y 2009 indicaron que tal vez un tipo de instrumento diferente podría resultar exitoso y efectivo.¹⁷

Con este propósito, un Grupo de Trabajo fue formado en el año 2010,¹⁸ el cual avanzó en la idea de –en vez de pretender la adopción de un tratado o instrumento de *hard law*– elaborar un instrumento de *soft law*, inspirado en cuanto a la técnica de redacción, en los muy elogiados Principios UNIDROIT sobre los contratos

comerciales internacionales. Los Principios UNIDROIT desarrollan cuestiones de derecho sustantivo mientras que los Principios de La Haya –como son comúnmente referidos– se limitan a tratar cuestiones de elección de derecho aplicable, específicamente en relación a la autonomía de las partes. La cuestión de la ausencia de elección no fue abordada, debido a que ello hubiese hecho del proyecto uno demasiado ambicioso, y quizás también porque tendría poco sentido regular el tema en un instrumento de *soft law*.¹⁹ Dado que los Principios de La Haya –así como los Principios UNIDROIT– no están destinados a ser adoptados formalmente por Estados, su aplicabilidad normalmente será el resultado de haber sido seleccionados por las partes como derecho aplicable, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Sin lugar a dudas, también se prevén otras formas de aplicación de los Principios de La Haya, notablemente como un modelo para legisladores y como una herramienta de interpretación para jueces y árbitros, lo que podría justificar su futuro mejoramiento. Sin embargo, como ya fue manifestado, la versión actual de los Principios –adoptada en primer lugar por una sesión diplomática de la Comisión Especial

en el 2012²⁰ y finalmente por una resolución del Consejo en el 2014²¹– solo desarrolla cuestiones relacionadas a las partes y limitaciones a este respecto, prescriptas por el orden público.

Los Principios de La Haya fueron bien recibidos por destacados estudiosos del derecho internacional privado, pero también han sido objeto de cuestionamientos, particularmente en cuanto a su aceptación del derecho no estatal.²² A pesar de que el nuevo instrumento quizás no ha sido aún sujeto de ningún precedente jurisprudencial, ya ha influenciado de manera notoria la promulgación de legislación en el Paraguay (ley 5393 de 2015²³) así como una propuesta de reforma al derecho australiano en la materia.²⁴ El ejemplo paraguayo volverá a ser mencionado más adelante.

III. ¿Y ahora qué en las Américas?

Aunque los Principios UNIDROIT hayan influenciado a los Principios de La Haya en cuanto a su técnica de elaboración, éstos fueron sumamente influenciados en cuanto a su contenido, por las soluciones propuestas tanto en el Convenio de Roma como en la Convención de México.

Más de veinte años han pasado desde la adopción de la Convención de México y, por supuesto, los Principios de La Haya también incorporaron desarrollos subsiguientes que allanaron el camino para encontrar soluciones a ciertas cuestiones nuevas, como, por ejemplo, la separabilidad de la cláusula de elección de derecho aplicable del contrato principal. Más aún, este instrumento de *soft law* ha incorporado mejores soluciones a ciertas cuestiones que, en la elaboración del instrumento interamericano, han sido objeto de soluciones de compromiso debido a la complejidad de las negociaciones cuando se pretende la adopción de un tratado. Esta situación se dio, particularmente, con relación al derecho no estatal.

Ahora, ¿qué sigue para las Américas? ¿Insistirá la región en la ratificación de la Convención de México? ¿Debería ser modificada la Convención, tomando en consideración los nuevos desarrollos? ¿Quizás se debería preparar una ley modelo? La última pregunta ha ganado particular impulso tras la promulgación de la nueva ley paraguaya sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales.

Recientemente, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA analizó todas

estas alternativas tras haber circulado un cuestionario entre los Estados miembros de la OEA y especialistas reconocidos del derecho internacional privado. Las respuestas reflejan la percepción de que, evidentemente, los Principios de La Haya han llegado más lejos que la Convención de México y que sus disposiciones podrían servir para enmendar el documento interamericano.²⁵

Sin embargo, considerando que la Convención de México, elaborada en el año 1994, ha recibido solamente dos ratificaciones, la verdadera pregunta es si un proceso para llegar a un convenio nuevo y revisado valdría el esfuerzo. Una posible respuesta es que dicho documento revisado podría ser mejor recibido por la comunidad jurídica dentro de las Américas, y además que ello daría la oportunidad de corregir la traducción al inglés del instrumento original, la cual fue criticada por juristas angloparlantes.

Pero el proceso de negociación y aprobación de una convención es muy complicado y costoso, mientras que otros tipos de instrumentos -como las leyes modelo y guías legislativas- han demostrado ser medios efectivos para armonizar soluciones de derecho internacional privado. En última

instancia, sería mucho más efectivo para los estados latinoamericanos el adoptar leyes nacionales acorde con las prácticas respaldadas por la OEA y por la Conferencia de La Haya, aplicables a todas las transacciones internacionales, en vez de promover la adopción de tratados como la Convención de México y su eventual modificación, lo que afectaría solamente a las partes contratantes de los estados que la hayan ratificado.

Entonces, una ley modelo o una guía legislativa podrían ser una buena idea. Pero, ¿Por qué simplemente una guía “legislativa”? ¿Por qué no una guía que sirva también para jueces, árbitros, partes contratantes y académicos? En respuesta, el Comité Jurídico Interamericano ha encargado a dos de sus miembros la elaboración de una Guía sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional de la OEA.²⁶ Esta guía será luego sujeta a aprobación formal por el Comité en su totalidad.

Esta propuesta combina lo mejor de los dos mundos: En primer lugar, esta guía servirá como un instrumento educacional. Esto no es algo menor, considerando que una de las razones por la cual la Convención de México

ha encontrado una fuerte resistencia fue por la falta de información con relación a su contenido e implicaciones. Una guía podría superar este obstáculo.

En segundo lugar, la Guía será una herramienta disponible para legisladores que tendrá en cuenta desarrollos recientes consagrados en los Principios de La Haya y que también cubrirá materias no abordadas expresamente en los mismos, pero que fueron reguladas en la Convención de México, específicamente con respecto a la ausencia de elección de derecho.

En tercer lugar, la Guía puede aprovecharse del hecho de que UNIDROIT, UNCITRAL y la Conferencia de La Haya, están previendo que el documento explique la interacción entre los Principios de UNIDROIT, la Convención de Viena sobre la Compraventa y los Principios de La Haya. Referencia sobre esta interacción se puede hacer, en cambio, con respecto al documento de la OEA.

Finalmente, la Guía puede ser una poderosa herramienta interpretativa en la mano de jueces, árbitros y partes, considerando las incertidumbres alarmantes que todavía persisten en la materia de contrataciones internacionales. El

instrumento expondrá soluciones basadas en el sentido común y altamente debatidas, que se encuentran tanto en los Principios de La Haya como en la Convención de México, explicando sus complejidades.

IV. Conclusión

Se puede ver la luz al final del túnel. El nacimiento de la Convención de México generó enormes expectativas que no fueron alcanzadas por los acontecimientos que le siguieron, en particular, por el número escaso de ratificaciones, a pesar de los elogios que le han sido conferidos en círculos internacionales de académicos líderes en derecho internacional privado.

Actualmente, el fénix podría estar resurgiendo de entre sus cenizas, como fue evidenciado por dos acontecimientos recientes claves: la adopción de los Principios de La Haya y la promulgación de la nueva Ley paraguaya sobre contratos internacionales. Esta última sirve como modelo de cómo los Principios y la Convención de México pueden interactuar espléndidamente.

Impulsado por estos acontecimientos, la OEA está preparando una “Guía para las Américas sobre la ley aplicable a contratos internacionales”, lo que

puede significar que ha llegado el momento de incorporar la Convención de México a las leyes nacionales, ya sea por la ratificación estatal o por la adopción de sus soluciones en las legislaciones de derecho internacional privado de los Estados, en cuyo caso sería deseable incorporar además, los avances acogidos por los Principios de La Haya, como fue hecho en el Paraguay.

Algunos caminos llevan más allá de Roma y algunos, aún más allá de México. La Conferencia de La Haya —y en las Américas, la OEA— juegan papel clave en este llamado.

* Traducción al español a cargo de José Antonio Moreno Bendlin bajo la supervisión de Lucía Cazal, de la ponencia preparada para el encuentro “*Towards a Global Framework for International Commercial Transactions*” (Lucerna, Suiza, 9 de setiembre de 2016), organizado por la Universidad de Lucerna y la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

** LL.M, Harvard. Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos. Miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en materia de contratación internacional. Autor de la ley paraguaya de contratos internacionales. Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. Miembro del Consejo de Gobierno de UNIDROIT. Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Profesor de grado y posgrado en diversas universidades de Paraguay y el extranjero, entre ellas Heidelberg y Paris II. www.jmoreno.info

¹ De hecho, la disciplina se erige como rama independiente solo desde el siglo XIX. G. Kegel, “Chapter 3, Fundamental Approaches”, en: J.C.B. Mohr / P. Siebeck, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, Lancaster, 1986, p. 5.

² M.F.C. de Savigny, *Sistema de Derecho Romano Actual*, t. 6, 2º ed., Centro Editorial de Góngora, Madrid, p. 137.

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

⁴ Sobre las críticas, ver, por ejemplo, en: 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. Sobre el problema de la autonomía de la voluntad en los Tratados de 1889, ver en: R. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, 2º ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pp. 55-56.

⁵ N. de Araújo, *Contratos Internacionais*, 2ª ed., Río de Janeiro, Renovar, 2000, pp. 320-324.

⁶ Ver mi artículo sobre la “Autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado paraguayo”, en: *Homenaje a Tatiana Maekelt*, Asunción, CEDEP, 2010, pp. 409 y ss.

⁷ Puede verse un amplio recuento en C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991. Actualmente, existe un giro importante en este tema, analizado en perspectiva más amplia en el siguiente excelente trabajo: D. Operti Badán, “El derecho internacional privado en tiempos de globalización”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año VI, n° 6, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

⁸ Queda abierto hasta hoy el debate a este respecto, aunque no caben dudas de que en el Código Bustamante sí se admite la autonomía para designar expresa o tácitamente al juez competente para dirimir controversias, en tanto al menos uno de los litigantes tenga nacionalidad o domicilio en el país y en cuanto no exista un “derecho local contrario”. 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.

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

¹⁰ Ver en: http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_conferencias.htm (último acceso: 13/09/2016).

¹¹ Así lo entendió Juenger, delegado de los Estados Unidos en las deliberaciones conducentes a la Convención de México. F.K. Juenger, “The Lex Mercatoria and Private International Law”, *Louisiana Law Review*, vol. 60, 2000, pp. 1133-1148. La relevancia de esta opinión la resalta Siqueiros, redactor del proyecto de dicho instrumento, pues Juenger fue quien propuso la fórmula recogida en este artículo luego de un arduo debate y a modo de compromiso. 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. 223. Con respecto a una norma similar incluida en la Ley venezolana de derecho internacional privado, la Suprema Corte de Venezuela ha sentado que la fórmula de la conexión más cercana lleva a la *lex mercatoria*, que se encuentra conformada por costumbres comerciales y prácticas. “Banque Artesia Nederland, N.V. vs Corp Banca, Banco Universal CA” (exp. 2014-000257), de 2014; ver en: www.unilex.info.

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

¹³ Su denominación es “Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”.

¹⁴ Ver G.A. Bermann, “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. 350.

¹⁵ Ver críticas a esto en: M. J. Bonell, “El Reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) – Es decir, una ocasión perdida”, en: J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (eds.), *Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional*, Asunción, CEDEP / La Ley Paraguay, 2010.

¹⁶ Ver M. Pertegás / I. Radic, “Elección de la ley aplicable a los contratos del comercio internacional. ¿Principios de La Haya?”, en: J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (eds.) (nota 17), p. 341.

¹⁷ Puede accederse a los trabajos preparatorios a través del sitio www.hcch.net.

¹⁸ N.B. Cohen (Estados Unidos); The Hon. Justice Clyde Croft (Australia); S.E. Darankoum (Canada); A. Dickinson, (Australia); A.S. El Kosheri (Egipto); B. Fauvarque-Cosson (Francia); L. G.E. Souza Jr. (Brasil); F.J. Garcimartín Alférez (España); D. Girsberger (Suiza); Y. Guo (China); M.E. Koppenol-Laforce (Países Bajos); D. Martiny (Alemania); C. McLachlan (Nueva Zelanda); J.A. Moreno Rodríguez (Paraguay); J.L. Neels (Sudáfrica); Y. Nishitani (Alemania); R.F. Oppong (Reino Unido); G. Saumier (Canadá) e I. Zykin (Rusia). Como observadores se designó a los siguientes miembros: M.J. Bonell (UNIDROIT); F. Bortolotti (Cámara de Comercio Internacional); T. Lemay (UNCITRAL); F. Mazza (Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional); K. Reichert (International Bar Association) y P. Werner (International Swaps and Derivatives Association). Más adelante se sumaron al Grupo de Trabajo T. Kadner Graziano (Suiza) y S. Symeonides (Chipre), este último de dilatada trayectoria en el derecho norteamericano.

¹⁹ Esto fue discutido ampliamente en las deliberaciones del Grupo de Trabajo en La Haya, de las que fui parte.

²⁰ http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt2012e.pdf (último acceso: 13/09/2016)

²¹ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135 (13/09/2016)

²² Se ha dicho que la admisión del derecho no estatal se encontró con los resentimientos de una coalición de “hombres del ayer”. S.C. Symeonides, *Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, New York, 2014, p. 143. Algunos critican la admisión en sí del derecho no estatal en el instrumento (R. Michaels, *Non-state law in The Hague Principles on choice of law in international contracts*, 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2386186, V a y b, y VI), en tanto que otros cuestionan el cambio introducido por la sesión de la Comisión Especial en La Haya de 2012 que alteró la propuesta del Grupo de Trabajo (A. Dickinson, “A principle d’approche to choice of law in contract”, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 2, 2013, p. 152).

²³ Sobre esta ley, de mi autoría, he escrito en algunas publicaciones, y la más reciente es: J.A. MORENO RODRÍGUEZ, “The new Paraguayan Law on International Contracts: back to the past?”, en: *Eppur si muove: Theage of UniformLaw – Festschriftfor Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70th birthday*, UNIDROIT (ed.), 2016.

²⁴ Esto fue relatado por B. Marshall, en el congreso “Towards a Global Framework for International Commercial Transactions”, referido en la nota **.

²⁵ La Convención interamericana sobre derecho aplicable a contratos internacionales y el avance de sus Principios en las Américas, documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, accesible en: www.asadip.org/v2/?p=5535 (último acceso: 13/09/2016).

²⁶ Los miembros del Comité encargados del tema son Elizabeth Villalta, Gélin Imanes Collot y José A. Moreno Rodríguez. Está previsto que un primer reporte sea entregado en la sesión del Comité de octubre de 2016 en Río de Janeiro (<http://www.oas.org/en/sla/iajc/agenda.asp> - último acceso, 13/09/2016).

Parte III

Experiencias estatales latinoamericanas en materia de contratos internacionales



Resumen

El presente trabajo da cuenta de los principios que informan el régimen de los contratos en el Código de derecho internacional privado panameño, haciendo hincapié en las disposiciones atinentes a los contratos internacionales entre iguales y entre partes desiguales. Asimismo, se centra en la elección del derecho aplicable derivado de la autonomía y los límites a la misma.

Sumario

I. Introducción. 1. De la geografía e historia en la formación del derecho panameño contractual. **II. Sobre las fuentes normativas y principios que informan al régimen de los contratos en el derecho internacional privado panameño.** 1. De la instrumentalización y participación del derecho interno como fuente normativa. A) La libertad contractual y desarrollo. 2. Sobre el carácter internacional de los contratos y sus principios que lo informan en el marco de un derecho internacional privado comparado de los contratos. A) Del carácter internacional del contrato. **III. Sobre la clasificación de los contratos internacionales y su fundamento jurídico en el nuevo Código de derecho internacional privado panameño; contratos internacionales entre iguales y contratos internacionales entre desiguales.** 1. Hacia un esquema de los contratos denominados internacionales. 2. Los contratos internacionales entre iguales o simétricos en el Código de derecho internacional privado. A) Del principio del consensualismo en tanto que norma escrita. B) Del poder de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del derecho. C) El ámbito de elección del derecho aplicable derivado de la autonomía contractual. D) La libertad contractual *vis a vis*, los usos y costumbres internacionales del mercado internacional. E) Del *dépeçage* como expresión del poder de elección al derecho aplicable. F) De algunas previsiones sobre los contratos entre ausentes. G) Foro competente y concordancia con la ley aplicable. 3. Del régimen de los contratos internacionales entre desiguales o relaciones asimétricas. A) De los contratos del consumidor transfronterizos en el Código de derecho internacional privado panameño. B) Del contrato de trabajo en el plano del derecho internacional privado. C) De los contratos de subordinación estructural económica en el Código de derecho internacional privado. D) Sobre los límites a la autonomía de la voluntad contractual: orden público y fraude a la ley.

El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

Gilberto Boutin*

I. Introducción

El fenómeno de la contractualización del derecho¹ no es reciente, pero constituye un punto de encuentro y de síntesis, para el derecho internacional privado comparado, el de poder examinar la institución del contrato en su diversidad normativa² y doctrinaria³ Con ocasión del estudio y reglamentación de los contratos en el nuevo código de derecho internacional privado panameño.⁴

Tratar el tema de los contratos internacionales es intentar armonizar la técnica de los contratos con las diferentes leyes que pueden intervenir en él y establecer un equilibrio entre los derechos de las partes en un contrato esencialmente bilateral.⁵ Históricamente, el régimen jurídico internacional de los contratos, evoca forzosamente la teoría de la autonomía de la voluntad; teoría filosófica *ius* naturalista del siglo XVII, que cobra

intensidad, con la escuela de Orleans, presidida por el célebre jurista holandés, Hugo Grotius,⁶ pasando por, la generación clásica francesa de los pensadores Domat y Pothier bajo la locución latina: *solus consensus obligat*, que se desdobra en la regla jurídica, de la libertad contractual⁷ en tanto que regla legislativa codificada.⁸

Del aluvión normativo referente a las diversas formas de contratación moderna⁹ fundada en la libertad contractual, se denota dos grandes fases de tal fenómeno a distinguir: una fase primigenia de expansionismo de la libertad contractual y una segunda fase, de atemperar el poder de la libertad contractual instigada por las tendencias del neo-liberalismo económico¹⁰ que produce el resurgimiento e intervención de leyes de orden público; normas de carácter imperativo, que pretenden garantizar un mínimo de orden social inspirado en el principio de solidaridad humana.

En este sentido nuestra codificación de derecho internacional privado panameño de los contratos, tiene como desafío, el de descifrar como reglamentar una justicia contractual entre el principio de utilidad económica de los contratos y el principio de solidaridad contractual el sentido social del contrato como expresión de justicia reivindicativa de la parte más débil.

Es por las razones arriba señaladas que, nuestra exposición, tendrá por estudio en primer lugar, el análisis de las fuentes normativas que informan el sistema jurídico positivo patrio, tanto en sus fuentes nacionales como internacionales, que permitan elaborar un perfil del derecho contractual panameño, como estudio previo al régimen jurídico internacional de los contratos, y luego una segunda parte, fundada en un análisis sobre la clasificación de los contratos internacionales al amparo del código de derecho internacional privado en: contratos internacionales entre iguales, es decir, los contratos de *gré à gré* o entre agente económicos en pie de igualdad por un lado y contratos internacionales entre desiguales, es decir, los contratos de consumidores, los contratos entre una parte estructuralmente débil y los contratos de derecho del trabajo internacional, previa una introducción de carácter histórico

de cómo la geografía y la historia han influido en nuestro orden normativo siendo un país eminentemente consensualista frente al resto de las naciones latinoamericanas y países fronterizos.

1. De la geografía e historia en la formación del derecho panameño contractual

La expresión del derecho internacional privado nacional obedece su construcción en el tiempo a dos constantes: la primera, al desarrollo cultural, histórico y económico de la sociedad panameña que permite modelar o formar un determinado sistema legal o en otros términos, el derecho está concebido por un desarrollo histórico de cada país y luego la fuente primaria que es el derecho parroquial o laico que se reduce a la construcción de un derecho común.

Aunque paradójico el derecho internacional privado panameño tiene sus raíces en el Alto Medievo colonial europeo transferido al istmo de Panamá en el siglo XVII, bajo el surgimiento de las ferias de Portobelo. En dichas ferias se concentraba en el puerto del atlántico del Caribe panameño la gran riqueza extraída por el conquistador español del Potosí y del Gran Cusco para ser vendida una parte en el istmo

de Panamá y la otra continuara hacia la metrópoli europea. Es con las ferias de Portobelo que se estimula las fuentes de los usos de la plaza y la práctica comercial que constituyo el subconsciente normativo de la denominada *lex mercatoria*¹¹ en nuestro Código de Comercio.¹² La incidencia de mercaderes de todas partes del Caribe junto con la influencia subsiguiente de la migración judía dio a Panamá un lugar en el intercambio de mercadería basado en la oferta y demanda. Es a principio del siglo XIX en 1821 que mediante el grito de la Villa de Los Santos hoy Península de Azuero, que tiene lugar el grito de independencia basada en la libertad de comercio de los criollos con las colonias de origen inglés en la región. En 1860 el Código Federal del istmo de Panamá, consagra el principio de la autonomía como fuente de las obligaciones contractualmente accediendo sin ambages a la libertad contractual.

Respecto al tema que nos exige la presente comunicación, hemos pretendido orientar mediante esta brevísima introducción organizar nuestra comunicación en las fuentes y principios rectoras del código de derecho internacional privado de los contratos para luego aborda la clasificación de los contratos internacionales en dos

significativos segmentos: el primero referente a los contratos entre iguales o contratos simétricos por un lado, y luego en un segundo segmento, abordar un régimen previsto por el codificador de destacar la existencia de contratos entre desiguales es decir, de examinar los conflictos de leyes en materia de contratos de adhesión que comprende los contratos genéricos de contratos entre desiguales, los contratos del consumidor y los contratos de trabajos en el derecho internacional privado laboral. Esta su clasificación de contratos entre desiguales traduce la sensibilidad del nuevo de derecho internacional privado en el mundo contractual.

II. Sobre las fuentes normativas y principios que informan al régimen de los contratos en el derecho internacional privado panameño

Decididamente, la elaboración del Código de derecho internacional privado no es una expresión abstracta *ex nihilo*, sino producto del conjunto de mentes que concentraron su energía a su elaboración. Este cuerpo responde a un sin número de fuentes inmediatas, teleológicas e histórica que lo informa en su estructuración.

Siendo el derecho internacional privado una fuente interna desprendida del derecho civil, es impostergable realizar una mira interna hacia las fuentes interna que la informan.

1. De la instrumentalización y participación del derecho interno como fuente normativa

Este primer acercamiento se orienta a resaltar las dos grandes fuentes conflictuales de derecho interno que forman el arquetipo normativo del derecho internacional privado panameño que se descompone con la promulgación de los Códigos de derecho civil y el Código de derecho comercial que organizan las fuentes conflictuales que son parte del temperamento de nuestra ciencia del derecho internacional privado que traduce toda una concepción ultra liberal del derecho privado panameño de la época. De ahí, entonces la tarea de esquematizar la libertad contractual y su desarrollo en el istmo de Panamá desde el siglo pasado.

A) La libertad contractual y desarrollo

Solo se puede explicar un régimen contractual muy particular partiendo de la base de sus reglas materiales y conflictuales localizable dentro de nuestro sistema interno.

El reino de la autonomía de la voluntad contractual esta dado básicamente por la definición incorporada por el actual Código de 1916 en la disposición 976 del C.C., que establece: Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

El umbral del liberalismo y autonomía contractual es una propuesta de Pothier, pues es el primero en formular la intención de las partes es generadora de derechos y obligaciones.¹³

Estas disposiciones en su conjunto dan la tónica de gozar de un sistema basado en un consensualismo bastante puro en lo que se refiere a reglas generales de la contratación privada.

Sobre la apreciación de una regla de conflicto propiamente hablando podemos escudriñar que la autonomía de la voluntad puede ser empleada como regla material directa y regla conflictual de referencia como examinaremos en los segmentos sucesivos.

Dentro del enjambre de reglas de conflictos situadas en el capítulo II concerniente a los efectos de la ley del Código Civil vigente de 1916. Observamos que el dispositivo conflictual conjuga tanto la *lex solutionni* como la regla de

la autonomía en materia de contratos al referirse las conexiones propuestas en el artículo 7 de dicho código que nos permitimos transcribir: “La forma y las solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se determinan por la ley del país en que se otorguen; a menos que tratándose de actos o contratos que hayan de cumplirse o surtir efectos en Panamá, los otorgantes prefieran sujetarse a la ley panameña. Pero en todo caso, la autenticidad de tales instrumentos, actos o contratos, se probará según las reglas establecidas en el Código Judicial. La forma se refiere a las formalidades externas y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese”.

Pero el temperamento del régimen contractual fundado en un consensualismo claro y constante lo encontramos en el código de los comerciantes, es decir, en el Código de Comercio en su artículo 6 el cual erige sin discusión la regla de la autonomía de la voluntad como regla de conflicto en materia de contratos de comercio internacional.

Con la Ley 15 de 1928 mejor conocida como la Sexta Conferencia panamericana de derecho internacional privado,

tal convención, en contraste con los Tratados de Montevideo de 1889-90 y de 1939-40 niegan e ignoran, la regla de la autonomía; el código Bustamante por su parte deja entrever, pero no tan evidentemente la regla de la autonomía como criterio conflictual.¹⁴

Podemos acreditar que en el derecho contractual internacional hispano luso americano la lucha entre el reconocimiento absoluto o condicional de la regla de autonomía es lo que ha agotado y frustrado el éxito de nuestro derecho internacional privado contractual.¹⁵ Sin pretender ser concluyente el periodo de gran desarrollo convencional de 1889 a 1930 que comprende la sistematización del derecho internacional privado convencional latinoamericano ha pesado más que los cambios de actitud de nuestra doctrina. La resistencia a mantener principios inamovibles ha conducido al desfase *ius* privatista internacional dentro de la técnica contractual mundial.

Es por vía del derecho internacional económico, así que en función de la vitalidad del derecho comercial internacional que se ha filtrado el autonomismo contractual en nuestros países reduciendo los conflictos de leyes en materia contractual al nicho del derecho civil clásico con sus ventajas y debilidades.

2. Sobre el carácter internacional de los contratos y sus principios que lo informan en el marco de un derecho internacional privado comparado de los contratos

Dos aspectos surgen en este segmento de gran sensibilidad, en primer lugar, la definición de contrato de carácter internacional que permite estudiar en su contexto específico su importancia y el otro aspecto, el de examinar, los principios claves que orientan la correlación normativa propuesta por el Código de derecho internacional privado panameño.

A) Del carácter internacional del contrato

Es aquí, en donde se puede diferenciar la distinción e importancia de relación contractual de derecho interno y relación contractual de derecho internacional privado.

Lo cierto que en el panorama mundial toda división categórica es incompleta y abusiva en la actualidad, pues toda relación económica internacional está subordinada a dos extremos territoriales indefectiblemente que son donde se genera la riqueza y en donde se invierte la riqueza. Así las relaciones privadas pueden ser codificadas de manera

diversa¹⁶ bajo el rubro de comercio privado internacional o comercio financiero internacional y en cada circunstancia el fin del lucro privado subyace y las reglas de protección de naturaleza *cogente las* amparan. Es decir, que una relación contractual extraterritorial va a entrar en contacto con el derecho interno público o privado de una de las partes lo que lo va ser más o menos internacional es el objetivo económico que la envuelve. En la actualidad, en los ordenamientos jurídicos nacionales capitalista conocen dos tipos de poderes que se desprende de dicha relación: uno público y el otro privado haciendo cada día más tenue la diferencia entre derecho público y derecho privado. Es la conjunción de los dos extremos que va a proceder a regular las intenciones contractuales dentro del universo de prestaciones colocadas en un ambiente internacional. Otrora el carácter internacional de la modernidad oscilaba entre una concepción contractualista subjetivista *chez* Pothier y la otra una concepción consideraba moderna dentro del espíritu de Mancini.¹⁷

Pareciera que el carácter internacional coetáneo va estar matizado por el interés legítimo a responder en el marco de un derecho internacional equilibrado y protector.

Nuestro Código dentro de su dogmática jurídica parcialmente reproduce los instantes del método uniforme convencional de los contratos en su primera base normativa, pero no se agota en ella, cuando el mismo reproduce una clasificación puntual y originaria entre contratos entre iguales y contratos entre desiguales que veremos más adelante. En verdad, el Código presenta una serie de hipótesis que verdaderamente guían al juzgador y al jurista sobre la especialidad de los contratos internacionales.

En efecto, el título III intitulado contratos internacionales, capítulo I, disposiciones generales encontramos la definición relativa a contratos internacionales en la excerta 68 del Código de derecho internacional privado que nos permitimos en transcribir: “Los contratos se reputan internacionales cuando las partes se encuentren domiciliados en Estados diferentes y cuando: 1. El contrato contenga una prestación u obligación que recaiga sobre servicios, bienes o capital que produzca sus efectos en el territorio de la República de Panamá; 2. Los servicios, bienes o capital o su causa jurídica se hayan perfeccionado en el territorio de la República de Panamá; o 3. Las partes hayan incluido una cláusula atributiva de jurisdicción, a favor de los tribunales panameños”.

La disposición 68 transcrita, obliga a un ejercicio de análisis de rigor, pues, ella introduce una noción propia del derecho convencional en lo concerniente a la noción de relación contractual internacional. Ella se inspira en la Convención uniforme de Naciones Unidas relativa a la compraventa internacional del 11 de abril de 1980 que describe lo que se entiende por una relación internacional.

La fórmula adoptada por nuestro código responde a un criterio eminentemente objetivo. Es decir, al carácter extranacional o extraterritorial del negocio jurídico contractual.

Las partes domiciliadas en Estados diferentes va ínsito en dicha definición, que se trata de Estados soberanos por un lado y que comportan derechos y procesos jurisdiccionales distintos. Independiente del esquema de los Estados Federales que de una u otra forma se extiende la misma noción a ellos por su autonomía legislativa y política.

Al examinar aún más de cerca la vetusta noción de domicilio, ella debe ser entendida como el centro gravitacional donde se encuentra los intereses económicos del individuo o profesional. Tanto la Convención de Naciones Unidas como el Código

de derecho internacional no emplean el término diluido de residencia que al fin y al cabo es un criterio con menos fortaleza de contenido que la imagen categorial. La residencia es un *noción flou*, superficial que denota una conexión puntual transitoria como: residente inversionista, residente pensionado, residente especial –mano de obra calificada– etc.

El domicilio deviene un criterio objetivo en nuestro tradicional Código Civil de 1916, pues el domicilio, es una categoría que es empleada no tan solo en el campo profesional, sino también en el dominio de las personas jurídicas.

Abordemos la connotación de sendas categorías de conexión de carácter material y conflictual: en la primera hipótesis nos referimos al domicilio personal, contenido en el artículo 76 del Código Civil. La norma nos señala que el domicilio civil de una persona está en el lugar donde ejerce habitualmente un empleo, profesión, oficio o industria o donde tiene su establecimiento principal.

Sin duda, se refiere a la combinación de una noción territorialista y económica que fija un criterio objetivo en el campo de los negocios internacionales.

Trasladada dicha noción al dominio de las personas morales o jurídicas encontramos en concordancia con nuestra fuente normativa el artículo 82 del Código Civil, que define lo que se entiende por domicilio de las personas jurídicas: “El domicilio de las personas jurídicas está en el lugar donde tienen su dirección o administración, salvo lo que se dispusiere por sus estatutos o por leyes especiales. Cuando tengan agentes o sucursales permanentes en lugares distintos de aquel en se halle la dirección o administración, se tendrá también como su domicilio el lugar de la sucursal o agencia respecto a los actos o contratos que ejecuten o celebren por medio del agente”.

Ella recoge en sí, la noción de sede social que equivale al criterio de dirección o administración lugar de toda de decisiones corporativa.

En todo caso la definición de relación contractual internacional recoge una idea objetiva que se compadece con el manejo y dinámica de las relaciones de carácter extranacional o internacional.

Pero el criterio objetivista se mantiene con las dos hipótesis contempladas en el artículo 68 en comentario.

Se considerara también una relación de carácter internacional cuando los efectos de una relación producto de una prestación de servicio, bienes o capital produzcan sus efectos en el territorio de la República de Panamá.

Se trata de una relación caracterizada por una prestación que redunde en Panamá. Así, el financiamiento de una empresa de nacionalidad salvadoreña por el Banco Azteca domiciliado en Guadalajara pagadero en una sucursal o filial de dicho banco domiciliada en Panamá constituye una relación internacional, pues los efectos de dicha transacción tienen lugar en la ciudad de Panamá.

En el inciso primero presenta un criterio semejante a la doctrina de *Adolph Schnitzer* de la prestación característica. Ella se traduce en el hecho que la obligación esencial para el perfeccionamiento se realiza sobre nuestro territorio. Ello recoge el sentir del artículo 7 del Código Civil patrio que tratándose de negocios a perfeccionarse en Panamá la aplicación del derecho panameño deviene la ley natural a gobernarla.

Es muy probable que nuestra postura sea asimilada al artículo 51 de la Convención de *Bruxelles* de 1968,

hoy reglamento comunitario. O, bien otros pretendan esgrimir una postura inspirada en la concepción doctrinal de Savigny. De manera concluyente nuestra argumentación se acerca a la postura de nuestro Código Civil y del Tratado de Montevideo de 1889 de inclinarse por la ley del lugar de ejecución, criterio económico de la relación fundamental.¹⁸

En esta segunda hipótesis, basta que el negocio en cuestión su causa entendiéndose en este contexto celebración de los bienes servicios o capital se haya concluido en Panamá; dando lugar a que no solamente, los efectos o consecuencia de un negocio le permite caracterizar como internacional una relación, sino también es internacional cuando tan solo la conclusión se produce dentro del territorio de Panamá cuyas consecuencia se produzcan más allá de nuestras fronteras.

La razón de esta postura obedece al hecho de darle una gran extensión al código de poder aplicarse en esas tres situaciones descritas: 1. domicilio en países distintos; 2. efectos jurídicos sobre el territorio panameño de actos concluidos en el extranjero; y 3. negocios concluidos o celebrados desde Panamá, pero que produzcan sus consecuencias más allá de nuestras fronteras.

La última hipótesis contenida en la disposición 68 es cuando por virtud del resorte judicial las partes mediante el método subjetivo de prórroga de la competencia judicial le atribuyen conocimiento a los tribunales del Estado panameño. Esta es una reminiscencia e influencia de los jurista panameños que ven en la prórroga de competencia un factor de internacionalización de una relación jurídica y que sobre la base y entendimiento que da el acceso a la justicia privada internacional las partes hace de nuestra jurisdicción una esfera de naturaleza transnacional como lo ha permitido las reglas originarias de la Ley 8 marítima de 1982.

Realmente, el contenido internacional en los incisos 1 y 2 se refieren a poder articular transacciones cuyas consecuencia se produzcan en Panamá o bien desde Panamá se produzca una consecuencia internacional. No se trata de discutir el derecho aplicable sino su carácter internacional. Consideramos que en los incisos mencionados se trata de criterios objetivizados.

Pero finalmente, el inciso tercero es un criterio más que subjetivista un tanto pragmático sacado de la legislación marítima panameña en donde hay una conjunción de regla de competencia judicial con ley aplicable. Era el

artículo 17 que establecía cinco variantes para retener la competencia de los tribunales marítimos internacionales panameños entre los cuales subsistía que la sola atribución del foro permitía al juzgador aplicar su propio derecho.

La última razón en poder retener la competencia judicial es el de facilitar en los negocios jurídicos internacionales la institucionalidad de un verdadero *forum shopping* estimulado vía contractual.

III. Sobre la clasificación de los contratos internacionales y su fundamento jurídico en el nuevo Código de derecho internacional privado panameño: contratos internacionales entre iguales y contratos internacionales entre desiguales

1. Hacia un esquema de los contratos denominados internacionales

Toda aproximación a reagrupar los contratos en el plano del derecho internacional privado en sus diversas manifestaciones no deja de ser una tarea relativa e ingente, dentro de la *jungle* de principios e intereses internacionales

que prescriben su reglamentación, ya que, los contratos internacionales se ven afectados en función de sus fuentes y métodos que los norman, por su objeto —público o privado— por la calidad de las partes, por la duración que intervienen en su formación, que en un determinado momento todo intento en constreñir una segmentación deviene infructuosa.

Por otra parte, podemos sin embargo, denotar que los contratos puede recibir múltiples subdivisiones así: los contratos de comercio internacional particularmente de intercambio, como la venta,¹⁹ los contratos de producción o de llave en mano, de instalación de fábricas o usinas, los contratos de financiamiento extraterritorial como el leasing y el préstamo de carácter extranacional, los contratos de asociación o *joint venture* a corto o largo plazo,²⁰ los contratos interdependiente como en la construcción de la ampliación del Canal de Panamá, los contratos de aprovisionamiento o de transportes y finalmente los denominados *contrat sans loi* erigido por la doctrina francesa en década final de los 60.

El presente segmento tiene por finalidad esclarecer de manera categórica la verdadera tendencia del código de derecho internacional privado respecto a

su enfoque de la técnica contractual a valorar en su espíritu conflictualista.

En el plano de la codificación en examen los contratos de derecho internacional privado se descomponen en dos grandes divisiones: contratos internacionales entre iguales o simétricos y en contratos internacionales entre desiguales o asimétricos.

2. Los contratos internacionales entre iguales o simétricos en el Código de derecho internacional privado

Es indispensable establecer que el derecho internacional privado de los contratos en el Código de derecho internacional privado está ligado a su fuente matriz, el derecho civil interno. En otros términos, el derecho internacional privado sin duda es el reflejo del derecho civil o al menos sus normas básicas son aquellas que inspiran el razonamiento conflictual panameño.

No podemos perder de vista que el Código de derecho internacional privado, ley 61, es una fuente de naturaleza interna y nacional pero su objeto es de derecho internacional.

En el esquema analítico en esta sub-sección debemos poner de relieve

los siguientes aspectos: 1. el principio consensualista como base de la contratación privada internacional que se traduce en el rol de la autonomía; 2. el método de elección de la ley aplicable y su dominio en derecho positivo extranjero, derecho transnacional aplicable; 3. el *dépeçage* como expresión de la libertad contractual; 4. de algunas previsiones a los contratos entre ausentes; 5. el ámbito de la regla de conflicto contractual en el dominio de nulidades y prescripción internacional; y 6. la concordancia entre foro y derecho aplicable.

A) Del principio del consensualismo en tanto que norma escrita

Indubitablemente, la sección relativa a los contratos internacionales en nuestro Código de derecho internacional privado, se inicia con el principio rector que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, *pacta sunt servanda*, como fuente normativa de las relaciones internacionales.²¹

El principio de la autonomía contractual internacional, precede la regla relativa a la definición de lo que se entiende por relación jurídica internacional²² con el fin de reforzar que esta teoría general de la voluntad es la regla constitucional de los contratos o

relaciones internacionales en Panamá, la cual reproduce la misma postura que encontramos en la fuente natural e ideológica del derecho común.²³

En este sentido cabe destacar que el artículo 67 goza de la doble naturaleza de ser una norma material y una norma de conflicto como fuente autárquica de las relaciones contractuales extranacionales.

Pero la autonomía de la voluntad como expresión volitiva no está desvinculada del principio de moralidad contractual. Ella, la disposición 67 del Código de derecho internacional privado sostiene que la voluntad conjunta de los contratantes debe operar en base a la buena fe y lealtad negocial. Entendiendo del punto de vista ético la buena fe, como el comportamiento honesto y sincero entre las partes en miras a la realización de un contrato; siendo el contrato una técnica de composición de intereses el mismo debe ser justo.

Aproximación y dinámica del texto en conjunto del artículo 67 se armoniza con los principios generales del derecho civil patrio y se extiende a una valoración más allá de los límites conflictuales. Y es así, pues el terreno de la autonomía, constituye el terreno de los valores de la persona humana en su diario vivir

y proceder. De ahí, que la inteligencia del texto y su economía interpretativa, inducen al juzgador a valorar la conducta externa de los contratantes dirigido a apreciar la buena fe en sus diversas fases: precontractual, contractual y postcontractual o de ejecución.

No se trata de reducir la buena fe a la palabra pactada, sino al aspecto clave en las tratativas del perfeccionamiento del contrato a la fase informativa, a la correcta interpretación del convenio y al principio de colaboración para la ejecución del carácter utilitario del negocio en cuestión.

Este principio reafirmado en la disposición 67 se dirige no tan solo a los contratos instantáneos y traslativo de dominio sino a los contratos más complejos del conocimiento mercantil como los contratos de *leasing*,²⁴ *factoring*,²⁵ *join-venture*,²⁶ etc., que deviene fuente normativa de ellos dentro de su elaboración e interpretación de la razón de los mismos.

B) Del poder de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del derecho

Decir autonomía de la voluntad, significa poder de generar derechos y obligaciones es decir, sin duda, un acto de soberanía de la voluntad de las partes.

Los contratantes ellos mismos se someten y se auto definen como acreedor y deudor, así como el régimen que considere más adecuado a la prosperidad de la transacción. En suma, los contratantes son legisladores ad-hoc de su propio entorno económico privado.

El ámbito del derecho escogido comporta los temas de obligaciones recíprocas, validez perfeccionamiento del contrato, las nulidades de forma y de fondo o traducidas de interés privado y de interés público, así como la prescripción de derechos.

Veamos entonces, en los denominados contratos internacionales o contratos entre ausentes, dichos convenios se perfeccionan con la aceptación de la oferta²⁷ en concordancia con la regla material del Código de Comercio.

El derecho escogido por las partes regulará las relaciones bilaterales o sinalagmáticas de los contratos sin desmedro de la aplicación acumulativa de dos o más leyes escogidas por los contratantes.

De forma didáctica observamos la orientación que efectúa el Código de derecho internacional privado aferrante a las nulidades de los actos. Toda

aplicación conflictual debe descansar en la teoría de la nulidad de derecho civil, considerada como la invalidez o la insuficiencia del cual un acto es atacado contraviniendo a una norma o a una prohibición de la ley;²⁸ siendo una exigencia de forma se considera que la ley que gobierna la formalidad constituye la ley que regula dicha sanción.²⁹ Mientras que las nulidades de fondo están subordinadas a ley materia escogida por las partes.

La dimensión es grande pues el autonomismo contractual no se refiere únicamente al derecho aplicable sino a las fuentes y tipos de derechos, a la posibilidad de insertar diversas normas de forma distributiva o acumulativa dentro de un determinado negocio. Se expande también al tipo de foro es decir, a la principio de prorrogar la jurisdicción mediante cláusulas atributiva de jurisdicción o bien más aun liberal a la incorporación libre una cláusula compromisoria de arbitraje.

La dimensión y fuerza de la autonomía de la voluntad no solo los juristas nacionales la hemos vivido en las fuentes del derecho común y mercantil sino en la gran Convención de Panamá de 1975 que permite no solo la escogencia de árbitros, sino el propio procedimiento arbitral y tipo de justicia

arbitral. Criterio un tanto revolucionario para la época y distinto al de la convención de 1958 en este sentido.

C) El ámbito de elección del derecho aplicable derivado de la autonomía contractual

Respecto a la ponderación que debemos asumir cuando entramos en el terreno de la libertad de elección del derecho aplicable, solo podemos partir sobre la base que es una relación jurídica de derecho interno se aplica el derecho interno, mientras que una relación de derecho internacional se aplica una norma de carácter internacional.

Habría luego entonces entender que se entiende por internacional y norma de carácter internacional.

Esa libertad de elección a la cual se refiere la norma en comentario,³⁰ responde a la dimensión internacional propuesta por el artículo precedente que denota cuando una relación se reputa internacional.³¹

Obviamente, las definiciones trazadas en la economía del texto y su temperamento parten de una influencia de la convención de naciones unidas relativa a la venta internacional.

La premisa mayor es producto de la asimilación simple y clara de reputar

una relación internacional fundada en un espacio extraterritorial vinculado al menos a más de dos Estados. Esta fórmula contenida en la premisa mayor de la norma en discusión constituye, la antítesis de la relaciones de derecho meramente interna. Noción ausente en el derecho internacional privado panameño.

Su importancia es capital pues, de ello depende la puesta en aplicación de la libertad contractual en el plano supranacional. Si el juez o árbitro calificara de derecho meramente interno una transacción tal calificación, gira por completo el rejuego de la libertad contractual, de los derechos aplicables y del foro a administrar dicho conflicto.³² Como sucedió en el *affaire* de Jean Marc Parienti; en esta causa, el panel arbitral panameño juzgó una relación de naturaleza de derecho internacional económico como un tema subyugado al arbitraje interno en virtud de un principio de oportunidad y conveniencia mal entendido por decir lo menos.

Sobre la jerarquización del poder de elección del derecho aplicable, las partes pueden escoger un derecho positivo extranjero. Para la doctrina panameña y latinoamericana los derechos extranjeros³³ se aplican en pie de igualdad que el derecho del foro.³⁴

Se suma a nuestra argumentación que la violación por parte del juzgador panameño de un derecho extranjero es susceptible que la parte afecta pueda incoar el recurso de casación extraordinaria por violación a la norma internacional.³⁵

En torno a la tradicional pregunta el de saber, si las partes pueden escoger como derecho rector de una relación de derecho internacional privado, a un tratado internacional, no siendo dicho convenio una fuente ratificada por la República de Panamá y por consiguiente no lo vincula a la nación ni a sus tribunales a someter tal controversia a dicha fuente convencional.

La jurisprudencia en el caso que los contratantes designen como ley aplicable un tratado no ratificado, ello no es óbice, para descartar su aplicación, pues en efecto abundan en el dominio de los conflictos de leyes y de jurisdicción en el mundo maritimista panameño³⁶ la conveniencia de aceptar dicha ley designada como válida por el tribunal. En tal sentido se mantiene el hecho que la elección de un convenio de derecho privado es válida aun cuando no haya sido ratificado pues las fuentes convencionales son de derecho internacional privado. No sería la misma *démarche* si se tratara de

un tratado de derecho internacional público que contenga normas políticas extraterritoriales que nuestra soberanía no considera que sean parte de nuestro sistema jurídico vinculante.

En la hipótesis que las partes escojan o sometan un contrato internacional a normas transnacionales o apátridas no vinculada a un orden jurídico positivo. En otros términos que las partes se inclinen por principios inspirados en la contratación privada mejor conocida por la reglas de UNIDROIT, en sus siglas en francés.

El Código de derecho internacional privado en este dominio ha impulsado la amplia libertad y el reconocimiento en la letra y en la ley del reconocimiento de los Principios de UNIDROIT que acompañen en todo momento a la justicia contractual internacional. El Código es claro la ubicación de dichas reglas para suplir el derecho positivo extranjero es categórico, así como medio interpretativo. Todo ello fundado en la inclinación de los contratantes para que puedan complementar la base del derecho material aplicable.

Pienso que le concede una fortaleza en dos grandes hipótesis de una relación contractual subordina a diferentes

fuentes de normas internacionales. Así, ella podrá intervenir en tanto que norma supletoria frente a los vacíos o dudas de los derechos nacionales aplicables en una determinada situación.

Pero, los Principios de UNIDROIT también son de vital importancia para el caso de contratos sin ley que veremos acto seguido como fuente complementaria de la discusión de los derechos que se desprende de la vida y dinámica de los contratos.

La disposición le da una jerarquía mayor que la del Decreto ley 5 de 1999 del régimen arbitral internacional panameño; permitiendo claramente su uso tanto en la justicia ordinaria internacional como en el foro arbitral tal como lo define el último inciso del artículo 79 del Código de derecho internacional privado.

D) La libertad contractual *vis a vis*, los usos y costumbres internacionales del mercado internacional

La fuente de las normas mercáticas no provienen de una influencia anglo-americana ellas son productos de las fuente histórica, del derecho comercial escrito panameño y de la jurisprudencia de 1987.³⁷

El derecho internacional privado positivo panameño confiere una distinción como reglas internacionales entre Principios de UNIDROIT y usos y costumbre internacionales. Las primeras son fuentes transnacionales y las segundas, son fuentes espontáneas corporativas sendas vinculantes por la voluntad de las partes.

Históricamente, la fuente de los usos y prácticas comerciales provienen del mundo mercantil portuario del alto medievo del periodo colonial.

Con la modernidad esa práctica esta materializada en el artículo 5 del Código de comercio patrio.

Una jurisprudencia de finales de la década de los 80 le concede *droit de cité* a las reglas desnacionalizadas o apátridas denomina *lex mercatoria* en un fallo de la Corte de Casación a favor de la demandada Banco Cafetero de Panamá, filial del Banco Cafetero de Bogotá Colombia. En dicho fallo, se casa la sentencia mediante la ponencia del magistrado Eligio Salas, que el error en el razonamiento de los tribunales de primer grado y segunda instancias era violatorios de normas internacionales neutras de carácter comercial y que dichas reglas eran conocidas entre operadores del comercio mundial- noción contenida en

nuestro Código. Esta decisión de la Sala Primera de la Corte Suprema reconoce de todo un sistema de comercio internacional profesional, reiterativo generado por los sujetos del derecho comercial internacional mejor conocidos como los operadores del comercio internacional responsables de las prestaciones relativas a la producción de bienes y servicio o capital contenida en el Código de derecho internacional privado.³⁸

E) Del *dépeçage* como expresión del poder de elección al derecho aplicable

La figura del *dépeçage* en el derecho internacional privado constituye una categoría conocida por el derecho internacional privado panameño.

Es con la Ley 1 del 5 de enero de 1984 en la sección relativa al régimen de fideicomiso de derecho internacional privado se introduce la figura de la divisibilidad o distribución acumulativa de dos o más leyes que regulen una misma situación jurídica.

En la práctica diaria de los contratos de administración de fortuna en donde se emplea la figura de los fideicomisos testamentarios de carácter internacional o bien la fundación de interés privado opera de manera clara la inserción del *dépeçage*.

El vivo ejemplo se demuestra en un fideicomiso de carácter internacional en donde el constituyente o fideicomitente de nacionalidad chilena forma o incorpora un fideicomiso bajo la jurisdicción cuyos fondos son proveniente de una fábrica de aluminio en Bolivia y cuyo capital de 2 millones de dólares van a ser depositados en un banco suizo para que sea administrado por un consejo fiduciario en Ginebra. El fideicomitente dispone que la ley que regula la validez y vigencia del fideicomiso de activos se rija por el derecho panameño de su constitución más la gestión de administración de un banco privado como podría ser Pictet en Ginebra sea sometido al derecho del cantón de Ginebra. He aquí, un claro *dépeçage* dos leyes distintas que regulan dos momentos del contrato de fideicomiso internacional³⁹ subordinado a la ley de su constitución en cuanto su forma y a la ley de administración a una ley distinta de la de su constitución.

De igualmente podemos repetir los distinto ejemplos con la fundación de interés privado en la escala de servicios offshore o de naturaleza extraterritorial. De igual suerte ocurre con los negocios derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Observamos que el préstamo está subordinado a una ley sustantiva *in*

concreto mientras que la garantía que sostiene dicho prestamos puede estar sujeta a la *lex rei sitae*. He ahí, la importancia que cobra el proyecto de convención aferente a la hipoteca de derecho internacional privado centro americano.⁴⁰

F) De algunas previsiones sobre los contratos entre ausentes

Pese a que pudiese ser una tautología pues contratos entre ausentes e internacionales es convergente y redundante; era preciso reafirmar principios y reglas de nuestro derecho comercial interno que se vuelcan al espacio de transacciones extraterritoriales. Tal sería el principio de recepción o que la validez de los contratos se perfeccionan con la aceptación⁴¹ etimológicamente el contrato *procede de cum y traho*, venir en uno fundada en una policitud, extranacional e impersonal tal como lo expone el propio Código de Comercio nacional.⁴² Este mismo concepto se reproduce en la disposición 76 del Código de derecho internacional privado panameño, en lo atinente a los contratos electrónicos. Había que hacer un hincapié entre las normas comunes y las normas internacionales⁴³ pues la utilización de ordenadores para la conclusión de contratos⁴⁴ revela, un sinnúmero de problemas como la prueba de la voluntad electrónica, las

desmaterialización de los contratos el principio de funcionamiento de ellos —*omnia praesumuntur rite esse acta*— y las obligaciones de preservar la documentación en caso de controversia y se tenga que acudir a la vía pericial. Por ello, la inserción de reglas probatorias contenidas en el segundo párrafo de la disposición 76 del Código de derecho internacional privado apela a las fuentes de los usos internacionales en este dominio que oriente al jugador del foro en una materia tan compleja e innovadora.

G) Foro competente y concordancia con la ley aplicable

La escogencia de un foro contractual no puede ser irracional. La interpretación de foro competente y concordancia de la ley aplicable obedece a tres aspectos básicos: el foro debe responder a un interés legítimo basado en la economía de la transacción, luego, en una descripción de la conexión en función de la prestación caracterizada y en su defecto el foro como la ley pudiendo ser ella una norma transnacional el foro puede obedecer a un criterio de neutralidad cognoscitiva del tribunal. Escojo el foro que le permita un criterio de neutralidad de administrar la prueba internacional o un foro sustentado en la tradición jurisprudencial.⁴⁵

3. Del régimen de los contratos internacionales entre desiguales o relaciones asimétricas

Dentro del discurso sobre el origen de la desigualdad del ginebrino Jean Jacques Rousseau distinguía dos tipos de desigualdad: la primera era la desigualdad natural basado en la edad, el sexo, de la salud, de fuerza fundada en la naturaleza mientras que la segunda es la desigualdad moral, basada en el desequilibrio de convenciones entre los hombres.⁴⁶ De esta última desigualdad es la que abordaremos en el marco del ejercicio de la libertad contractual.

La libertad contractual no puede ser absoluta dentro de una relación entre desiguales⁴⁷ o en donde exista un poder económico que imponga una subordinación a la otra parte. Estaríamos frente a un contrato entre el más débil con una voluntad extorsionada por el contratante que goza de una mayor beligerancia.

Se trata de una sección dedicada al contrapeso de la libertad contractual o del autonomismo absoluto.

Dentro de este estudio resaltamos los contratos internacionales que entran en un proceso de desigualdad por la sola calidad de las partes por un lado

o bien por la estructuración financiera del negocio que permite una voluntad no soberana en poder negociar.

Igualmente se une a esta sección las relaciones laborales de derecho internacional privado. En donde el *status quo* del capital parte de una ventaja de subordinación y dependencia económica *vis a vis* el trabajador y las organizaciones sindicales.

Esta caracterización de los contratos en el plano internacional no es producto de un desequilibrio contractual o de una modificación de la base negocial. La evolución de mercado con su producción masiva engendro el fenómeno del consumismo y del consumidor con sus debilidades connaturales dando lugar a los contratos del consumidor.

A) De los contratos del consumidor transfronterizos en el Código de derecho internacional privado panameño

Después de algunas décadas de desigualdad económica entre el sector de la producción y el de los consumidores se ha agravado: el desarrollo de la publicidad, la proliferación de los créditos a la consumación y la extensión de contratos de adhesión. Esta situación ha dado lugar al abuso en donde la parte más fuerte contractualmente se

ha servido de su superioridad tanto psicológica como económica y sirviéndose de la libertad contractual para imponer sus intereses dentro del contrato de consumidores.⁴⁸

En este sentido la libertad contractual ha debido retroceder ante una reglamentación de carácter imperativo y el resurgimiento del formalismo y una tendencia a sancionar los abuso de la libre voluntad.

En efecto el actual derecho contractual visto en la primera sección, contrato entre iguales fundando en la libertad contractual exige una substitución al menos una nueva dirección adaptable a la relación social y económica de los contratos de consumación. Es por ello que reaparecen los principios tales como justicia contractual, seguridad jurídica, confianza, buena fe y lealtad negocial. Tales principios son suficientemente generales que permiten su aplicación siempre.⁴⁹

Se trata de un movimiento de nuestra época que viene a contradecir el liberalismo del código civil.

El contrato de consumidor producto de la intervención de leyes imperativas que reconstruyen un nuevo orden publico desvirtúan el carácter liberal

e individual de dicha técnica liberal haciéndolo más restrictivo. El dirigismo contractual se reafirma como una necesidad en una relación entre desiguales y hartamente abusiva.⁵⁰

Los procesos de globalización o de integración regional ha expuesto al consumidor a la libre circulación de dichos mercados en los que tiene más acceso a la publicidad, a la importación de bienes, a la posibilidad de desplazarse y poder adquirir un auto en el extranjero e introducirlo en su país con las ventajas fiscales y los riesgos de vicios ocultos o ser víctima de publicidad engañosa del punto de vista internacional dando pie al neologismo moderno de los contratos de consumidor transfronterizos. En el estado actual el tema en principio es el desconocimiento del consumidor dentro de una compraventa extraterritorial el de poder escoger cual es la ley más favorable o la ley menos protectora de un tercer Estado.⁵¹ Gran dilema, toda vez y en casi todas las veces la compraventa es menos racional y más emocional.

En el plano de los conflictos de leyes es muy probable que un panameño adquiere un vehículo de marca Ford, fabricado en Guadalajara y comprado por un *retail* o agente en Miami, y cuyo seguro lo haya adquirido con

una compañía de seguros de Montreal Canadá. En caso de reclamación por vicios ocultos el consumidor panameño se encuentra perdido si incoar la demanda en Miami cuya agencia distribuye dicho modelo. Pero resulta que dicha agencia no responde, pues se le había vencido su licencia como operador y por ende se cae el seguro en contra de vicios ocultos que señala en Canadá que el comprador solo puede comprar directamente al distribuidor oficial en el país en donde se encuentre.

Frente al drama cotidiano con que tropiezan los consumidores víctima de su inexperiencia internacional el código introduce una regla de conflicto en cierta forma protectoras.⁵² La regla de conflicto establece en cascada una serie de puntos de conexión que le permitan planificar una demanda en caso de ser timado en la compra de bienes o servicios al fijar que en principio, el contrato de consumidores de derecho internacional privado se somete a la *lex loci celebrationis*. Sin embargo, en el párrafo segundo esta munido el consumidor de poder recurrir a la jurisdicción de su domicilio como foro natural conocido por la parte timada o más débil en sustitución del foro de conclusión del contrato o bien en su defecto o al foro más favorable. El Código de derecho

internacional privado emplea la lengua de ley más favorable en contraste con la doctrina y legislación que se inclina por la legislación más protectora.

La disposición 90 del Código de derecho internacional privado panameño, define que se entiende por *ley más favorable*. Se entiende por la ley más favorable en sentido amplio la ley de la reparación y protección más apropiada al interés del consumidor.

El temperamento, de la legislación de derecho internacional privado, en este dominio es poder atemperar los excesos de ventas sin escrúpulos al consumidor víctima de su transitoriedad o ausente de toda información que le pudiera tener la reserva de que con quien negocia o contrata.

B) Del contrato de trabajo en el plano del derecho internacional privado

De manera admirable hay afirmar que el trabajador de hoy es también objeto de la ciencia del derecho internacional privado.⁵³

Las relaciones de trabajo pueden descomponerse en relaciones de derecho laboral individual que se sustenta en el contrato individual de trabajo. Pero, también tiene lugar en las relaciones

laborales colectivas, que se fundamentan en una convención colectiva. En sendas hipótesis la visión de la regla de conflicto varía pues el interés legítimo a proteger varía cualitativamente.

De ahí, que observaremos en un primer plano como el Código de derecho internacional privado vislumbra la ley aplicable a las relaciones individuales y luego como es analizado la aproximación conflictual en el plano de las relaciones colectivas de trabajo.

De igual forma que nos encontramos en el gran proceso de los mercados de globalización e integración mundial en materia de circulación de bienes, servicio y capital, debemos también asegurar y reglamentar el fenómeno de la expatriación de trabajadores que marcha cónsono con la gran explosión de filiales extranjeras pertenecientes a empresas globalizadas. Ello opera bajo un análisis teórico de la calificación del contrato⁵⁴ en sí mismo que para el derecho francés provoca cierta discusión pues asimilan el contrato de trabajo como parte de los contratos en general.

En el dominio del derecho internacional privado del trabajo la calificación de esta relación jurídica social con proyección extranacional o internacional

no encierra misterio alguno. Así el derecho internacional privado internacional laboral califica y denota el contrato de trabajo bajo los principios de subordinación y dependencia económica; siendo así este tipo de relación opera la intervención de la presunción *indubio pro* operario como regla de interpretación de las cláusulas contractuales.

El derecho internacional privado laboral comporta dos grandes esquemas la aplicación con base al estatuto personal de afectación y por otro lado a la aplicación imperativa en función del espacio.

Veamos las dos hipótesis así una funcionaria de un Banco del City Bank es expatriada a Miami Florida por una relación temporal en el extranjero por ser la directora de la emisión de cartas de crédito para la zona del Caribe y Panamá. La expatriación debe ser consentida por el Ministerio de Trabajo de Panamá; estando en su desplazamiento en la ciudad New York recibe notificación de despido. Cuál es la ley aplicable a la relación laboral: la ley de celebración del contrato de expatriación o la ley del lugar de la prestación del servicio en la filial de la Florida o la sede social donde fue notificada.

La norma prevé que el contrato normalmente se somete a la ley de ejecución sin embargo podrá aplicar la ley de la expatriación.⁵⁵ La jurisprudencia ha sostenido que en cualquiera de los casos el trabajador tendrá la opción de aplicar el principio de la ley más favorable es decir, el principio *indubio pro* operario. En tal sentido el trabajador podrá optar por la ley de mayor protección siempre y cuando no implique renuncia a sus derechos adquiridos como lo señala el último inciso del artículo 96 del Código de derecho internacional privado de Panamá.

Pero el derecho panameño puede entrar como ley aplicable en virtud del espacio panameño internacional. Veamos el ejemplo clásico un barco de Pavillon panameño recluta a marinos filipinos en Bombay. El contrato laboral fue firmado de conformidad con las leyes de la India que contrastan con las leyes del derecho internacional privado laboral patrio. Es despedido en Hong Kong de manera intempestiva. Para los efectos del derecho internacional privado laboral, el barco es de bandera panameña y las leyes del ordenamiento marítimo laboral operan de plano, salvo que la norma contractual sea más favorable al marino de nacionalidad panameña en virtud del artículo segundo del código de trabajo panameño

que consagra la territorialidad y aplicación de norma laborales panameños en todo momento.

La cláusula de protección sobre el equilibrio dentro de la desigualdad lo recoge el parágrafo final del artículo 89 el cual literalmente expone que: el tribunal de la causa podrá aplicar frente a una ley extranjera normas sustantiva del ordenamiento nacional si considera que tales normas son de orden público, o de protección de grupos de trabajadores más vulnerables siempre que se demuestre que ello servirá al interés de la justicia social.

La normativa de protección es amplia y garantiza de normas más favorables a cualquier tipo de relación laboral individual o colectiva.

Sobre las relaciones colectivas de trabajo, el fenómeno de convenio internacionales de la OIT producto del Tratado de Versalles de 1918, ha generado políticas de protección a las relaciones laborales colectivas y en efecto el código de derecho internacional privado no escapa a ello. Se trata de una noción combinada entre empresa – empleador como grupo y la contra parte un grupo colectivo u organizaciones sindicales. La experiencia es rica en Panamá. La negociación Chiquita Fruit Company

con el Sindicato Bananero. El sindicato de trabajadores del Canal con el Grupo Hutchinson y antiguamente el local 913 vs la Administración Pública de los Estados Unidos con sede en Washington D.C., abre el camino para una reglamentación colectiva del derecho internacional privado del trabajo.

La disposición del Código de derecho internacional privado es clara en la diferenciación entre relación individual y colectiva.⁵⁶ En este sentido apela al criterio que dichos conflictos se rigen por el derecho de la convención colectiva firmada por las organizaciones y el empleador o en su defecto por la ley de la prestación o ejecución laboral que es el centro gravitacional natural.

Pierre Rodière de manera magistral en su reconocida publicación sostiene que la convención colectiva,⁵⁷ opera como una regla de conflicto entre el derecho estatal y la regla de conflicto positiva de dicho orden legal. No excluye la bilateralidad de la regla de conflicto clásica. Pero en este sentido dentro de la apreciación nuestra la convención colectiva es regla de conflicto y regla materia como expresión de la materialización de una regla fundada en la autonomía contractual social concluida entre una organización sindical y el empleador.

Con independencia del valor derogatorio que en nuestro país goza la convención colectiva de trabajo sobre el código de trabajo, en lo que le sea más favorable, la regla emitida al final del artículo 89 del Código de derecho internacional privado panameño, reconfirma el principio de ventaja social en materia de negociación de escoger la ley más favorable al sindicato en el plano internacional de los conflictos colectivos de trabajo. Y en caso de un conflicto entre un sindicato y un grupo empresarial el derecho aplicable subsidiariamente será el de la sede social, es decir, el patrono del gran capital.

C) De los contratos de subordinación estructural económica en el Código de derecho internacional privado

La ideología del Código de derecho internacional privado en examen no quiso agotar el tema de los contratos entre desiguales en la ejemplificación de los contratos clásicos del consumidor y contratos de trabajo internacional.

La desigualdad se manifiesta en diversas formas que hemos constatados no tan solo en los contratos de adhesión típicos que casi siempre inciden en la noción de contratos de consumo. Hemos querido ahondar en otras formas de desigualdad contractual que abordamos acto seguido.

El motor de la mundialización del comercio ha impulsado modelos contractuales que sirven al mercado en lo concerniente a la distribución, representación del fabricante o producto en el seno de los mercados internacionales.

Se trata de los interlocutores privilegiados entre el fabricante y el comerciante, el distribuidor es pues el intermediario comercial el vehículo de perpetuar la riqueza contemporánea frente al gran fabricante o súper agente económico mundial.

Pueden entrar en estas figuras los contratos de agencia de representación, concesión exclusiva, franquicia, *factoring* y distribución.

Para todos los efectos se tratan de acuerdo entre operadores comerciales adornados bajo un principio de igualdad facial o ficto. No hay tal igualdad pese a que en ambas partes puedan gozar de igualdad formal profesional pero la estructura económica individual y de mercado lo transforma en una subordinación.

En los contratos a los que hacemos referencia encontramos que son contratos facilitadores para engendrar riqueza en beneficio del gran productor.

Su superioridad es tecnológica, económica y por ende estructural.⁵⁸

La superioridad del inversor es evidente impone las condiciones los cálculos de rentabilidad el foro competente en caso de ruptura y la imposición de la justicia *ad hoc* que es excesivamente onerosa.

El código le consagra una disposición de salvaguarda a los contratos de representación y franquicia internacional⁵⁹ los cuales reconoce el principio de la autonomía de la voluntad como soberano más en lo que se refiere la cláusula indemnizatoria por ruptura o incumplimiento le permite a la parte más débil escoger la ley y el foro más conveniente para su protección. Ella es una opción y una regla de protección semi-imperativa en beneficio de la parte más desigual. Así un representante de Slim podrá demandar en Panamá con las reglas judiciales comunes y aplicar el derecho de la Florida con que se rige la indemnización. Esta regla opera como contra peso a los abuso de las grandes corporaciones que imponen contratos manifiestamente abusivo para luego desconocer los derechos pactados de reconocimiento de premio o porcentaje por la productividad y cálculo de indemnizaciones.

D) Sobre los límites a la autonomía de la voluntad contractual: orden público y fraude a la ley

Se trata de un tema de excepción del poder de la autonomía de la voluntad para modelar una relación de carácter internacional cuyas limitaciones son reglas de orden público y el fraude a la ley.

La noción de orden público, es una noción territorial limitadora de la libertad contractual. Se trata de normas imperativas que persiguen garantizar un mínimo de convivencia y de certeza jurídica dentro de un Estado de derecho. En el derecho común se traduce de manera simple así: los actos que prohíbe la ley son nulo y de ningún valor.⁶⁰

En la sociedad civilizada surge un conjunto de reglas de orientación imperativas diversificadas. Encontramos un orden público esencialmente político que son las normas constitucionales y de organización del Estado. Observamos las marcadas reglas de orden público en el derecho de familia; de igual suerte reglas de orden público económicos, así como orden público profesional que corresponde a los valores éticos en las profesiones liberales; en fin el orden público al servicio de

la persona que protege la integridad física y moral del individuo. A medida que el poder de autoridad se expande la libertad contractual se constriñe en el debate filosófico político entre el *hobbismo* y la concepción *rousseauiana*.

Sobre el terreno del clásico derecho internacional privado encontramos diversos criterios de orden público internacional. El orden público internacional viene hacer la excepción a la aplicación de una ley normalmente competente que cuya aplicación en el ordenamiento del juez del foro violaría principios fundamentales de su sistema.

La aparición y reacción del orden público es diversa, ella opera como un orden público genérico de excepción que impide que una norma de naturaleza ofensiva al sistema del foro sea aplicada producto del rejuego de la regla de conflicto o bien por vía de un tratado internacional.

El orden público internacional puede ser derogatorio de una ley, pero puede ser preservador de un derecho adquirido o finalmente puede ser un criterio de conexión como es el caso del orden público reflejo o el orden público apreciado en algunas cláusulas del Código Bustamante de 1928.

Orden público será más o menos intenso en función de la materia objeto del conflicto, en materia de familia, penal, administrativo y procesal se hace sentirlas.

En el dominio mercantil el orden público contractual puede recaer sobre intereses excesivos que puedan crear un desequilibrio en la ejecución del crédito en otra jurisdicción. En una venta internacional de bienes culturales cuya transacción violenta normas de protección internacional. O bien en contratos laborales cuyas condiciones violentan principios de derecho humanos mínimos.

La noción de fraude a la ley es más compleja. El tema es el de saber si la escogencia de la ley voluntariamente puede engendrar fraude a la ley. Algunos reputados autores observan el fenómeno como inviable es decir un conflicto entre el *pactum de lege utenda* y la norma interna eludida.⁶¹

El tema del fraude es más complejo. La potenciabilidad de un fraude en un negocio jurídico se define como habrá tantos fraudes como fantasía genera los contratantes. Así, cuando el fraude es contractual se denomina simulación cuando es procesal se denomina fraude.

La orientación y aproximación sobre esta figura que impugna y recusa el exceso de libertad en detrimento de una norma imperativa va más allá.

En el propio seno de la contractualización se origina el fraude si en la contratación se perfecciona de *bona fide* o bien es una construcción dolosa. Cuando una elección a la ley se realiza de buena fe y legalmente no tiene razón de ser evadir una norma imperativa.⁶²

Así, un argentino celebra con un *broker* una compra de más de mil quinientos metros en Miami Florida, para construir una residencia cuyo objeto es la construcción de inmediato y al cerrar la venta lícitamente de conformidad con las leyes de la Florida los mil quinientos metros no son construibles. La maquinación es evidente. El fraude tiene forma de legalidad.

Dicho lo anterior el fraude es la concatenación de actos contruidos con el fin de sustraerse de la aplicación de una norma imperativa normalmente competente.

El aforismo latino lo encierra todo *fraus omnia corrumpit*, el fraude todo lo vicia. Hay actos facialmente legales más su finalidad es desvirtuar la realidad legal que protege el interés legítimo.

La noción de fraude es mucho más compleja pero que solo puede constatare bajo el examen de la superposición del hecho idealmente legítimo sobre la plasticidad del hecho superpuesto. El fraude en este contexto debe ser una causa de anulación y no de oponibilidad.

* Decano y Catedrático de derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Redactor de la Ley 7 de 8 de mayo de 2014 que adopta el Código de derecho internacional privado de la República de Panamá.

¹ C. Jauffret-Spinosi, *Le Contrat -Rapport de Synthèse*, Journée Brésilienne Capitant, 2005, p. 3.

² Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, Principios UNIDROIT.

³ T. Sandrine, *Le Rôle de la bonne foi en droit des contrats*, Presses Universitaire d' Aix-Marseille, 2012.

⁴ Código de derecho internacional privado panameño, ley n° 61, de 8 de octubre 2015, Gaceta Oficial n° 27885A.

⁵ L. Ole, "The Conflict of Laws of Contracts General Principles", *Recueil des Cours*, t. 189, 1984, p. 254.

⁶ H. Grotius, *Le droit de la Guerre et de la Paix*, Capítulo XII, Puf, 2003, p. 331.

⁷ R. Sacco, "La liberté contractuel, volonté contractuelle", *Revue internationale de droit comparé*, n° 4, 2007, p. 743.

⁸ Art. 1134 C.C. fr.

⁹ J. Basedow, "El derecho privado estatal y la economía-el derecho comercial como amalgama de legislación pública y privada", en: J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (coords.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional? Biblioteca de Derecho de la Globalización*, Asunción, CEDEP, p. 17.

¹⁰ V. Valentin, *Les conceptions Néo-libérales du Droit*, Económica, 2002, p. 29.

¹¹ G. Boutin, "La réception de la lex mercatoria en droit positif panaméen: développement historique et définition d' un jus mercatorium au Panama", *Unif. L. Rev.*, vol. III, n°2/3, 1998, p. 305.

¹² Artículo 5 Código de Comercio de 1916.

¹³ P. Nygh, *Autonomy International Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 7.

¹⁴ G. Boutin, "El rol de la regla de la autonomía de la voluntad en los convenios de derecho internacional privado panameño en América Latina: Código Bustamante 1928, Tratados de Montevideo 1889-1940, y Convención de México 1994", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2008, p. 625.

¹⁵ G. Boutin, *Del sentido de la codificación en el derecho internacional privado*, Editorial Cultural Portobelo, 2005, p. 39.

¹⁶ F. Rigaux, *Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales*, Pedone, 1977, p. 10.

¹⁷ P. Nygh (nota 14), p. 115.

¹⁸ M.E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, Económica, 2002, p. 51.

¹⁹ G. Boutin, "Le Panama et la Convention de Vienne de 1980", *Actes du colloque sur la vente internationale*, La collection Bleue, Wilson & Lafleur Itée, 1989, p. 235.

²⁰ aa.vv, *Le contrat économique International*, Travaux des VII journée d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Edition Etablissement Bruylant, 1975, pp. 186 ss.

²¹ Artículo 67 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de estos y de buena fe y lealtad negocial, salvo las limitaciones que establezca la ley. La buena fe debe ser apreciada en el marco de la voluntad acordada en el convenio. El juez apreciará la buena fe en las fases precontractual, contractual, y de ejecución bajo las reglas de justicia y cooperación contractual internacional".

²² Artículo 68 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “Los contratos se reputan internacionales cuando las partes se encuentren domiciliadas en Estados diferentes y cuando: 1) el contrato contenga una prestación u obligación que recaiga sobre servicios, bienes o capital que produzcan sus efectos en el territorio de la República de Panamá; 2) los servicios, bienes o capital o su causa jurídica se hayan perfeccionado en el territorio de la República de Panamá; o 3) las partes hayan incluido una cláusula atributiva de jurisdicción a favor de los tribunales panameños”.

²³ Artículo 976 del Código Civil: “La obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

²⁴ G. Boutin, *El contrato de leasing internacional*, 1º ed., Mizrachi & Pujol, S.A., 1983, p. 32.

²⁵ G. Boutin, *Del contrato de factoraje internacional*, Editions Etude Maître Boutin, 1998, p. 12.

²⁶ L. O. Baptista / P. Durand-Barthez, *Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international*, L.G.D.J., 1986, pp. 64-69.

²⁷ Artículo 72 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “La autonomía de la voluntad de las partes estará limitada únicamente pro el orden público y el fraude a la ley”.

²⁸ G. De la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités*, Dalloz, 1967, p. 28.

²⁹ Artículo 75 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “La nulidad de los contratos en cuanto a su forma se rige por la ley que gobierna la forma de estos. La nulidad que afecta la parte sustantiva del contrato se rige por la ley aplicable al contrato conforme a lo que dispone el artículo 69”.

³⁰ Artículo 69 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “Los contratos internacionales están sujetos a la ley designada por la autonomía de la voluntad de las partes. En ausencia de esta, el juez aplicará la ley del lugar de cumplimiento de la obligación y, cuando este no se pueda determinar, el juez aplicará la ley del Estado que presente el vínculo más estrecho con el contrato internacional y, en su defecto, la ley del foro”.

³¹ Artículo 67 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá (nota 17).

³² G. Boutin, “La anulación del laudo arbitral por desnaturalización de su carácter internacional”, *DeCITA*, vol. 7/8, 2007, p. 436.

³³ Artículo 800 del C.J.: “El derecho extranjero se podrá probar mediante copia de las normas pertinentes, decisiones de los tribunales, estudios doctrinales o dictámenes rendidos por abogados idóneos. No obstante lo anterior, el juez podrá investigar directamente el derecho extranjero, acudiendo a cualquier fuente o medio idóneo (...)”.

³⁴ Artículo 419 de la Ley de 1982 de procedimiento marítimo: “Las sentencias finales, laudos arbitrales, sentencias interlocutorias y resoluciones que decreten medidas precautorias, pronunciadas en Estados extranjeros, tendrán en la República de Panamá la fuerza que establezcan los tratados respectivos, previa declaratoria de ejecutabilidad o exequátur, decretada por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. La notificación de la petición de declaratoria de ejecutabilidad se realizará a aquel contra quien se dirija la acción con base en los trámites establecidos en el artículo 400. Mientras esté pendiente dicho trámite, una copia autenticada de la resolución extranjera servirá de base para solicitar medidas cautelares ante los Tribunales Marítimos de Panamá.”

³⁵ Artículo 1121 del C.J.: “Cuando en la interposición o sustentación de un recurso se incurra en error respecto a su denominación o en cuanto a la determinación de la resolución que se impugne, se concederá o se admitirá dicho recurso, si del mismo se deduce su propósito y se cumplen las disposiciones pertinentes de este Código”.

³⁶ N. Carreyo, *Collazos Jurisprudencia de derecho Marítimo*, Litho, 1986, p. 113.

³⁷ Sala Primera de lo Civil, 27/02/1996, “*Affaire Banco Cafetero de Panamá vs Banco Exterior de los Andes*”.

³⁸ Artículo 81 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “Se entiende por operadores de comercio o agentes económicos toda persona comerciante que produzca dentro de su actividad servicios, bienes o capital dentro del mercado internacional o nacional (*lex mercatoria*). Se presume la igualdad contractual entre comerciantes”.

³⁹ G. Boutin, *El fideicomiso en el derecho internacional privado panameño*, Montevideo, Uruguay, 1987, p. 14.

⁴⁰ G. Boutin, “La Convención centroamericana reguladora de la garantía hipotecaria y sus derivados, en el marco del derecho internacional privado de la integración centroamericana y su incidencia en el derecho panameño”, *Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, p. 217.

⁴¹ V. López Carrasco / M.A. Pozo Arranz / E.P. Rodríguez de Castro, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, Granada, Comares, 1999, p. 6.

⁴² Artículo 73 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “Los contratos internacionales se perfeccionan con la aceptación de la oferta en los términos pactados. Las partes podrán acudir a los sistemas de mediación o a cualquier otro método de solución de conflictos”.

⁴³ Las reglas de la CNUDMI, Las reglamentación de la Cámara de Comercio Internacional, etc.

⁴⁴ M. Jaccard, *La conclusión de contrats par ordinateur*, Berne, 1996, p. 304.

⁴⁵ G. Boutin, *Conflictos de jurisdicción en el derecho internacional privado*, Medellín, Universidad de Medellín, 2014, p. 138.

⁴⁶ J.J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les homes*, Gallimard, 1965, p. 43.

⁴⁷ G. Boutin, “La parte débil en los contratos privados internacionales”, *Revista de Derecho Privado*, Panamá, Universidad de Panamá, 2002, p. 261.

⁴⁸ A.C. Inhoff-Scheier, *Protection du Consommateur et contrats internationaux*, Georg Librairie Genève, 1981, p. 11.

⁴⁹ N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988, p. 31.

⁵⁰ A.S. Muzuaghi, *Le Déclin des clauses d'exoneration de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, p. 238.

⁵¹ A.M. Matos, *Les Contrats Transfrontières Conclus par les Consommateurs, au sein de l'Union Européenne*, Presses Universitaires D' Aix –Marseille, 2001, p. 83.

⁵² Artículo 90 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “Los contratos del consumidor, entendiéndose por tales aquellos en los que una de las partes sea una persona natural o jurídica que adquiere de un proveedor bienes o servicios finales de cualquier naturaleza, se rigen por la ley del lugar donde concluyó la transacción. A elección del

consumidor, este podrá recurrir a la jurisdicción de su domicilio, a la del lugar de conclusión del contrato o a la que le sea más favorable, en función del principio del interés superior del consumidor. Se entiende por la ley más favorable la ley de la reparación y protección más apropiada al interés del consumidor”.

⁵³ G. M. Correa Meyer Russomano, *Derecho internacional privado del Trabajo*, México, Universidad Autónoma de México, 1987, p. 11 y p. 19.

⁵⁴ P. Coursier, *Le Conflit de Lois en Matière de Contrat de Travail*, L.G.D.J., 1993, p. 22.

⁵⁵ Artículo 89 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “La ley aplicable a las relaciones individuales de trabajo se regirá por las reglas siguientes: 1. cuando la relación laboral individual se desarrollan de forma fija, se someterá a la ley de ejecución del contrato de trabajo; 2. cuando la relación laboral individual se desarrolla temporalmente en el extranjero, regirá la ley de origen de la relación laboral; 3. cuando se trate de un destino en el extranjero de larga duración, se aplicará la ley del nuevo lugar de ejecución del contrato de trabajo, salvo que se trate de altos técnicos o directivos, casos en el cual se le seguirá aplicando la ley de origen o la pactada por las partes; 4. cuando se trate de destinos múltiples en el extranjero, se aplicará la ley del domicilio principal de la empresa contratante o de la sucursal donde se contrata y dirige al trabajador, a elección de este. En todo caso que sea aplicable una ley extranjera a la relación de trabajo, el tribunal podrá declarar aplicables normas sustantivas del ordenamiento nacional, si considera que tales normas son de orden público, o de protección a grupos de trabajadores más vulnerables, siempre que se demuestre que ello servirá al interés de la justicia”.

⁵⁶ Artículo 87 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “Las convenciones colectivas internacionales se regirán por las cláusulas convenidas entre las organizaciones sindicales y el empleador o, en su defecto, por la ley del lugar de ejecución”.

⁵⁷ P. Rodière, *La convention collective de travail en droit international*, Paris, Litec, 1987, p. 11 y p. 21.

⁵⁸ C.T. Cam Quyen, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales*, Litec, 2002, p. 134.

⁵⁹ Artículo 82 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “Los contratos de representación y franquicia internacional se rigen por la autonomía de las partes, pero, en cuanto a la indemnización por ruptura o incumplimiento del contrato, por la ley de ejecución del contrato o la de mayor protección al concesionario o franquizado a elección de este último”.

⁶⁰ Artículo 5 del Código Civil: “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto ella misma disponga otra cosa o designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención. 5A. Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los panameños aunque residan en países extranjeros”.

⁶¹ G. Gurti, “La volonté de parties en Droit international privé”, *Recueil des cours*, vol. 137, 1972, p. 890.

⁶² P. Nygh (nota 10), pp. 66-67.

Resumen

El presente trabajo hace un repaso histórico de la extensión del principio de la autonomía de la voluntad a la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales, hasta la entrada en vigencia en Paraguay de la ley n° 5393/2015 “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”. A tal fin, se recopila la discusión doctrinaria y jurisprudencial en tres etapas bien diferenciadas del derecho nacional, hasta la incorporación de esta novedosa ley en consonancia con la progresiva internacionalización del derecho privado paraguayo. Finalmente, se ofrece una breve exposición de las consecuencias inmediatas y principales limitaciones a la extensión de la autonomía de la voluntad, reglamentadas en la ley n° 5393/2015.

Abstract

This paper makes a historical review of the extension of the principle of party autonomy to the choice of law in international contracts, until the entry into force in Paraguay of law n° 5393/2015 “On the law applicable to international contracts”. To this end, the doctrinaire and jurisprudential discussion is collected in three distinct stages of the national legislation, until the incorporation of this new law in line with the gradual internationalization of the Paraguayan private law. Finally, the author offers a brief account of the immediate consequences and main limitations on the extent of party autonomy, as regulated in law n° 5393/2015.

Sumario

I. Introducción

II. Desarrollo histórico de la materia en el derecho paraguayo. 1. Primera etapa: la autonomía de la voluntad en el Código civil y la posición doctrinaria. A) Posición doctrinaria favorable a la extensión del principio. B) Posición doctrinaria contraria a la extensión del principio. 2. Segunda etapa: adopción de instrumentos internacionales con carácter autonomista y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. A) Instrumentos internacionales adoptados desde 1995. B) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. 3. Tercera etapa: entrada en vigencia de la ley n° 5393/2015 y reglamentación de la materia. A) La autonomía de la voluntad como eje central de la ley. B) Consecuencias inmediatas de la consagración del principio. a) Amplia libertad de elección. b) Consolidación del soft law como fuente del derecho. c) Separabilidad de la cláusula de elección del derecho y exclusión del reenvío. d) Aplicación de la regla del vínculo más estrecho en caso de ausencia o ineficacia de la elección. D) Limitaciones al principio. a) Contratos excluidos. b) Orden público y leyes de policía. c) La idea del fraude a la ley.

III. Conclusión.

Extensión de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales: la experiencia en el ordenamiento jurídico paraguayo

Pablo A. Debuchy Boselli*

I. Introducción

En una sugerente proposición, el Prof. Trevor Hartley ha sostenido lo siguiente: “a través de su historia, los académicos han intentado encontrar las bases de las normas de conflicto en algo más sustancial que el derecho ordinario. De alguna manera, había la sensación de que un conjunto de reglas que determinase el límite hasta el cual el ordenamiento de un Estado pudiera extenderse a la esfera internacional debía derivar de una autoridad superior a la del mismo ordenamiento jurídico”.¹

Durante el apogeo de las teorías del derecho natural y de la filosofía del *laissez-faire* (1770-1870),² caracterizada por una disociación entre las ideas intervencionistas –como la del orden público– y el derecho de los contratos, era incontestable el postulado de que tal autoridad superior, de ser concebible, derivaba de la autonomía de la voluntad; prueba de esta afirmación es el peso de los defensores del dogma

como Kant, quien sostenía que “cuando alguien decide algo con respecto a otro, es siempre posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide para sí mismo”.³

A pesar de la atenuación de esta posición en los tiempos modernos, la autonomía de la voluntad sigue ocupando un lugar preponderante en la contratación, máxime con la internacionalización del derecho de los contratos, que ha llevado al necesario cuestionamiento acerca de la efectividad de los ordenamientos jurídicos nacionales para seguir regulando la materia con carácter excluyente. En esta línea, sostiene Ruiz Díaz Labrano que “los contratos hace tiempo han dejado de ser una relación puramente local, la mayoría de los que se realizan hoy en el tráfico comercial internacional, son contratos internacionales cuyos elementos tienen crecientemente contactos objetivos con ordenamientos jurídicos de diversos Estados”.⁴

En lo que respecta al derecho internacional privado (DIPr), esta cuestión tiene especial trascendencia,⁵ en cuanto es probablemente aquí donde más se evidencia la discusión –aparentemente paradójica– del carácter público o privado del DIPr.⁶ En este sentido, y como es sabido, la doctrina restrictiva del DIPr limita su objeto exclusivamente a los conflictos de leyes,⁷ y a las reglas que los juzgadores deben seguir para determinar el derecho aplicable a la relación internacional.

Desde esta concepción, se entiende *prima facie* que la aplicación de una determinada regla de conflicto –y por ende, del derecho al que esta regla remite– no está disponible para los intervinientes de la relación; de hecho, basta leer la redacción de las normas de conflicto en la mayoría de las legislaciones nacionales –incluyendo el Código Civil paraguayo– para entender que su aplicación no está sujeta a la disposición de las partes, y ni siquiera de los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, ¿qué pasa si, desde un comienzo, no hay conflicto? Es decir, ¿qué ocurre si los intervinientes eligen, de común acuerdo, el derecho que desean que rijan su relación jurídica de derecho privado? En respuesta, Moreno Rodríguez sostiene que “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”.⁸

Claro está que en el movimiento pendular de la libertad contractual, el tratamiento de la libertad de elección del derecho aplicable varía, con relativa frecuencia, en los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente en lo que respecta a su reconocimiento y a su dinámica con las normas estatales imperativas.

Paraguay no es la excepción, y como se verá en los siguientes párrafos, el tema ha tenido un desarrollo progresivo hasta la entrada en vigencia de la ley n° 5393/2015 “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, instrumento normativo vanguardista en la región, y que si bien aún carece de desarrollo jurisprudencial, parece haber marcado definitivamente el camino del derecho paraguayo hacia una visión más cosmopolita del derecho de los contratos.

Resta por advertir que este trabajo es, hasta de forma inevitable, un homenaje a los grandes maestros nacionales,

que en su encomiable labor en la doctrina del DIPr han agotado, con incomparable calidad, el estudio de la materia; en consecuencia, todo análisis posterior que esta obra pudiera ofrecer no puede más que conformarse con reproducir sus invaluable enseñanzas y servir como prueba del alto reconocimiento que se merecen.

II. Desarrollo histórico de la materia en el derecho paraguayo

Siguiendo la metodología propuesta por la doctrina,⁹ se divide este estudio en tres etapas: la primera, basada estrictamente en las reglas del Código civil y en la posición doctrinaria; la segunda, con la adopción de instrumentos internacionales de notorio carácter autonomista, así como con importantes fallos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia; y, finalmente la tercera, con la entrada en vigencia de la ley n° 5393/2015.

1. Primera etapa: La autonomía de la voluntad en el Código Civil y la posición doctrinaria

El estudio del principio de la autonomía de la voluntad en el derecho contractual paraguayo se debe iniciar

desde el art. 669 del Código civil, que dispone que “los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos”.¹⁰

El principio es complementado con el de “santidad del contrato”, consagrado en el art. 715 del Código: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe”.¹¹

Claramente, y como en todo ordenamiento jurídico, la amplia potestad que confiere el principio a los contratantes no es absoluta, y encuentra su más fuerte limitación en las normas de carácter imperativo.

Precisamente, es desde la perspectiva negativa –es decir, desde la limitación– donde es posible identificar, con cierta claridad, un reconocimiento de la libertad de las partes para seleccionar el derecho aplicable a sus contratos; así, el Código dispone en el art. 9 que “los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

En lo que respecta específicamente a la aplicación del derecho extranjero, el Código Civil se aparta decididamente de su antecesor, y consagra en su art. 22 que “los jueces y tribunales aplicarán de oficio las leyes extranjeras, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de ellas”.¹²

De particular relevancia es además la última parte art. 22, que consagra una regla de aplicación por defecto del derecho nacional: “No se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos”.

La interpretación de las normas hasta aquí citadas parece llevar a una aceptación pacífica de la libertad de elección del derecho aplicable a los contratos, con los límites para los actos jurídicos en general. Sin embargo, tres artículos del Código han dado margen al debate.¹³

El primero de ellos, el art. 14 del Código, que dispone que: “la capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que éste pueda contener, serán

juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuere el domicilio de sus otorgantes”.

Por otro lado, la primera parte del art. 17 del Código establece que: “los derechos de crédito se reputan situados en el lugar donde la obligación debe cumplirse. Si éste no pudiere determinarse, se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor (...)”.

Vale agregar, a los fines de lo que se desarrollará más adelante, que el texto de esta última norma es una transcripción casi literal del art. 33 del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940,¹⁴ ratificado por Paraguay –incluyendo su Protocolo adicional– por ley n° 266/1955.

Finalmente, y para completar la exposición normativa relevante, se cita el art. 297 del Código: “Sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre la capacidad o incapacidad de las personas, y sobre la forma de los actos, éstos serán exclusivamente regidos, sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, prueba, validez y efecto, por las leyes de la República, cuando hubieren de ser ejecutados en su territorio, o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento (...)”.

Se pasa a continuación a exponer, en líneas generales, las dos posiciones doctrinarias que se han desarrollado en base a las disposiciones del Código Civil arriba citadas.

A) Posición doctrinaria favorable a la extensión del principio

La doctrina mayoritaria ha entendido que la autonomía de la voluntad consagrada en el Código Civil se extiende a la elección del derecho aplicable, fundada principalmente en los arts. 669 y 715 del Código Civil.

En este sentido, Silva Alonso se ha pronunciado de forma decidida a favor del reconocimiento del principio, en los siguientes términos: “Si las partes puede optar por el lugar de celebración de los contratos y de su cumplimiento, ¿por qué habría de pensarse que la ley paraguaya pondría obstáculos a la elección de una legislación extranjera para regir un contrato a cumplirse en el Paraguay si esa legislación nada tiene que afecte ni el orden público ni las buenas costumbres en nuestro país?”¹⁵

Respecto del problema que suscita la inclusión del art. 17, el citado autor ha manifestado que “dicho precepto debe cumplirse como norma supletoria de la voluntad de las partes”.¹⁶

En igual sentido, Ruiz Díaz Labrano expone que: “en efecto, si la ley autoriza a que las partes puedan reglar libremente sus derechos de naturaleza contractual, no existe obstáculo para que en los contratos internacionales se acuerden reglas sobre el derecho aplicable. Si las convenciones o acuerdos de naturaleza contractual, constituyen reglas a las cuales se someten como a la ley misma, no existe razón alguna para que no puedan determinar el derecho aplicable a la relación contractual (arts. 669, 715 y concordantes del Cód. Civil). En el DIPr contractual es perfectamente posible que las partes elijan directamente la ley a la cual deciden someterse –“*lex contractus*”–; acuerdos que tienen forma contractual y efecto legal en la medida en que no afecten el orden público, normas imperativas de aplicación inmediata o normas de policía”.¹⁷

Moreno Rodríguez, desde una perspectiva global del derecho paraguayo, formula las siguientes consideraciones: “los derechos latinoamericanos en general –y en lo que aquí me ocupa, el paraguayo en particular– son consecuencia de un ‘festín’ con el derecho comparado. No tiene sentido, entonces, que cuando debamos interpretar soluciones dudosas de

nuestros sistemas, nos cerremos hacia adentro. Menos aún ante el problema de la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado, a cuyo respecto, si bien las respuestas del Código Civil plantean interrogantes, ellas deberían quedar claramente despejadas cuando uno observa el impresionante abanico de normas constitucionales, convencionales y legales, que el Paraguay ha incorporado (...). En el tema puntual de la contratación transfronteriza a lo que debería apuntarse es, en definitiva, a que las partes obtengan lo que deseen. Cuando se reconoce el contrato, se pretende dar virtualidad a lo pretendido por los contratantes, hasta de manera coercitiva o, al menos, imponiéndose una sanción en caso de incumplimiento. ¿Cómo pretender hacer esto de manera justa, cuando desconocemos la voluntad de las partes? (...).¹⁸

B) Posición doctrinaria contraria a la extensión del principio

El postulado de la doctrina minoritaria se basa fundamentalmente en la incorporación del Protocolo adicional al Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940 al ordenamiento jurídico nacional, que en su art. 5 establece que “la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados, no pueden ser modificadas

por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”.

A falta de dicha norma expresa, autores como Pisano han entendido que el Código civil paraguayo en efecto no confiere esta autonomía conflictual –concepto al que nos referimos más adelante–, y al contrario contiene normas de DIPr específicas –arts. 14, 17 y 297– que ofrecen soluciones concretas, inspiradas en el Tratado de Montevideo de 1940.¹⁹

Por otra parte, en lo que respecta a la interpretación basada en los arts. 669 y 715 del Código, esta corriente distingue la autonomía material de la autonomía conflictual, entendida esta última como “la facultad que el legislador (nacional o extranjero) puede otorgar o no a las partes, de elegir el derecho aplicable al contrato internacional, a través del método conflictualista, indirecto o de elección”.²⁰

Desde esta posición doctrinaria,²¹ los citados artículos se refieren estrictamente a la vertiente material del principio de la autonomía de la voluntad, y se limitan al derecho interno nacional, resultando por ende inaplicables a relaciones internacionales en las que deben tenerse en cuenta las reglas el DIPr paraguayo.

Sin ánimo de asumir una posición en esta discusión –definitivamente zanjada con la entrada en vigencia de la ley n° 5393/2015– el autor llama una vez más la atención a la regla del art. 22 *in fine* del Código, de inaplicabilidad del derecho extranjero cuando el derecho paraguayo resulta más favorable a la validez del acto. En este sentido, resulta curioso que esta disposición haya dejado a entero criterio del juzgador la determinación de la ley más favorable –entiéndase entre dos derechos que podrían conferir validez–, sin hacer mención siquiera de la voluntad de las partes como criterio de determinación del derecho aplicable.

Como corolario de lo anterior, lo que conviene destacar aquí es que, al no existir una disposición expresa en el ordenamiento jurídico nacional, las normas del Código Civil dejaban margen a la interpretación, situación cuanto menos indeseable en una disciplina como la contratación internacional, en la que la predictibilidad tiene preponderancia.

2. Segunda etapa: Adopción de instrumentos internacionales con carácter autonomista y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

A) Instrumentos internacionales adoptados desde 1995

A mediados de la década de 1990, Paraguay empieza una vertiginosa “internacionalización” de su derecho privado, con la adopción de instrumentos que rigen primordialmente la contratación y el arbitraje internacional.

Nobleza obliga a destacar ejemplos anteriores a esa época, como la adopción del Tratado de Montevideo de 1940 al que nos hemos referido más arriba, único instrumento internacional aprobado por el país que trata de forma directa la problemática del derecho aplicable. Así también se puede destacar la ratificación de la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, por ley n° 611/1976.²²

No obstante lo anterior, pondremos énfasis en los instrumentos ratificados desde 1995 en lo sucesivo, por el causal y la importancia de los mismos en la materia que nos ocupa.

Se debe empezar así por mencionar al Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia contractual, aprobado en el marco del MERCOSUR por ley n° 597/95. Este protocolo reconoce, en su art. 4, la facultad de las partes de acordar la jurisdicción a la que someterán sus controversias, incluyendo la posibilidad de prórroga a favor de tribunales arbitrales.²³

De aún mayor trascendencia es la ratificación de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, por ley n° 948/1996. Este instrumento, que por sí mismo amerita un estudio más profundo que lo que esta obra pretende abarcar, “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”.²⁴

La relevancia de este instrumento para nuestra materia no puede ser sobreestimada, pues consagra los principios internacionales bajo los cuales la República del Paraguay –junto con otros más de 150 Estados signatarios– admite el reconocimiento y ejecución de laudos dictados en jurisdicción arbitral internacional.

Respecto de este último punto, Rivera señala enfáticamente que “un principio esencial en el derecho del comercio internacional es el de autonomía de las partes para elegir la ley por la cual se ha de regir el contrato internacional”.²⁵ Por su parte, Lew, Mistelis y Kröll expresan que “todas las leyes de arbitraje modernas reconocen la autonomía de la voluntad, es decir, que las partes son libres para determinar la ley o las reglas de fondo aplicables al mérito de la disputa a ser resuelta por arbitraje. La autonomía de la voluntad otorga a los contratantes un mecanismo para evitar la aplicación de leyes desfavorables o inapropiadas en una controversia internacional. Esta elección es y debería ser vinculante para el tribunal arbitral. Esto está confirmado en la mayoría de los reglamentos de arbitraje”.²⁶

La incorporación plena de esta tendencia por el Paraguay se dio con la entrada en vigencia de la ley n° 1879/2002 “De arbitraje y mediación”, que adoptó casi de manera íntegra la ley modelo de UNCITRAL de 1985. Esta ley consagra de forma expresa, en su art. 32 referente a las normas aplicables al fondo del litigio, que “el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda

indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes (...)”.

Finalmente, aunque no por ello menos relevante, es la incorporación de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, ratificada por ley n° 2611/2005, instrumento que se sustenta –aunque no de forma irrestricta– en la libertad de los contratantes de elegir las reglas que le serán aplicables, al disponer en su art. 6 que “las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”.²⁷

B) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

En lo que refiere a la jurisprudencia nacional durante esta segunda etapa, la máxima instancia judicial zanjó virtualmente toda discusión en el acuerdo y sentencia n° 82 del 21 de marzo de 2013, en la “*Reconstitución del Expte. Hans Werner Bentz c. Cartones Yaguareté S.A. s/ Incumplimiento de contrato*”, dictado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.²⁸

El caso, referente a un contrato de prestación de servicios entre un ciudadano alemán y una empresa, llevó a la Corte al estudio de la validez de una cláusula contractual que disponía la aplicación del derecho de la República Federal de Alemania, y por ende –y, vale decirlo, enhorabuena– al análisis del problema de extensión de la libertad contractual a la elección del derecho aplicable.

El voto de la mayoría, emitido por el Ministro Torres Kirmser, entra en primer lugar a una enunciación de los elementos usuales de internacionalidad, para destacar que el contrato objeto de la litis era un contrato internacional o transnacional.

Luego, en un estudio sistemático y de fuentes de los arts. 22, 297, 669 y 715 del Código Civil –de lectura altamente recomendada, reiteramos– la Corte concluye, en concordancia con los ilustres doctrinarios nacionales a los que nos hemos referido más arriba, que: “(...) no corresponde indagar cuál sea el derecho y jurisdicción aplicables según la normas de conflicto cuando exista una declaración expresa de las partes que establezca cuál es la normativa que deba reglar sus relaciones y siempre que esta elección no contravenga normas de orden público

o derecho irrenunciables. Si se quiere decir de otra manera, el derecho y jurisdicción aplicables según las normas de conflicto deben respetar el contenido contractual convencionalmente establecido en cuanto el mismo no violente el *ius cogens* nacional (...). Por lo tanto, la elección del derecho aplicable hecha por las partes en el contrato, vale como contenido normativo del acuerdo en cuestión, para reglar los derechos de las partes en tanto y cuanto no afecte disposiciones imperativas del derecho nacional. Esto surge, además y a riesgo de ser reiterativos, de una correcta interpretación del art. 297 del CC, en cuanto el mismo refiere a la formación, prueba, validez y efectos del acto jurídico; más no a su contenido, que puede ser libremente establecido a tenor del art. 669 del CC, y valorado a la luz de su conformidad o no a normas imperativas del derecho nacional. Dicho contenido puede ser, sin inconvenientes, establecido *per relationem*, es decir, con referencia a elementos externos al contrato”.

En base a lo expuesto, puede sostenerse sin temor a equívocos que en esta segunda etapa se consolidó la tesis favorable a la extensión de la autonomía de la voluntad a la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales, que sería definitivamente

reglamentado casi dos años después del fallo de la Corte Suprema de Justicia.

3. Tercera etapa: entrada en vigencia de la ley n° 5393/2015 y reglamentación de la materia

A) La autonomía de la voluntad como eje central de la ley

El 21 de enero de 2015 entra en vigencia la ley n° 5393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, producto de la incansable labor del Dr. Moreno Rodríguez,²⁹ quien como miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y representante del gobierno nacional, jugó un papel gravitante en la redacción y aprobación de los Principios de La Haya que regulan la materia.

En efecto, la ley nacional –en vigencia antes de la aprobación de los Principios de La Haya– combina, gracias a la pericia de su autor, estos principios vanguardistas con las ventajas de un instrumento antecedente, la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, resultado de la CIDIP V y aprobada en la ciudad de México en 1994.³⁰

B) La autonomía de la voluntad como eje central de la ley

La principal característica de la nueva ley es la consagración expresa –excluyendo así, de forma definitiva, el controversial art. 5 del Protocolo adicional del Tratado de Montevideo– la libertad de las partes de elegir el derecho que regirá en los contratos internacionales.³¹

Estos últimos se constituyen además, con la entrada en vigencia de esta ley, en una figura con características distintivas de los contratos estrictamente domésticos.³² En tal sentido, el art. 2 refiere a la internacionalidad del contrato, que si bien es una premisa básica para la aplicabilidad de la ley, es interpretada de la manera más amplia posible, y solamente quedan excluidos de su aplicación aquellos contratos en los que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado.

C) Consecuencias inmediatas de la consagración del principio

Ahora bien, más que la enorme importancia del reconocimiento de la libertad de elección del derecho aplicable a los contratos internacionales como figura autónoma, conviene dedicar las siguientes líneas sintetizar algunas

consecuencias inmediatas –aunque no todas– de la positivización del principio, acertadamente reglamentadas en la ley n° 5393/2015.

a) Amplia libertad de elección

En este punto, es destacable la incorporación del *dépeçage* o fraccionamiento legislativo, como derivación de la libertad de elección. Así, el art. 4.2 de la ley autoriza a las partes a elegir: a) el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato; y b) distintos derechos para diferentes partes del contrato, en la medida que estas sean claramente distinguibles.

Por otra parte, el art. 4.3 de la ley admite modificaciones en la elección del derecho aplicable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, siempre y cuando con esto no se vea afectada su validez formal ni los derechos de terceros.

Finalmente, el art. 4.4 disocia enteramente al derecho paraguayo de la teoría de localización de los contratos internacionales, al consagrar que no se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción.

Esta amplia libertad de elección se extiende, según el art. 13 de la ley,

a todos los aspectos del contrato entre las partes, y en particular a: a) su interpretación; b) los derechos y obligaciones derivados del contrato; c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo la valoración de los daños y perjuicios; d) los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; f) la carga de la prueba y las presunciones legales; y g) las obligaciones precontractuales.

b) Consolidación del *soft law* como fuente del derecho

Una de las principales novedades de la ley es la consolidación del *soft law* o derecho no estatal como potencial fuente del derecho aplicable, al consagrar en su art. 5 que la referencia a derecho incluye normas de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas.

Esta incorporación es un evidente guiño a los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, que en su preámbulo (versión 2010) expresan que los mismos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.

c) Separabilidad de la cláusula de elección del derecho y exclusión del reenvío

Consecuencia lógica del eje central de la ley es la separabilidad de la cláusula de elección del derecho del resto del contrato (art. 9) y la exclusión de las normas de conflicto de leyes del derecho elegido por las partes, salvo convención expresa en contrario (art. 10).

d) Aplicación de la regla del vínculo más estrecho en caso de ausencia o ineficacia de la elección

Una importante modificación del ordenamiento jurídico nacional es la contenida en el art. 11, que establece que si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos.

Esta disposición reemplaza así, en lo que respecta a los contratos internacionales, a otras reglas de conflicto contenidas en el Código Civil (*vgr.* arts. 14, 17, 22 y 297) potencialmente aplicables de forma supletoria a la elección de las partes.

El citado artículo encomienda al juzgador la tarea de tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos

que se desprendan del contrato para determinar el derecho el cual tiene vínculos más cercanos.

A) Limitaciones al principio

Otra cuestión fundamental de la que se ocupa la ley es de las limitaciones al principio de libertad de elección, en concordancia con la regla general del art. 669 del Código y con las particularidades de la materia.

a) Contratos excluidos

El art. 1 de la ley excluye a los contratos de consumo, trabajo, franquicia, representación, agencia y distribución de su ámbito de aplicación.

En cuanto a los contratos de consumo y trabajo, la ley sigue la lógica de los Principios de La Haya,³³ en cuanto “las leyes sustanciales de varios Estados someten a los contratos de consumo y trabajo a reglas proteccionistas especiales que las partes no pueden derogar por contrato. Estas reglas buscan proteger a la parte más débil –consumidor o trabajador– de un abuso de la libertad de contratación, y esta protección se extiende al derecho internacional privado, donde se manifiesta como una exclusión o limitación de la autonomía de la voluntad”.³⁴

En los comentarios a los Principios se aclara que esta exclusión de los contratos de consumo y trabajo es meramente ilustrativa, y por ende puede extenderse a otros contratos no comerciales, razón por la que la ley paraguaya amplía la lista de contratos excluidos con los representación, agencia y distribución, que cuentan con una regulación autónoma en virtud de la ley n° 194/93 que, según lo ha sostenido a la Corte Suprema de Justicia, contiene normas de orden público indisponibles para los contratantes.³⁵ También se incluye al contrato de franquicia, no tipificado en la legislación nacional, pero análogo a estos últimos contratos en cuanto a su objeto.³⁶

b) Orden público y leyes de policía

El art. 17.1 de la ley establece, como es de esperarse, que la elección de las partes del derecho aplicable no impide que el juez aplique las normas imperativas del derecho paraguayo que, según este derecho, deben prevalecer aún en ausencia de la elección de un derecho extranjero.

Por su parte, el art. 17.2 dispone que el juez puede tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación.

Finalmente, el art. 17.3 agrega que el juez puede excluir la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público.

La dinámica entre la autonomía de la voluntad y el orden público amerita por sí misma un trabajo más extenso de lo que aquí se pretende cubrir, aunque no podemos dejar de mencionar el interesante agregado del art. 17.2, en cuanto extiende los poderes de policía del juez nacional más allá del orden público estrictamente doméstico, en un guiño más del derecho paraguayo a la idea del orden público internacional, como ya lo hiciera en la ley n° 1879/2002 “De arbitraje y mediación”.³⁷

III. Conclusión

El derecho paraguayo ha experimentado un notable desarrollo hacia la internacionalización en los últimos años, en cuyo eje central siempre ha estado el tratamiento del principio de la autonomía de la voluntad.

La entrada en vigencia de la ley n° 5393/2015 pone fin a una larga discusión, y consolida la libertad de elección

del derecho aplicable a los contratos internacionales, en un conjunto de reglas que reflejan los más recientes avances en la materia.

Paraguay puede decir con mucho orgullo que no se ha limitado a adoptar estas reglas como resultado de una “moda” internacional. En efecto, y como se ha evidenciado en este trabajo, la cuestión ya era objeto de enriquecedores debates en la doctrina nacional.

Lo que es más, el Paraguay se ha tomado el atrevimiento, con la valiosa guía de sus exponentes, de participar activamente en el desarrollo de instrumentos internacionales de vanguardia —i.e. los Principios de La Haya—, constituirse en el pionero en la positivización de estos principios, e imprimirle características criollas que pueden ser aprovechadas por otros países de la región.

Queda un largo camino por recorrer, en el que la jurisprudencia nacional jugará un papel preponderante en la implementación de estas novedades legislativas. Entretanto, podemos decir con convicción que Paraguay se está afianzando como un actor clave en el noble proceso de internacionalización del derecho privado.

* Abogado egresado de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (2010). Master of Laws in International Legal Practice por el Instituto de Empresa de Madrid, España (2012). Título de Posgrado del Programa “Global Law” de la Fundação Getulio Vargas de São Paulo, Brasil (2012). Profesor auxiliar de la cátedra de derecho constitucional I y contratos en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la UCA. Procurador Delegado en la Procuraduría General de la República. Miembro de ASADIP desde el 2012.

¹ T. Hartley, “The Modern Approach to Private International Law. International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective”, *Recueil des Cours*, t. 319, 2006, p. 25 (traducción del autor).

² Al respecto, y para un estudio acabado desde la óptica del derecho de los contratos, se recomienda la lectura de la brillante exposición de A.S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979.

³ Citado por A. Alterini, *Contratos comerciales. De consumo. Teoría general*, 2° ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 63.

⁴ R. Ruiz Díaz Labrano, *Derecho internacional privado*, Asunción, La Ley Paraguaya, 2010, pp. 661-662.

⁵ La complejidad del tema, especialmente a nivel regional, es puesta en resalto por Fernández Arroyo y Fresnedo de Aguirre en los siguientes términos: “La autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales es uno de los temas que ha despertado mayores polémicas en la doctrina y la jurisprudencia. Es un tema que siempre ha estado presente y, sobre todas las cosas, no es un tema aséptico que pueda resolverse por argumentos teóricos abstractos y aislados de la realidad del comercio internacional. Se trata de un tema de hondo contenido político en el cual están en juego intereses comerciales relevantes y que en algún momento se planteó en relación con el ordenamiento entre “países desarrollados y subdesarrollados”. D.P. Fernández Arroyo / C. Fresnedo de Aguirre, en: D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 959.

⁶ Sobre el punto, Fernández Arroyo expresa que: “una de las definiciones esenciales que hemos asumido para esta obra es, como hemos visto, la que resalta el carácter ‘privado’ del DIPr. Esto que puede parecer una afirmación tautológica en la realidad no les tanto. Por un lado, no lo es porque paradójicamente las concepciones tradicionales del DIPr han sido claramente ‘publicistas’, razón por la que nunca está de más subrayar lo contrario (...). Lo que ahora nos interesa destacar, en tanto factor condicionante del DIPr de nuestros días, es a quién corresponde la reglamentación de las concretas relaciones que se producen en el tráfico privado internacional. Y es ahí donde se hace preciso mencionar cómo se viene desarrollando un marcado proceso de ‘privatización’ del poder regulador, fenómeno que puede analizarse en dos niveles: el referido al margen que tienen los particulares (personas físicas o jurídicas) en una relación jurídica para establecer su marco concreto de derechos y obligaciones recíprocas, y el vinculado con la actividad normativa y decisoria de alcance general elaborada fuera de los círculos oficiales”, D.P. Fernández Arroyo (nota 5), p. 79.

⁷ Concepción histórica —y anacrónica— que, en palabras de Silva Alonso, “se halla inspirada en la convicción que tenían los juristas medioevales, los primeros que examinaron este tipo de situaciones, de que en tales casos —presencia de un elemento extraterritorial en una relación

jurídica- existía una suerte de colisión o choque de sistemas jurídicos o conflictos de estatutos, como entonces se decía”. Ver R. Silva Alonso, *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Asunción, Intercontinental Editora, 2014, p. 25.

⁸ J.A. Moreno Rodríguez, *Contratación internacional y arbitraje*, Bogotá, Temis, 2014, p. 123. Este postulado fue desarrollado con suma elocuencia por Kaller De Orchansky, en los siguientes términos: “Si las partes intervinientes en un contrato internacional eligen, expresa o tácitamente, el derecho aplicable a tal contrato, están, por esa elección, excluyendo la aplicación del derecho señalado por el legislador en su correspondiente norma de conflicto. Operada la elección del derecho aplicable al contrato internacional, las normas de conflicto competentes antes de la elección son desplazadas. A la inversa, si los contratantes dejaren de ejercer su facultad, las normas conflictuales recobrarán toda su virtualidad y habrán de ser aplicadas por los tribunales competentes (...). La consagración de la autonomía de la voluntad transforma en subsidiario el régimen de derecho internacional en materia contractual de leyes o convenios internacionales (...)”, citada por R. Silva Alonso (nota 7), p. 288.

⁹ Al respecto, se recomienda la lectura del exhaustivo trabajo de J.A. Moreno Rodríguez, “Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado?”, *Temas actuales del derecho bancario y societario*, Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario (IPDBS), Asunción, Intercontinental Editora, 2015, pp. 121-201.

¹⁰ El antecedente de esta disposición, el art. 958 del Código Civil de Vélez Sarsfield (referente a la libertad de contratación), aunque similar en esencia, ofrecía una exposición más precisa de los límites de este principio: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

¹¹ Siguiendo la línea del Código de Vélez (art. 1197), cuya fórmula proviene a su vez de la enérgica expresión del art. 1134 del *Code français: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*.

¹² El art. 13 del Código de Vélez, antecesor del Código Civil vigente, daba un tratamiento diametralmente opuesto al derecho extranjero, en cuanto establecía que “la aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial”. Curiosamente, antes de la entrada en vigencia del nuevo Código (por Ley n° 1183/85, y que entró a regir desde el 1° de enero de 1987), ya estaba establecido en el Código de Organización Judicial (Ley n° 879/81), en su art. 9 in fine, que “la ley extranjera competente será aplicada de oficio por los jueces y tribunales de la República, sin perjuicio del derecho de las partes de alegar y probar su existencia, contenido y vigencia”.

¹³ Al respecto, se recomienda la lectura de la obra de B. Pisano, “La autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado paraguayo”, *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, año 32, n° 1, febrero 2009, pp. 1 ss.

¹⁴ Art. 33 del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940: “Los derechos sobre créditos se reputan situados en el lugar en donde la obligación de su referencia debe cumplirse. Si este lugar no pudiera determinarse al tiempo del nacimiento de tales derechos,

se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor. Los títulos representativos de dichos derechos y transmisibles por simple tradición, se reputan situados en el lugar en donde se encuentran”.

¹⁵ R. Silva Alonso (nota 7), p. 287.

¹⁶ R. Silva Alonso (nota 7), p. 287.

¹⁷ R. Ruiz Díaz Labrano (nota 4), p. 666.

¹⁸ J.A. Moreno Rodríguez, “Autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado paraguayo”, *Libro Homenaje a Tatiana Maekelt*, Asunción, CEDEP, 2010, pp. 450-451.

¹⁹ En ese sentido, véase B. Pisano (nota 13).

²⁰ D. Fernández Arroyo / C. Fresnedo de Aguirre (nota 5), p. 974.

²¹ Defendida, entre otros, por Pisano (nota 13); 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. 235 ss.

²² Es de notar aquí el art. 3 de la Convención que establece que “a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial”. Las reglas de la CIAC, a su vez, consagraban expresamente la libertad de contratación respecto del fondo del litigio, y remitirse solamente de forma subsidiaria a las normas de conflicto. En este sentido, el art. 30 del reglamento (en su versión del 2002) disponía que “el tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estimen aplicables”.

²³ Art. 4 del Protocolo de Buenos Aires de 1994 señala: “En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales”.

²⁴ J.A. Moreno Rodríguez (nota 8), p. 239. Como se ha expresado más arriba, la Convención de Nueva York por sí misma da lugar a una infinidad de cuestiones relevantes para el derecho internacional privado, que ameritan un estudio más exhaustivo que el que permite esta obra. Para mayor abundamiento, además de la obra de J.A. Moreno Rodríguez citada *supra*, se recomienda la lectura de H. Kronke / P. Nacimiento / D. Otto / N.C. Port, “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. A global commentary on the New York Convention”, *Kluwer Law International*, 2010, especialmente, en los comentarios a los arts. V(1)(a) y 5(1)(d) de la Convención.

²⁵ J. Rivera. *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 688.

²⁶ J.D.M. Lew / L.A. Mistelis / S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, p. 413 (traducción del autor).

²⁷ Decimos que esta libertad no es irrestricta precisamente por lo previsto en el art. 12 de la Convención, en cuanto que “no se aplicará ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cual-

quier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos”.

²⁸ Fallo íntegro disponible *La Ley Online* (Cita online: PY/JUR/118/2013). El fallo ha sido exhaustivamente analizado en otra obra del Dr. J.A. Moreno Rodríguez, “Autonomía contractual transfronteriza en el Paraguay: ¡Habemus jurisprudencia!”, en: *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, pp. 373-386, a la cual nos remitimos.

²⁹ El análisis más completo de la nueva ley es autoría, como es de esperarse, de J.A. Moreno Rodríguez, “Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado?”, en: *Temas actuales del derecho bancario y societario*, Asunción, Intercontinental Editora, 2015, pp. 121-201, al cual nos remitimos.

³⁰ Instrumento que, no obstante, no fue ratificado por la República del Paraguay.

³¹ Conforme al art. 4 de la ley: “libertad de elección: 1) un contrato se rige por el derecho elegido por las partes (...)”.

³² A la que por cierto, ya no le son aplicables disposiciones contenidas en los arts. 14, 17, 687 y 699 del Código Civil, y disposiciones especiales en contrario, por disposición del art. 18 de la ley.

³³ Vale aquí resaltar una importante distinción entre el ámbito de aplicación originalmente previsto para los Principios de La Haya y el de la ley paraguaya. Los Principios hacen referencia –como su título lo indica– al carácter “comercial” de los contratos internacionales, distinción que si bien no es incluida expresamente en el texto 1.1, denota que la intención de los principios es limitarse a estos contratos, en los que el principio de la autonomía de la voluntad es ampliamente aceptada. En el derecho paraguayo la aclaración es innecesaria, por lo expuesto por Moreno Rodríguez: “Como la distinción entre contratos civiles y comerciales ya no tiene cabida en el derecho paraguayo a partir del año de entrada en vigencia del Código civil y comercial en 1987, la aclaración en el título resulta innecesaria, más aún ante el texto de la propia ley que se encarga de aclarar su ámbito de aplicación”, J.A. Moreno Rodríguez (nota 29), p. 133.

³⁴ Comentarios oficiales a los Principios sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, disponibles en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text> (traducción del autor).

³⁵ En este sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en “*Acción de inconstitucionalidad en: Gunder SCSA c. Kia Motores Corporation s/ indemnización de daños y perjuicios*”, acuerdo y sentencia n° 285 del 25/05/2006, cita *Online*: PY/JUR/267/2006.

³⁶ Como lo explica con característica claridad J.A. Moreno Rodríguez (nota 29), p. 134.

³⁷ En este sentido, el art. 40 de la ley de arbitraje autoriza la anulación del laudo arbitral, según su inc. b) cuando el tribunal compruebe que, según la ley paraguaya, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público internacional o del Estado paraguayo.

Resumen

México ha incorporado a su régimen jurídico diversas las leyes modelo y convenciones existentes tendientes a la unificación de los principios y legislaciones, especialmente en materia comercial. Delimitamos este estudio a las cuestiones directamente relacionadas con la celebración y ejecución de contratos internacionales, a saber: compraventa internacional de mercaderías; pagos internacionales; transporte internacional de mercaderías y comercio electrónico. Se hace un mapeo de la incorporación a nuestra legislación de leyes modelo, así como la celebración de tratados suscritos por México en relación directa a los contratos internacionales que, en ambos casos, han tenido lugar, principalmente, en el seno de la CNUDMI.

Sumario

- I. Introducción.**
- II. Compraventa internacional de mercaderías.**
 - 1. Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.
 - 2. Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías.
 - 3. Convención sobre representación en la compraventa internacional de mercaderías.
- III. Pagos internacionales.**
- IV. Transporte internacional de mercaderías.**
 - 1. Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional.
 - 2. Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías o reglas de Hamburgo.
- V. Comercio electrónico.**
 - 1. Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.
 - 2. Ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas.
- VI. Conclusiones.**

Análisis de la situación de los contratos internacionales en México

Carlos E. Odriozola Mariscal*

I. Introducción

Hemos elaborado el presente trabajo para ser presentado en las X Jornadas de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) bajo el tema “Los contratos internacionales, entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos”, a celebrarse los días 10 y 11 de noviembre de 2016 en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Nuestra intervención, dentro de la mesa “Reglamentación de los contratos internacionales: diferentes opciones en la legislación latinoamericana reciente”, tiene por objeto dar cuenta del desarrollo progresivo que ha tenido México en materia de contratos internacionales, concentrándonos en enumerar sus esfuerzos por incorporar al derecho mexicano las principales convenciones y leyes modelo existentes en la materia.¹

Entendemos por contratos internacionales aquellos en los que las partes contratantes se ubican en diversos Estados o son nacionales de diversos Estados. Los contratos internacionales y los contratos nacionales pueden resultar similares en cuanto a su naturaleza jurídica. No obstante, suelen surgir problemas de interpretación y ejecución en los contratos internacionales, como consecuencia de la diversidad de leyes aplicables a la relación contractual. En tratándose de la problemática derivada de los contratos internacionales, pueden existir dos soluciones posibles. La primera y más común, propia del derecho internacional privado (DIPr), es definir cual es la ley aplicable al contrato internacional mediante las llamadas leyes de conflicto. La segunda, con mayor complejidad y objeto de este estudio, es lograr un régimen contractual común aplicable a los contratos internacionales.²

Cuando hablamos de contratos internacionales, es bien sabido que su mayor desarrollo doctrinal y legislativo lo encontramos en la materia comercial o mercantil, habida cuenta de que es en el área del comercio y negocios internacionales donde encontramos un mayor tráfico jurídico internacional en el ámbito contractual. Bajo esa premisa, este trabajo tiene la finalidad de dar cuenta al lector sobre el estado actual de la regulación de los contratos internacionales en México, especialmente en ámbito mercantil.³

Analizaremos cual ha sido la incorporación al régimen jurídico mexicano de las leyes modelo y convenciones existentes tendientes a la unificación de los principios y legislaciones en materia comercial. No es motivo de este estudio las cuestiones atinentes a las reglas de conflicto mexicanas. Pretendemos hacer un mapeo de la incorporación a nuestra legislación de leyes modelo, así como la celebración de tratados suscritos por México en relación directa a los contratos internacionales que, en ambos casos, han tenido lugar, principalmente, en el seno de la CNUDMI.⁴

Delimitamos este breve estudio a las cuestiones directamente relacionadas

con la celebración y ejecución de contratos internacionales, a saber: compraventa internacional de mercaderías; pagos internacionales; transporte internacional de mercaderías y comercio electrónico. Excluimos el análisis del marco legal y convencional en materia de unificación de reglas de conflicto o determinación del derecho aplicable, a pesar de que en dichas materias ha existido un importante desarrollo reciente en México.⁵ También excluimos materias indirectamente relacionadas con los contratos internacionales, como pueden ser la insolvencia transfronteriza,⁶ a pesar que su incorporación a la legislación nacional ha dado lugar a un importante desarrollo jurisprudencial.⁷

De igual forma y por la misma razón, excluimos de nuestro estudio importantes avances en el marco legal mexicano en cuanto a la incorporación legislativa y convencional de cuestiones atinentes a la jurisdicción común especializada comercial internacional: el arbitraje comercial internacional. Los esfuerzos mexicanos para sumarse a las tendencias unificadoras del derecho mercantil internacional son conocidos: México es parte, desde 1971, de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución

de las sentencias arbitrales extranjeras;⁸ en 1993, nuestro país fue el primero en Latinoamérica en incorporar a su legislación la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de 1985;⁹ en México contamos con diversos centros de arbitraje que administran procedimientos arbitrales, prestan servicios administrativos en virtud del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI o actúan como autoridad nominadora en virtud del Reglamento.¹⁰

Hacemos una revisión del derecho mexicano en el ámbito de los contratos internacionales, analizando la incorporación de las principales leyes modelo en la materia al orden jurídico nacional. Abordamos también el análisis del marco convencional existente en nuestro país en ese tópico. No efectuamos un análisis pormenorizado, en cuanto a su contenido, de cada uno de los instrumentos y leyes modelos abordados, pues no es el objetivo de este trabajo. Pretendemos proporcionar, a los interesados en nuestro orden jurídico, una visión en conjunto de las acciones que han tenido lugar en México para sumarse al esfuerzo internacional por la unificación del derecho de los contratos internacionales.

II. Compraventa internacional de mercaderías

1. Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías¹¹

El antecedente de la Convención de CNUDMI sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías es la iniciativa iniciada en 1929 por la UNIDROIT para lograr un proyecto de ley uniforme en la materia. Suspendido el proceso por los avatares de la segunda guerra mundial, en 1964 se cristaliza el esfuerzo con la adopción de dos convenciones: Ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías¹² y Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías,¹³ mismas que entraron en vigor en 1972.¹⁴ La suscribieron nueve Estados, todos de Europa occidental e Israel. En 1976 la CNUDMI solicitó la opinión de los Estados miembros de la ONU respecto de las convenciones de UNIDROIT, por lo que decidió formar un grupo de trabajo que dirigió el jurista mexicano Jorge Barrera Graf, con el fin de elaborar una convención que pudiera tener una aceptación más

amplia. Ese esfuerzo cristalizó en la conferencia diplomática que tuvo lugar en Viena, aprobándose la Convención el 1 de abril de 1980.¹⁵

El contrato de compraventa es el fundamento del comercio internacional en todas las culturas y jurisdicciones. La Convención prevé un régimen uniforme para los contratos de compraventa internacional de mercancías, contribuyendo a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales, seguridad jurídica y a reducir los gastos de las operaciones comerciales. La Convención es aplicable a toda operación de compraventa concertada entre partes que tengan un establecimiento en alguno de los Estados parte. La Convención se aplica en forma directa, sin necesidad de recurrir a las reglas de derecho internacional privado para determinar la ley aplicable al contrato, lo cual contribuye notablemente a dar certeza y previsibilidad a los contratos de compraventa internacional.

Es innegable la importancia de esta convención para los contratos internacionales de compraventa de mercaderías. Actualmente está en vigor en 85 países, de los cinco continentes. México firmó el instrumento de adhesión el 29 de diciembre de 1987 y entró en vigor para nuestro país el 1

de enero de 1989, sin declaraciones o reservas. Para la Argentina¹⁶ entró en vigor desde el 1 de enero de 1988, con algunas declaraciones respecto de su aplicación.¹⁷

Es de tal importancia la Convención para México, que aparece textualmente referida en nuestra Ley de navegación y comercio marítimo como una norma de jerarquía en la materia junto con sus tratados internacionales complementarios: Convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías y Convención sobre la representación en la compraventa internacional de mercaderías.¹⁸

En cuanto a antecedentes judiciales, considerando la importancia de la Convención y lo ampliamente recurrida que debiera ser en los litigios comerciales internacionales, su desarrollo jurisprudencial en México es bastante limitado.¹⁹ En las bases de datos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),²⁰ solamente encontramos dos tesis jurisprudenciales referidas a la Convención²¹ mencionándola como fundamento para que en México se reconozca la obligatoriedad de los términos comerciales o INCOTERMS²² como medio para interpretar la intención de las partes en un contrato de compraventa internacional. Según

la base de datos referente a sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI, denominada CLOUT,²³ se documentan respecto de México solamente dos laudos arbitrales y tres sentencias jurisdiccionales referidas a la Convención, distintas a las que aparecen en la base de datos nacional.²⁴

2. Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías²⁵

La Convención sobre la prescripción se preparó y adoptó por la CNUDMI en 1974. La Convención fue enmendada en 1980 por un Protocolo encaminado a armonizar su texto con el de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. La Convención sobre la prescripción es complementaria a la Convención sobre la compraventa.

Como su nombre lo indica, la Convención establece reglas uniformes sobre el plazo de prescripción de las acciones derivadas de un contrato de compraventa internacional de mercaderías, en relación a su cumplimiento o validez. Al fijar normas para ese plazo, la Convención aporta seguridad jurídica a los contratos internacionales.

México firmó su adhesión a la Convención y el Protocolo el 1 de enero de 1988. Entró en vigor para México el 1 de agosto de 1988. Para Argentina entró en vigor en la misma fecha.

No obstante que la prescripción de los contratos es una cuestión que recurrentemente es materia de litigios, resulta que la Convención no tiene un gran desarrollo doctrinal ni jurisprudencial en México. En las bases de datos de la SCJN,²⁶ no existe un solo antecedente respecto de este instrumento internacional. En la base de datos referente a sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI, conocido como CLOUT, no existen laudos arbitrales o sentencias jurisdiccionales relativos a esta Convención, en referencia a nuestro país.

Sin embargo, como señalamos anteriormente, nuestra Ley de navegación y comercio marítimo señala a esta Convención como ley de mayor jerarquía en la materia junto con la Convención sobre la compraventa internacional de mercaderías y la Convención sobre la representación en la compraventa internacional de mercaderías.²⁷

3. Convención sobre representación en la compraventa internacional de mercaderías²⁸

La Convención define los derechos y obligaciones adquiridos por un comprador o vendedor que contrata con un representante de la otra parte. Regula las relaciones entre representante y representado en la compraventa internacional de mercaderías.

México es parte de la citada Convención, pues firmó el instrumento de adhesión el 11 de noviembre de 1987 y lo depositó ante el Gobierno de la Confederación Suiza el 22 de diciembre del mismo año. El decreto de promulgación de la Convención fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de febrero de 1988, con una fe de erratas publicada el 25 de abril del mismo año. México realizó diversas declaraciones interpretativas a la Convención.²⁹

La citada Convención no ha entrado en vigor internacional pues no ha alcanzado los diez instrumentos de adhesión necesarios para tal efecto.³⁰ Al igual que la Convención de prescripción, no tiene desarrollo doctrinal ni jurisprudencial en México. En las bases de datos de la SCJN,³¹ tampoco

existen antecedentes respecto de este instrumento internacional. En la base de datos referente a sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI, conocido como CLOUT, no existen laudos arbitrales o sentencias jurisdiccionales en México relativos a esta Convención.

Lo curioso es que la Convención ha dejado de aparecer en las bases de datos de la propia UNIDROIT.³² Tampoco aparece en la base de datos de la ONU sobre el estado de los tratados.³³ Sin duda se trata de una convención que, para efectos internacionales, está condenada al olvido.

No obstante, como hemos venido refiriendo, la Ley de navegación y comercio marítimo mexicana señala a esta Convención como ley de mayor jerarquía en la materia junto con la Convención sobre la compraventa internacional de mercaderías y la Convención sobre la prescripción en la compraventa internacional de mercaderías.³⁴

III. Pagos internacionales

En materia de pagos internacionales, México ha suscrito la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales.³⁵

Esta Convención es fruto de más de 15 años de trabajo de la CNUDMI.³⁶ Tiene por objeto eliminar las principales disparidades e incertidumbres que actualmente existen en relación a los títulos negociables utilizados en los pagos internacionales. Para su aplicación, las partes deben utilizar ciertas formas de títulos negociables en los que se indique que el título así emitido se regirá por la Convención de la CNUDMI.

La Convención busca superar las disparidades entre los diversos regímenes aplicables a los títulos negociables que existen en el mundo. Los anteriores intentos de unificar el régimen de los títulos negociables solo habían prosperado en el marco limitado de una región o entre países con una misma tradición jurídica. El texto de la Convención refleja la intención de unificar el derecho cambiario. En cuanto al fondo, la Convención regula la letra de cambio y al pagaré, con exclusión de los cheques. Regula de modo exclusivo la letra de cambio internacional y el pagaré internacional, sin afectar las diferentes leyes nacionales. Es optativo para el emisor del título someterlo a la Convención.

México se adhirió a la Convención desde el 11 de septiembre de 1992 y

fue promulgada el 27 de enero de 1993. No ha entrado en vigor internacional, pues se requieren 10 instrumentos de adhesión. Actualmente son 5 los Estados Parte: México, Gabón, Guinea, Honduras y Liberia. Signaron la Convención, pero no la han ratificado: Estados Unidos, Canadá y Federación de Rusia.

La Convención, dado que no ha entrado en vigor, ha tenido muy poco desarrollo doctrinal en nuestro país,³⁷ pero muestra el interés de México en sumarse al esfuerzo de la uniformidad en la materia. En las bases de datos de la SCJN,³⁸ no existe un solo antecedente respecto de este Convenio. En la base de datos referente a sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI, conocido como CLOUT, no existen laudos arbitrales o sentencias jurisdiccionales relativos a esta Convención.

IV. Transporte internacional de mercaderías

1. Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional³⁹

El Convenio ofrece un régimen uniforme de la responsabilidad del empre-

sario de una terminal de transporte por las pérdidas y daños que sufran las mercancías que sean objeto de transporte internacional durante su paso por la terminal, así como por toda demora del empresario de la terminal en efectuar la entrega de las mercancías.

La finalidad del Convenio es colmar lagunas en materia de pérdidas, daños y retrasos que tienen las convenciones relativas a transportes marítimo, aéreo, por carretera, por ferrocarril y multimodal. La Convención establece la responsabilidad del transportista hacia el dueño y, aunque éstos pueden recurrir al seguro para proteger sus pérdidas, el convenio busca elaborar un régimen uniforme de responsabilidad que proteja a los propietarios de las mercancías mientras éstas se encuentren en las terminales internacionales de transporte.

México firmó la Convención el 19 de abril de 1991, pero no la ratificó. A pesar de que la firmaron Francia, Filipinas, Estados Unidos y España, tampoco la han ratificado. No ha entrado en vigor internacional, pues se requieren cinco instrumentos de adhesión. Actualmente son cuatro los Estados Parte: Egipto, Gabón, Georgia, Paraguay.

La importancia que se supone que tendría el Convenio para nuestro país radica en que las empresas mexicanas, en el ámbito del comercio internacional, son mayormente usuarias del transporte internacional y no tienen un gran desarrollo como transportistas. El Convenio es proteccionista de los propietarios de las mercancías transportadas y se supone que tendrá el efecto de abaratar el precio de fletes y seguros.⁴⁰

Como no ha entrado en vigor, la Convención no tiene un desarrollo doctrinal significativo en México.⁴¹ Sin embargo, muestra el interés de México en sumarse al esfuerzo de la uniformidad en la materia. En las bases de datos de la SCJN,⁴² no existen antecedentes respecto de este Convenio. En la base de datos referente a sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI, conocido como CLOUT, no existen laudos arbitrales o sentencias jurisdiccionales relativos a esta Convención.

2. Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías o reglas de Hamburgo⁴³

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en su primer periodo

de sesiones, el 23 de marzo de 1964, estableció que era necesario analizar la posibilidad de adoptar reglas uniformes en materia de derecho marítimo. Hasta ese entonces regían en la materia las Reglas de La Haya,⁴⁴ mismas que luego fueron revisadas a través del Protocolo de 1968 o Reglas de Wisby.⁴⁵ Por considerar que estos instrumentos internacionales protegían los intereses de los países ricos, los países en vías de desarrollo lograron que la UNC-TAD examinara todos los aspectos relacionados con el derecho marítimo en general. La CNUDMI se ocupó de esa tarea desde el 27 de marzo de 1969, cuyos trabajos culminaron con la aprobación de las Reglas de Hamburgo el 30 de marzo de 1978.⁴⁶

Las Reglas de Hamburgo, en general, son una revisión profunda de las Reglas de La Haya. Mientras que las Reglas de La Haya fueron elaboradas por gente práctica dedicada al transporte marítimo de la época, las Reglas de Hamburgo fueron obra de un grupo de expertos de la CNUDMI, por lo que se afirma que son más técnicas.⁴⁷ El Convenio establece un régimen jurídico uniforme para los derechos y obligaciones de los cargadores, porteadores y consignatarios, cuando se celebra un contrato de transporte marítimo de mercancías.

Actualmente, la Convención cuenta con 34 Estados parte. México firmó la Convención el 31 de marzo de 1978, pero no la ratificó. El desarrollo doctrinal de la Convención en nuestro país es pobre y no existen antecedentes jurisprudenciales.

V. Comercio electrónico

1. Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico⁴⁸

La Ley Modelo facilita el comercio por medios electrónicos estableciendo un conjunto de reglas encaminadas a suprimir los obstáculos jurídicos y a dar una mayor seguridad jurídica al comercio electrónico. La Ley Modelo equipara el trato dado a la información sobre papel al trato dado a la información electrónica. La igualdad de tratamiento es esencial para hacer posibles las comunicaciones sin soporte de papel y para fomentar la eficacia en el comercio internacional.

Se trata del primer texto legislativo en que se plasmaron principios reconocidos como fundamentales para el comercio electrónico: la no discriminación,⁴⁹ la neutralidad respecto de los medios técnicos⁵⁰ y la equivalencia funcional.⁵¹ La Ley Modelo establece los requisitos concretos que deben

cumplir las comunicaciones electrónicas para realizar los mismos fines y desempeñar las mismas funciones que se persiguen en el sistema tradicional basado en el papel con determinados conceptos.⁵²

La Ley Modelo sobre comercio electrónico establece normas para la formación y la validez de los contratos concertados por medios electrónicos, para la atribución de los mensajes de datos, para el acuse de recibo y para la determinación del lugar y hora en que se envíen y reciban los mensajes de datos. Está diseñada con la intención de servir como guía a los usuarios del comercio electrónico, para encontrar soluciones contractuales, cuando las partes deciden la utilización de las vías electrónicas de comunicación.

México fue de los países que más rápidamente incorporaron la Ley Modelo a su legislación.⁵³ El decreto que la incorporó a nuestra legislación se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, reformando y adicionando el Código Civil Federal, del Código Federal de procedimientos civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de protección al consumidor.⁵⁴

La Ley Modelo, y su incorporación al orden jurídico mexicano, ha tenido un importante desarrollo doctrinal en México.⁵⁵ Su desarrollo jurisprudencial, es abordado más adelante en apartado especial.

2. Ley Modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas⁵⁶

La Ley Modelo sobre las firmas electrónicas tiene por objeto posibilitar y facilitar la utilización de las firmas electrónicas estableciendo criterios de fiabilidad técnica para la equivalencia entre las firmas electrónicas y las manuscritas. Puede ayudar a los Estados a establecer un marco legislativo moderno, armonizado y equitativo que permita regular con eficacia el trato jurídico de las firmas electrónicas de modo que su utilización no dé lugar a dudas sobre su seguridad.

Este modelo obedece a la necesidad de establecer un marco jurídico específico que reduzca la incertidumbre acerca de los efectos jurídicos que puede tener la utilización de medios electrónicos. La utilización de técnicas electrónicas de autenticación en sustitución de las firmas manuscritas y de otros procedimientos tradicionales de autenticación es cada día mayor. La Ley Modelo de firmas electrónicas complementa a la

Ley Modelo sobre comercio electrónico por lo que respecta al cumplimiento de la función de las firmas por medios electrónicos, siguiendo para ello un enfoque neutral en cuanto a los medios técnicos empleados. Ello significa que la legislación basada en esta ley modelo puede reconocer tanto las firmas digitales basadas en criptografía como las firmas electrónicas en que se empleen otras tecnologías.

La Ley Modelo sobre las firmas electrónicas se basa en los principios fundamentales comunes a todos los textos de la CNUDMI que rigen el comercio electrónico, a saber, la no discriminación, la neutralidad respecto de los medios técnicos y la equivalencia funcional. La Ley Modelo establece criterios de fiabilidad técnica para la equivalencia entre las firmas electrónicas y las firmas manuscritas. Contiene normas básicas de conducta que pueden servir de directrices para evaluar las obligaciones y la responsabilidad del signatario y de los demás interesados en el documento. Contiene disposiciones que favorecen el reconocimiento de los certificados extranjeros y las firmas electrónicas sobre la base de un principio de equivalencia sustantiva que no otorga importancia al lugar de origen de la firma extranjera.

México incorporó la ley modelo desde el año 2003, mediante una amplia reforma que ha impactado no solo en la materia contractual, sino también respecto del valor probatorio de los documentos electrónicos en general.⁵⁷

Desde luego, la Ley Modelo sobre firmas electrónicas y su incorporación al orden jurídico mexicano ha tenido desarrollo doctrinal en México.⁵⁸ Su desarrollo jurisprudencial ha sido extenso, razón por la que lo tratamos en el siguiente apartado.

3. Jurisprudencia en materia de comercio electrónico y firmas electrónicas

Las Leyes Modelo sobre comercio electrónico y firmas electrónicas, han dado lugar, en México, a un importante desarrollo jurisprudencial. Debido a que dichas Leyes Modelo fueron incorporadas, no solamente en materia mercantil, sino también en materia civil federal, han impactado no solamente en el ámbito del derecho comercial, sino también en el civil y administrativo. Aquí hacemos una relación de las más importantes tesis en la materia, para aquellos interesados en el tema, sin perjuicio de que pueden encontrarse otras en las bases de datos de la SCJN:⁵⁹

- A. Décima Época, Registro: 2002142, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 3, Materia(s): Civil, Tesis: I.4o.C.19 C (10a.), Página: 1856. Voz: “Documentos y correos electrónicos. Su valoración en materia mercantil”.
- B. Décima Época, Registro: 159815, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.1067 C (9a.), Página: 2878. Voz: “Mensajes de datos o correos electrónicos. Son pruebas documentales que pueden acreditar la existencia de una relación comercial entre las partes del juicio, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el código de comercio”.
- C. Décima Época, Registro: 2009165, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo III, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.220 C (10a.), Página: 2400. Voz: “Transferencias electrónicas. No es documento privado cuyo valor sea equiparable al de una copia simple”.
- D. Décima Época, Registro: 2011039, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 27, Febrero de 2016, Tomo III, Materia(s): Común, Tesis: I.3o.P.41 P (10a.), Página: 2049. Voz: “Correo electrónico oficial. La información comunicada a través de dicho medio entre los órganos del poder judicial de la federación, si está certificada la hora y fecha de su recepción, así como el órgano que la remite por el secretario de acuerdos del tribunal judicial que la recibe, tiene pleno valor probatorio”.
- E. Novena Época, Registro: 161319, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: I.9o.C.183 C, Página: 1332. Voz: “Documentos públicos provenientes del extranjero, obtenidos por mensaje de datos o medios electrónicos. Para su eficacia probatoria en el territorio nacional, se requiere de su legalización o de la apostilla, según corresponda (Código de Comercio)”.

- F. Novena Época, Registro: 186243, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Agosto de 2002, Materia(s): Civil, Tesis: V.3o.10 C, Página: 1306. Voz: “Información proveniente de internet. Valor probatorio”.
- G. Novena Época, Registro: 162454, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI-II, Marzo de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: XVII.2o.C.T.23 C, Página: 2467. Voz: “Transferencias electrónicas. No constituyen documentos privados, sino elementos de prueba derivados de los descubrimientos de la ciencia, cuya valoración queda al prudente arbitrio del juzgador”.
- H. Novena Época, Registro: 176863, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, Octubre de 2005, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.7o.A.410 A, Página: 2471. Voz: “Recibo de pago electrónico. Valor probatorio de la documental impresa correspondiente”.

VI. Conclusión

Debido al número de Leyes Modelo que ha incorporado a su legislación, prácticamente en forma íntegra, y tratados internacionales en materia comercial que ha suscrito, es claro que México se ha sumado a los esfuerzos de la CNUDMI para lograr la unificación del derecho comercial.

El desarrollo mexicano en el ámbito de los contratos internacionales lo encontramos en las materias de compraventa internacional de mercaderías, derecho marítimo y comercio electrónico.

Reconocemos que el desarrollo jurisprudencial mexicano ha sido relativamente escaso, tomando en cuenta los antecedentes jurisprudenciales que aparecen en la base de datos de la SCJN sobre las materias de este estudio. De igual forma son pocos los casos que aparecen, respecto de México, en la base de datos referente a sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI, conocido como CLOUT.

La incorporación a nuestra legislación de las Leyes Modelos en comercio electrónico y formas electrónicas de la CNUDMI, han permeado no solo en materia de derecho comercial, sino en materia civil y administrativa, siendo en estas materias en donde mayor desarrollo jurisprudencial hemos encontrado en los últimos años.

* Profesor de Posgrado en la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Miembro de la ASADIP.

¹ En general, abordaremos las convenciones y leyes modelo emanadas de la CNUDMI adoptadas por México, pues el derecho mexicano de los contratos internacionales se ha basado principalmente en los trabajos de esa organización internacional.

² J. Adame Goddard, “El derecho de los contratos internacionales”, en: R. Méndez-Silva (coord.), *Contratación y arbitraje internacionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas / UNAM, 2010, p. 4.

³ Aunque existen algunas reformas en México, derivadas de Leyes Modelos de la CNUDMI, que han impactado en otros ámbitos, como el civil y administrativo. Tal es el caso de la Ley Modelo sobre firmas electrónicas, que analizamos más adelante.

⁴ Es indudable que los trabajos de la CNUDMI reciben influencia y se retroalimentan, a su vez, de los trabajos de otros organismos como UNIDROIT y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

⁵ Bajo los auspicios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, México suscribió el Convenio de La Haya de 30/06/2005, sobre acuerdos de elección de foro, entrando en vigor para nuestro país desde 2015.

⁶ En el año 2000, México incorporó a su legislación la Ley Modelo de CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza de 1997. Para una mayor referencia sobre la materia ver E.A. Quintana Adriano, “El impacto de la quiebra transfronteriza en las legislaciones internas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, n° 120, 2007, pp. 881-906.

⁷ Véanse por ejemplo los siguientes criterios jurisprudenciales: a) Novena Época, Registro n° 174122, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXIV, 2006, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: 1a. CLXIII/2006, p. 276. Voz: “Concursos mercantiles. El título décimo segundo de la ley relativa es constitucional al otorgar un trato igualitario a los acreedores nacionales y extranjeros”; b) Décima Época, Registro n° 2006429, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CLXXXII/2014 (10a.), p. 551. Voz: “Procedimiento concursal extranjero. El artículo 295, párrafo segundo, de la Ley de Concursos Mercantiles, no viola el derecho de audiencia”; c) Décima Época, Registro: 2006430, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, Materia(s): Civil, Tesis: 1a. CLXXXIII/2014 (10a.), p. 552. Voz: “Procedimiento concursal extranjero. La presunción prevista en el artículo 295, párrafo segundo, de la ley de concursos mercantiles es humana y admite prueba en contrario”. d) Novena Época, registro n° 171137, Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXVI, Octubre de 2007, Materia(s): Civil, Tesis: I.11o.C.176 C, p. 3210. Voz: “Ley de Concursos Mercantiles. Supuestos para el reconocimiento de procedimientos extranjeros en México.”

⁸ Lo cual ha dado lugar a importantes precedentes judiciales en nuestro país, tales como los siguientes: a) Décima Época, Registro: 2001130, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro X, Julio

de 2012, t. 3, Materia(s): Civil, Tesis: I.7o.C.18 C (10a.), Página: 1877. Voz: “Laudo arbitral. Cuándo no es aplicable la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras”. b) Décima Época, Registro: 2001132, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro X, Julio de 2012, t. 3, Materia(s): Civil, Tesis: I.7o.C.20 C (10a.), p. 1878. Voz: “Laudo arbitral. Orden público será determinado por el juez cuando se reclama su nulidad o reconocimiento y ejecución”. c) Novena Época, Registro n° 161136, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Septiembre de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: 1a. CLXXIII/2011, Página: 1033. Voz: “Arbitraje comercial internacional. Es competente el juez del lugar donde éste se llevó a cabo para conocer de la nulidad del laudo arbitral”. d) Novena Época, Registro n° 162223, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, Mayo de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.937 C, Página: 1017. Voz: “Arbitraje. Concepto y elementos (interpretación del artículo II. 1 de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras)”. e) Novena Época, Registro: 162220, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, Mayo de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.935 C, Página: 1019. Voz: “Arbitraje. La autonomía de la voluntad es fuente de las facultades y límites del árbitro (interpretación de los artículos II. 1 de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y 1 de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional)”. f) Novena Época, Registro: 162053, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXXIII, Mayo de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.953 C, p. 1241. Voz: “Orden público. Principio proarbitraje y reconocimiento de la autonomía de la voluntad para ponderar la nulidad del laudo arbitral (interpretación del artículo V, punto 2, inciso b), de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras)”.

⁹ México no efectuó reformas luego de las enmiendas de la CNUDMI de 2006 a la Ley Modelo, pues prácticamente no aportaban nada novedoso a lo que ya se incluía en nuestra legislación. Cfr. J.L. Siqueiros, “La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional”, *Revista de Derecho Privado*, n° 21-22, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, año VII, septiembre de 2008-abril de 2009, pp. 125-133. Con la adopción integral de la Ley Modelo en la legislación mexicana, nuestro país “lideró el proceso de reforma legal en materia de arbitraje internacional” a nivel Latinoamericano. Ver C. Conejero Roos, “La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 32, n° 1, 2005, p. 100.

¹⁰ Tales son los casos del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, cfr. <http://www.arbitrajecanaco.com.mx>, y el Centro de Arbitraje de México (CAM), cfr. <http://www.camex.com.mx>.

¹¹ Adoptada bajo los auspicios de la CNUDMI en Viena, el 11 de abril de 1980, entró en vigor internacional el 1 de enero de 1988.

¹² <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ul-fc-1964-en>.

¹³ <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>.

¹⁴ Estas Convenciones sirven como antecedente de interpretación de la Convención de CNUDMI de 1980.

¹⁵ J. Adame Goddard, *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1991, pp. 9-11

¹⁶ Debido a que este trabajo se presentará en la Universidad de Buenos Aires, haremos una breve referencia a la situación que guarda, respecto de la Argentina, cada instrumento analizado. El único fin de ello es aportar el dato correspondiente para fines de referencia, pero no significa pretender hacer comparaciones sobre el desarrollo de la materia en el país austral, pues este vive su propio derrotero.

¹⁷ Declaró, con arreglo a los artículos 12 y 96 de la Convención que no sería aplicable ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la Parte II de la Convención que permitiera que la celebración, la modificación o la extinción, por mutuo acuerdo, de un contrato de compraventa, o que la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hiciera por un procedimiento que no fuera por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tuviera su establecimiento en su territorio.

¹⁸ “Artículo 255. Toda compraventa marítima estará regida por la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, por la Convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, por la Convención sobre la representación en la compraventa internacional de mercancías, y de modo supletorio por el Código de Comercio y el Código Civil Federal.”

¹⁹ Ver A. Osuna González, “La interpretación judicial en México relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, en: R. Méndez-Silva (nota 2), pp. 91-130.

²⁰ <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

²¹ a) Novena Época, Registro: 169685, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, Mayo de 2008, Materia(s): Administrativa, Tesis: IV.2o.A.217 A, Página: 1051, bajo la voz: “INCOTERMS. Su relevancia en las operaciones aduaneras de importación deriva de su utilidad para determinar el valor en aduana de mercancías”; b) Novena Época, Registro: 164196, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, Julio de 2010, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.810 C, Página: 2101, bajo la voz: “Usos y términos comerciales internacionales. Sirven para interpretar la intención de las partes en un contrato de compraventa internacional”.

²² Los INCOTERMS o términos internacionales de comercio de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), son reconocidos en nuestra legislación, en la Ley de navegación y comercio marítimos, al señalar en su artículo 256: “Cuando en los contratos regulados por el presente título, los contratantes se refieran al o los Términos Internacionales de Comercio -en los sucesivo INCOTERM o INCOTERMS respectivamente- de la Cámara Internacional de Comercio, se entenderá que el contrato celebrado corresponde a alguna de las modalidades marítimas

según sea el caso, tal y como se conozcan en su edición vigente al momento de la celebración del contrato, salvo que parte del contenido obligacional del mismo se hubiere modificado mediante convenio por correspondencia de cualquier medio de transmisión de datos cruzada entre las partes; en cuyo caso se entenderá que la compraventa marítima fue modificada en los términos de la referida correspondencia”.

²³ http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law.html

²⁴ a) Caso 1194: CIM 1; [7]; 18; 23; 34; 35; 36 1); 96 - México: “*Arbitraje de Compromex Conservas La Costeña S.A. de C.V. vs. Lanin San Luis S.A. & Agroindustrial Santa A de la S.A.*” (29/04/1996); b) Caso 776: CIM 38 1), 2), 39 1) - México: Juzgado Primero Civil de Primera Instancia de Lerma de Villada - 254/2004 – “*Barcel S.A. de C.V. v. Steve Kliff*” (03/10/2006); c) Caso 1183: CIM 1; 58 1) - México: Partido de Tijuana, Estado de Baja California, Juzgado Sexto de Primera Instancia (30/08/2005); d) Caso 1193: CIM 7 1); 8; 9; 19 3) - México: Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito Kolmar, “*Petrochemicals Américas, Inc. vs. Idesa Petroquímica S.A. de C.V.*” (10/03/2005); e) Caso 1184: CIM 7; 11; 25; 29 1); 54 - México: Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México [Compromex] M/115/97 “*Dulces Luisi, S.A. de C.V. vs. Seoul International Co. Ltd. Y Seoulia Confectionery Co.*” (30/11/1998).

²⁵ Adoptada en Nueva York el 14/06/1974. El protocolo de enmienda fue adoptado en Viena el 01/08/1988. Entró en vigor internacional el 01/08/1988.

²⁶ <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

²⁷ Art. 255: “Toda compraventa marítima estará regida por la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, por la Convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, por la Convención sobre la representación en la compraventa internacional de mercancías, y de modo supletorio por el Código de Comercio y el Código Civil Federal”

²⁸ Adoptada bajo los auspicios de la UNIDROIT, en Ginebra, el 17/02/1983. No ha entrado en vigor internacionalmente.

²⁹ a) México declara de acuerdo al artículo 2, respecto a que cualquier disposición del artículo 19, 15 o Capítulo IV que permite dar un poder, ratificar o terminar un poder, por un procedimiento que no sea por escrito, que no la aplicará en el caso de que el representante o agente tenga su establecimiento en México. b) México declara con fundamento en el artículo 29 de esta Convención que en el caso de organizaciones de su país, especialmente autorizadas para llevar a cabo en forma exclusiva actividades de comercio exterior, no se considerarán, para los propósitos del artículo 13 párrafos 2 b) y 4, como intermediarios en sus relaciones con otras organizaciones que tengan sus establecimientos en México.

³⁰ J. Adame Goddard (nota 15), p. 16

³¹ <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

³² <http://www.unidroit.org>

³³ <https://treaties.un.org>

³⁴ Art. 255: “Toda compraventa marítima estará regida por la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, por la Convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, por la Conven-

ción sobre la representación en la compraventa internacional de mercancías, y de modo supletorio por el Código de Comercio y el Código Civil Federal”.

³⁵ Aprobada en Nueva York por la Asamblea General de la CNUDMI, el 09/12/1988. No ha entrado en vigor internacional.

³⁶ Ver P.A. Labariega Villanueva, “La metamorfosis de la aceptación cambiaria desde el régimen estatutario hasta la reglamentación internacional uniforme”, *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año VI, n° 18-20, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007-2008, pp. 13-46.

³⁷ P.A. Labariega Villanueva (nota 36), pp. 13-46.

³⁸ <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

³⁹ Aprobado en Viena, bajo los auspicios de la CNUDMI, el 19/04/1991. No ha entrado en vigor internacional.

⁴⁰ J.M. Abascal, “La Convención de Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de transporte en el comercio internacional”, *Revista de Derecho Privado*, n° 6, 1991, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 615-626.

⁴¹ J.M. Abascal (nota 40), p. 615-626.

⁴² <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

⁴³ Aprobado por la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios el 30/03/1978 en la ciudad de Hamburgo. El Convenio entró en vigor el 01/11/1992.

⁴⁴ Contenidas en la Convención internacional de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque o Reglas de la Haya de 25/08/1924, la cual entró en vigor el 02/06/1931.

⁴⁵ Protocolo de la Convención internacional de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque del 23/02/1968 o Reglas de Wisby, que entraron en vigor el 23/06/1977.

⁴⁶ Ver J.E. Salgado y Salgado, *El conocimiento de embarque y su régimen internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, pp. 83-132.

⁴⁷ Dentro del grupo de trabajo de la CNUDMI se encontraron juristas mexicanos de la talla de Jorge Berrera Graf y Roberto L. Mantilla Molina. Cfr. J.E. Salgado y Salgado (nota 46), p. 86.

⁴⁸ Aprobada en Asamblea General de la CNUDMI de 16/12/1996.

⁴⁹ El principio de la no discriminación asegura que no se denegarán a un documento sus efectos jurídicos, su validez o su ejecutabilidad por la única razón de que figure en formato electrónico.

⁵⁰ El principio de la neutralidad respecto de los medios técnicos obliga a adoptar disposiciones cuyo contenido sea neutral respecto de la tecnología empleada. Ante la rápida evolución tecnológica, el objetivo de las reglas neutrales es dar cabida a toda novedad que se produzca en el futuro sin necesidad de emprender una labor legislativa.

⁵¹ En el principio de la equivalencia funcional se establecen los criterios conforme a los cuales las comunicaciones electrónicas pueden equipararse a las comunicaciones sobre papel.

⁵² Conceptos tales como “escrito”, “original”, “firma”, y “documento”.

⁵³ D. Robles Farías, “El comercio y la firma electrónicos. El modelo mexicano”, *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, p. 565.

⁵⁴ Código Civil Federal: se modificaron los artículos 1, 1803, 1805 y 1811 y se adicionó el 1834 bis.

Código Federal de Procedimientos Civiles: se adicionó el artículo 210-A. Código de Comercio: se reformaron los artículos 18, 20 y 21, párrafo primero; 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 49, 80 y 1205, y se adicionaron los artículos 20 bis, 21 bis, 21 bis 1, 30 bis, 30 bis 1, 32 bis, 1298-A; el título segundo, que se denominó “Del comercio electrónico”, que comprende los artículos 89 a 94, y se modificó la denominación del libro segundo. Ley Federal de Protección al Consumidor: se reformó el párrafo primero del artículo 128, y se adicionó la fracción VIII al artículo 1o., la fracción IX bis al artículo 24, y el capítulo VIII bis, que contiene el artículo 76 bis.

⁵⁵ Véanse, por ejemplo, N. González Martín, “Un acercamiento al comercio electrónico y la protección al consumidor en México”, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz, Derecho Internacional y otros temas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, pp. 165-190. Cfr. V.M. Rojas Amandi, “Regulación del comercio electrónico en México”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 30, 2000, pp. 385-410

⁵⁶ Aprobada en Sesión Plenaria de la CNUDMI de 12/12/2001.

⁵⁷ Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 29/08/2003, se reformó el Código de Comercio en sus artículos 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 y 114, se adicionaron los artículos 89 bis, 90 bis, 91 bis, 93 bis. Además se adicionaron los capítulos primero, segundo, tercero y cuarto al título segundo, denominado “Del comercio electrónico”, correspondiente al libro segundo, todos del Código de Comercio.

⁵⁸ Ver D. Robles Farías *loc. cit.*, pp. 545-580.

⁵⁹ <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

Resumen

La modalidad de instituciones y conferencias especializadas de reunir principios aplicables a la actividad comercial internacional, a fin de que los Estados en base a ellos, introduzcan en sus ordenamientos jurídicos actualizaciones y modificaciones, para adecuarlas al desarrollo y evolución del derecho, se considera un método adecuado para orientar la labor legislativa. La ventaja es evidente, no construye a los Estados a adoptar como un todo cuerpos normativos por vía convencional y deja la suficiente libertad para contemplar las particularidades que el ordenamiento jurídico nacional requiera, con un resultado, la paulatina armonización legislativa del derecho. Una primera adopción es la ley N° 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay, que convierte los principios en ley. Por otra parte, los Principios de La Haya sobre contratos internacionales, constituyen un cuerpo normativo aplicable por las partes en uso de la autonomía de la voluntad, al ser fuentes normativas neutrales y eficientes para este efecto.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Ámbito de aplicación.
- III. Internacionalidad del contrato.
- IV. Cuestiones excluidas.
- V. Libertad de elección de la ley aplicable (autonomía de la voluntad).
- VI. Modificación del derecho elegido.
- VII. Elección de normas de derecho de origen no estatal.
- VIII. Elección expresa del derecho.
- IX. La validez formal de la elección de derecho.
- X. Determinación del acuerdo sobre elección de derecho.
- XI. Utilización de cláusulas estándar o de adhesión.
- XII. Establecimiento de una parte y elección del derecho.
- XIII. Subsistencia de la elección de derecho.
- XIV. El reenvío en los contratos internacionales.
- XV. Elección del derecho con vínculo más estrecho.
- XVI. Armonización equitativa de intereses.
- XVII. Ámbito de aplicación de derecho.
- XVIII. Cesión de créditos.
- XIX. Inscripción y publicidad.
- XX. Sistemas estatales con diversidad de legislación local.
- XXI. Leyes de policía y orden público.
- XXII. Conclusión.
- XXIII. Bibliografía.

Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley n° 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay

Roberto Ruiz Díaz Labrano*

I. Introducción

Las corrientes relacionadas a la flexibilización de los sistemas para la determinación de la ley aplicable a las relaciones contractuales internacionales, tienen como referencia destacadas la Convención interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales aprobado en la V CIDIP de la OEA realizada en Ciudad de México¹ y los Principios de La Haya sobre ley aplicable a los contratos comerciales internacionales, ambos instrumentos se constituyen en fuentes que habrán de iluminar el futuro en esta materia.

Se puede agregar además la regulación de las obligaciones contractuales en la Unión Europea a través del Reglamento (CE) n° 593/2008 “La ley aplicable a las obligaciones contractuales” que establece las normas que los Estados Miembros deberán aplicar a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil.

Esta corriente, de la mano de José Moreno Rodríguez como proyectista, se convierte en la ley n° 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, publicada el 20 de enero de 2015 y en vigor a partir del día siguiente, la primera estructurada en base a los principios de La Haya.

Para un estudio orgánico de la ciudad de la ley, nos remitimos a la exposición de motivos que enuncia el contenido de la nueva ley “El texto final de la ley cuenta con 19 artículos. En la primera parte (artículos 1 a 10, y también 13 y 14), relativos a la selección del derecho, básicamente se reproducen los Principios de La Haya con modificaciones menores. Los siguientes artículos de la ley (11 y 12, 15 y 16) mayormente tratan de situaciones de ausencia de selección del derecho, reproduciendo casi literalmente provisiones análogas de la Convención de México de 1994.

Finalmente el artículo 17, que se ocupa del orden público, se encuentra en línea con la solución de los Principios de La Haya, y el artículo 18 trata de las derogaciones producidas con esta ley”.²

II. Ámbito de aplicación

Ponemos de resalto que “los contratos hace tiempo han dejado de ser una relación puramente local, la mayoría de los que se realizan hoy en el tráfico comercial internacional, son contratos internacionales cuyos elementos tienen crecientemente contactos objetivos con ordenamientos jurídicos de diversos Estados. Este hecho genera dificultad en la determinación de la ley aplicable cuando las partes no han definido la ley competente en ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo mismo cabe decir de la jurisdicción internacionalmente competente. En el ámbito del derecho internacional privado, no pocas preocupaciones produce la diversidad de elementos de conexión utilizados por los ordenamientos jurídicos nacionales en contacto con la situación o relación jurídica. Las normas de conflicto utilizadas en las legislaciones, los diversos medios para la elección de la norma material que habrá de resolver la cuestión y la enorme cantidad de nuevas

formas de contratación, contribuyen a esta dificultad. En el campo de los contratos internacionales, los elementos de contacto para conducir a la ley aplicable no son uniformes, se remiten al lugar de celebración del contrato, al de cumplimiento del contrato, al del domicilio de uno o ambos contratantes, la residencia habitual de una de las partes o el de ambos, el lugar en que se encuentran situados los bienes que constituyen objeto del contrato, sin contar con la particularidad conceptual que posee cada ordenamiento jurídico estatal respecto de estos elementos”.³

Es por esta razón que la preocupación en torno a determinar la ley aplicable a los contratos internacionales es una preocupación especial y ha merecido varios intentos de armonización, como la Convención interamericana sobre la ley aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), o por medios de Principios como los de UNIDROIT y más recientemente los de La Haya sobre los contratos internacionales.

En base a estos últimos, se ha sancionado la ley paraguaya n° 5393/15 que en su art. 1° regula en su ámbito de aplicación la elección del derecho aplicable en los contratos internacionales. La disposición se ocupa así de las relaciones contractuales internacionales, es decir

aquellas en que aparecen elementos de internacionalidad que conectan a más de una legislación nacional.

La ley excluye los contratos de consumo, como surge explícitamente del artículo primero, se infiere además porque la disposición requiere que en la relación jurídica contractual internacional las partes actúen en ejercicio de su negocio o profesión y en una relación de consumo sólo una de las partes se ubica en tal posición.

III. Internacionalidad del contrato

La ley sigue el principio de amplitud interpretativa respecto a la internacionalidad del contrato,⁴ por cuanto excluye sólo aquellas relaciones contractuales en las que todos los elementos relevantes estén vinculados a un solo Estado y por tanto no constituye un contrato internacional.⁵ En este sentido, se ocupa de relaciones contractuales que caen dentro del campo del derecho internacional privado, relaciones privadas en las cuales existen o están presentes uno o más elementos que internacionalizan la relación, motivo por el cual es necesario determinar la ley aplicable. Los elementos aludidos en la ley pueden referirse a los sujetos de la relación, el lugar de celebración,

el objeto y el lugar de cumplimiento por lo general los más relevantes.

IV. Cuestiones excluidas

El método de exclusión de situaciones o supuestos específicos en las leyes, es utilizado para que de entrada esté claro cuáles son las relaciones abarcadas por la ley y cuáles no. En el caso de los contratos internacionales y específicamente en la aplicación de la Ley n° 5393/15 se excluyen los contratos de trabajo, los contratos de franquicia, representación, agencia y distribución, esencialmente porque son regidas por leyes especiales o existe un interés estatal en su regulación especial.⁶

Como expresa el texto del art. 3° al referirse a las “Cuestiones no comprendidas en esta ley: Esta ley no se aplica a la determinación del derecho aplicable a: a) la capacidad de las personas físicas; b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; c) las sociedades u otras asociaciones y los fideicomisos; e) los procedimientos de insolvencia; y, f) la cuestión de saber si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona en nombre de la cual pretende actuar”. La elección del foro queda excluida porque se trata de la ley aplicable y no a la jurisdicción competente, las demás son exclusiones

por ser sectores sensibles y sobre los cuales existen leyes especiales.

En la discusión de la Convención interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales en la quinta Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, surgieron voces que consideraron prudente no enunciar las exclusiones y sustituirla por una expresión que dijera “las normas de esta convención tampoco se aplicarán a contratos que tengan una regulación específica” (delegado de México). Se buscaba con ello eliminar las listas que podrían dificultar la interpretación.

La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales excluye en su art. 5 lo relativo a la capacidad o incapacidad de las partes o la nulidad que provenga de la incapacidad de las partes; las cuestiones sucesorias y testamentarias, los regímenes matrimoniales o que sean derivadas de las relaciones de familia; la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.⁷

Como referencia, en la Unión Europea el Reglamento (CE) n° 593/2008 (Roma I), en el artículo 1. 2, dispone: “Se excluirán del ámbito de aplicación del presente reglamento:

- A. el estado civil y la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13;
- B. las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos;
- C. las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones;
- D. las obligaciones que se deriven de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones nacidas de estos últimos instrumentos se deriven de su carácter negociable;
- E. los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente;

- F. las cuestiones pertenecientes al derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas;
- G. la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica;
- H. la constitución de *trusts*, las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios;
- I. las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato;
- J. los contratos de seguros que se derivan de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas a las que se hace referencia en el artículo 2 de la

Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida (14), y que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean parte de una empresa o grupo de empresas, actividad profesional o conjunto de actividades profesionales, en caso de fallecimiento, supervivencia, cesación o reducción de actividades, enfermedad relacionada con el trabajo o accidentes laborales”.

V. Libertad de elección de la ley aplicable (autonomía de la voluntad)

Si partimos de que toda relación contractual supone un acuerdo de voluntades, este debe ser entendido como una manifestación voluntaria y libre de los sujetos de la relación en función de satisfacer un deseo real de obligarse en circunstancias normales, es decir no producto de imposiciones que vulneren la libertad de decidir.⁸

Las partes deben poder reglar sobre los derechos que le son disponibles con toda amplitud, acordar libremente sobre bienes y servicios que no están sujetos a restricciones o limitaciones

legales, estableciendo el contenido y condiciones de la obligación.⁹ Tienen el derecho de determinar en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad las reglas a que desean sujetar sus relaciones.¹⁰

El contrato en principio no debería tener otra limitación que las impuestas por la ley para situaciones especiales, como las que se imponen en razón del orden o interés público,¹¹ pero fuera de éstas situaciones el derecho debe garantizar la libertad de contratar.¹²

El art. 4º la ley nº 5.393/15 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales en lo relativo a la libertad de elección de la ley aplicable consagra explícitamente el principio de autonomía de la voluntad.¹³ “1. Un contrato se rige por el derecho elegido por las partes” (art. 4.1),¹⁴ nótese que es utilizada la expresión derecho y no ley, que señala un concepto más amplio.¹⁵

Una de las particularidades del derecho internacional privado es la disección que efectúa de la relación jurídica internacional de modo a determinar la ley aplicable a cada aspecto o elemento, por ello la ley prevé en el art. 4º.2 que las partes pueden elegir: a) el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato;¹⁶ y, b) distintos derechos

para diferentes partes del contrato, en la medida que estas sean claramente distinguibles.

La ley deja por consiguiente una amplia discrecionalidad a las partes para la elección del derecho aplicable, las partes pueden simplificar la elección señalando una sola ley o varias para los diversos elementos del contrato, acotando que para tal efecto deben ser claramente distinguibles de modo a evitar dudas sobre el derecho referido.¹⁷ La elección de la ley aplicable debe ser expresa o en su caso desprenderse de forma evidente de las cláusulas del contrato y la conducta de las partes.¹⁸

VI. Modificación del derecho elegido

Conforme al numeral 3: “La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros”. Esta disposición muestra el grado de amplitud de la autonomía que tienen las partes para la elección del derecho aplicable, dado que las partes pueden modificar el derecho electo en cualquiera de las etapas del contrato o sobre cuestiones relacionadas a los efectos del contrato.

La ley deja abierta la puerta a que las partes puedan con posterioridad al perfeccionamiento del contrato y la elección del derecho aplicable, concordar en la aplicación de un derecho distinto para regir la aplicación e interpretación de la relación contractual internacional, con la salvedad que no deberá afectar la validez del contrato, previene además que el efecto que ésta modificación no debe afectar a terceros que podrían haber concordado con las partes o una de ellas en función del contrato.

El art. 4.3 señala que: “La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros”.

Es fuente indudable de esta disposición y de los Principios de La Haya, el art. 8 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales que dice “en cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros”.

El numeral 4 sobre el derecho elegido, introduce una verdadera novedad la de que éste, podría no tener vínculo con las partes, es decir respecto al domicilio o nacionalidad de las mismas, o el acuerdo o transacción contractual, por lo que no es necesario que el derecho electo tenga vínculos con la relación jurídica. La disposición apunta: “4. No se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción”.

VII. Elección de normas de derecho de origen no estatal

En la Convención interamericana ya se abrían las puertas a la aplicación de normas no-estatales, el art. 10 apunta: “además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.¹⁹

La ley va más allá, despejando dudas y abriendo paso a nuevas fuentes que pueden ser aplicadas a las obligaciones contractuales internacionales, el art. 5º

bajo el título “Normas de derecho” establece: “en esta ley, la referencia a derecho incluye normas de derecho de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”.²⁰

La expresión derecho no estatal es novedosa y está sujeta a interpretación, de allí que la fuente u origen en la aplicación de la terminología es fundamental para una correcta aplicación. Ahora bien, si la expresión es novedosa no lo es el hecho que en las obligaciones contractuales comerciales internacionales se apliquen las costumbres mercantiles.

La *lex mercatoria* o *soft law*, en realidad proyecciones más amplias de las costumbres mercantiles, han sido introducidas en el léxico jurídico y han sido aplicadas supletoriamente o como reglas de interpretación sobre todo en las cuestiones arbitrales, por considerárselas adecuadas para resolver cuestiones en las cuales la legislación nacional se muestra insuficiente.

La aparición de las leyes modelos, seguida de principios ordenados de derecho en varias áreas y en especial en materia contractual,²¹ verdaderos cuerpos normativos destinados a servir de base para la armonización del derecho,

que no constituían sólo “costumbres mercantiles”, sino el ordenamiento armónico de normas basados en ellas, se convirtieron en referencias en la solución de controversias, incorporadas en las resoluciones y sentencias con diversas denominaciones, de allí la solución de referir simplemente como derecho o normas no estatales, era el paso siguiente, tal como ha ocurrido.²²

VIII. Elección expresa del derecho

Ya hemos visto que el contrato se rige por el derecho elegido por las partes, así sea éste un derecho no estatal, ahora bien, la ley establece que el acuerdo de partes sobre la elección o la modificación debe ser expreso, esto es, debe constar en el propio contrato o en un instrumento complementario pero del cual se desprenda inequívocamente la intención de las partes en someter la relación contractual internacional a un derecho determinado.

La intención puede desprenderse de las propias disposiciones del contrato o de las circunstancias que rodean al mismo. La disposición contenida en el art. 6° deja en claro que la elección del foro o tribunal nacional o arbitral para resolver conflictos no equivale por sí mismo a la elección de un derecho aplicable, de

lo cual se deduce que puede servir de elemento referencial pero no necesariamente definir el derecho aplicable.

IX. La validez formal de la elección de derecho

Conforme al art. 7° la elección de derecho no está sujeta a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes dispongan expresamente lo contrario. Esto es, no requiere de formalidad especial incluso la escritura, cuando como se ha visto puede ser determinado por actos que reflejen inequívocamente la intención de sujetarse o someterse a un derecho determinado.

X. Determinación del acuerdo sobre elección de derecho

Si no existe una determinación expresa del derecho aplicable o existiere dudas sobre un acuerdo de las partes para su elección, para determinar si las partes acordaron una elección del derecho, se aplica el derecho presuntamente elegido por las partes, conforme al art. 8° de la ley n° 5.393/15.²³

De hecho, en todos los casos en que se tratare de una controversia que involucra un contrato internacional, ante la

falta de elección el juez está obligado a determinar la ley aplicable,²⁴ para lo cual hará uso de los mecanismos previstos en la presente ley.

El juez deberá apreciar primeramente si las partes acordaron la elección y si lo hicieron de forma clara, de no ser así observando la particularidad de la relación jurídica y los términos del contrato, optará por el derecho presuntamente electo por las partes.

XI. Utilización de cláusulas estándar o de adhesión

La segunda parte del art. 8° de la ley n° 5.393/15, siempre en torno a la determinación de la existencia de elección de derecho por las partes, se refiere a la situación en la cual las partes han utilizado cláusulas estándar o de adhesión que indican o conducen a la aplicación de diferentes derechos. Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.²⁵ Las cláusulas estándar por lo general tienen regulación especial en las legislaciones nacionales, de allí que la referencia o inclusión de las citadas cláusulas, pueden tener efectos diferentes según sean consideradas frente a derechos nacionales diferentes.

La solución dada por la ley es la siguiente, si bajo los diferentes derechos a que diera lugar la utilización de cláusulas estándar prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el derecho consignado en las mismas, pero si bajo estos derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna de las cláusulas estándar, no habrá o no se considerará elección del derecho aplicable.

XII. Establecimiento de una parte y elección del derecho

En todos los casos para la determinación de un derecho aplicable por elección de las partes, es necesario un acuerdo entre las partes o la aceptación de la propuesta de una parte por la otra; no basta que exista una propuesta del derecho aplicable, es menester que exista aceptación. En los casos en que no existe aceptación expresa, es necesario establecer si ha habido o no aceptación tácita y en tal caso surge el problema de saber por cual ley se determinará la existencia o no de la aceptación.

Conforme el art. 8° última parte de la ley n° 5.393/15 “el derecho del Estado en que una parte tiene su establecimiento determina si esa parte consintió con la elección de derecho

si, en vista de las circunstancias, no es razonable determinar esta cuestión según el derecho mencionado en este artículo”. Suponemos, dada su redacción que se refiere al derecho presuntamente electo por las partes.

XIII. Subsistencia de la elección de derecho

Bajo el título separabilidad de la cláusula de elección del derecho, el art. 9° de la ley n° 5.393/15²⁶ deja de manifiesto que la cláusula de elección del derecho es autónoma y que puede subsistir independientemente a la nulidad del contrato en el cual se encuentra inserta.

Se busca preservar el marco legal o derecho dentro del cual habrá de resolverse todo lo relativo al contrato, de allí que la elección del derecho no puede ser impugnada exclusivamente invocando que el contrato no es válido.

Los Principios UNIDROIT en su art. 3.2.13 (anulación parcial) refieren por ejemplo que “si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato”.

XIV. El reenvío en los contratos internacionales

La hipótesis del reenvío se produce sólo si se considera la norma de conflicto del derecho elegido como aplicable por las partes. La ley ha dejado en claro como regla, que se aplica el derecho elegido por las partes como ley material y cierra en principio las puertas al reenvío.

No obstante, siempre en función del respeto a la autonomía de la voluntad, si las partes han establecido de forma expresa que serán aplicables las normas de conflicto del derecho elegido o directamente que aceptan la posibilidad de reenvío, se deberá respetar lo acordado por las partes.

Es lo que surge del art. 10 de la ley n° 5.393/15²⁷ que tiene por título “Exclusión del reenvío”, título que no nos parece apropiado, pues en realidad la exclusión se da en tanto no se acuerde expresamente esta posibilidad por acuerdo de las partes, o se convenga directamente que serán aplicables las normas de conflicto del derecho elegido.

XV. Elección del derecho con vínculo más estrecho

Hemos visto que el principio en materia de ley aplicable a las relaciones contractuales es el de la autonomía de la voluntad, con las limitaciones señaladas, pero cabe preguntar ¿qué sucede cuando las partes han omitido la determinación de la ley aplicable o resulta ineficaz?

Las reglas de aplicación como normas de conflicto pueden determinar diversos elementos de conexión, los más utilizados por medio de la regla conflictual son los de la *lex loci celebrationis* y la *lex loci executionis*, pero no las únicas.

Estas fórmulas de solución, que limitan en cierto sentido frente a las particularidades de las relaciones contractuales las posibles soluciones, han evolucionado a partir de fuentes convencionales al introducir nuevos criterios de selección, de modo que en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes, la ley aplicable al contrato es determinada por el derecho del estado con el cual la relación jurídica contractual o sus elementos de conexión tengan los vínculos más estrechos.

La ley paraguaya n° 5.393/15 en su art. 11 bajo el título “Ausencia o ineficacia de la elección”,²⁸ refiere: “1. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos. 2. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos”.

La norma reproduce en sus párrafos primero y segundo literalmente la redacción del art. 9° de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V).²⁹

En el derecho norteamericano, la ley con vínculos más estrechos tiene por antecedente remoto el caso “*Auten vs. Auten*”,³⁰ que dio lugar a la teoría del “centro de gravedad” o “agrupamiento de contactos”, caso en el cual se expresó que los casos más recientes no atendían únicamente al lugar de celebración o cumplimiento del contrato sino a la ley el lugar en donde reside el centro de gravedad del asunto en disputa o los “contactos más significativos” de la misma.³¹

En la Unión Europea el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de Junio de 2008 (Roma I), en su art. 4³² se refiere igualmente a la falta de elección, luego de enunciar los diversos supuestos específicos para su determinación, en el numeral cuarto, dispone que cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los supuesto previstos en los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.

El elemento de la relación más estrecha para determinar la ley aplicable en ausencia de elección, ha sido incorporado también en el actual Código Civil y Comercial argentino en el art. 2653 como cláusula de excepción en los términos siguientes: “Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

La disposición reproduce casi en los mismos términos lo dispuesto en el mismo Código en su art. 2597

“Cláusulas de excepción. Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

XVI. Armonización equitativa de intereses

Bajo el título armonización equitativa de intereses, se refiere en el art. 12 de la ley n° 5393/15³³ a los usos de comercio y los principios de la contratación preponderantes en el derecho comparado,³⁴ por lo que serán aplicables según lo contemple la legislación nacional elegida o determinada, teniendo en cuenta que la validez de los usos se rige por el derecho interno. El objetivo o finalidad es la “de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”, según el texto.

Tal vez resulte más comprensible observando un texto similar en la última parte del art. 9 de la Convención

interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado: “Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

Ahora bien, en materia mercantil o comercial, los usos y costumbres son fuente referencial de derecho y resultan aplicables en la medida en que los derechos estatales lo admitan, se los ubica como *lex mercatoria* y representa el conjunto de usos de comercio internacional, son verdaderos sistemas por lo que se constituyen en una suerte de ordenamiento jurídico distinto al derecho nacional o interno, tienen valor jurídico en la interpretación de las relaciones comerciales; se podría decir que es un conjunto de reglas materiales para regular las relaciones económicas o comerciales internacionales.³⁵

Según Feldstein de Cárdenas “la *lex mercatoria* es concebida como abarcativa de un conjunto de principios, instituciones y reglas provenientes

de diversas fuentes que nutre constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional”,³⁶ refiere además que “bajo la denominación genérica de *lex mercatoria* subyacen varias clases de normas de origen, contenido y proyección distintas, dotadas de presunta operatividad propia”.³⁷

Parte de la doctrina critica la existencia o la aplicación de la *lex mercatoria* fundado en su excesiva generalización e imprevisibilidad, así como su legitimidad relativa por cuanto obedece a intereses específicos de un sector, además carece de autonomía, su aplicación está supeditada a lo que dispongan los derechos estatales.³⁸ Sin embargo a partir de Berthold Godman³⁹ la discusión doctrinaria sigue latente.⁴⁰

Para una comprensión sobre el alcance sobre la aplicación de los usos, podemos tomar en cuenta lo dispuesto en el art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías: “1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a

su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

En términos más o menos similares se contemplan en el art. 1.9 (usos y prácticas) en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales (2010): “1. Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2. Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable”.

XVII. Ámbito de aplicación del derecho

Sobre el ámbito de aplicación del derecho, es conveniente reafirmar el propósito de la ley y de los principios en que se funda, se trata de contratos internacionales, por lo cual la internacionalidad de la relación jurídica determinada a través de alguno de los elementos que lo conectan a derechos

nacionales diferentes, es lo que permite establecer el ámbito de aplicación.⁴¹

Se incluyen dentro del ámbito de aplicación las relaciones ya referidas en el art. 1º que las partes actúen en ejercicio de su negocio o profesión y se excluyen, de acuerdo al art. 2º aquellas relaciones en que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado. También quedan excluidas las cuestiones especiales previstas en el art. 3º respecto a las cuales la ley no se aplica.

La ley se refiere fundamentalmente a los contratos internacionales, a la internacionalidad de la relación, no tiene referencias como las contenidas en el Reglamento (CE) n° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) que indica como ámbito de aplicación a las obligaciones “en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”. En general la ley elegida por las partes puede ser aplicada a todos los aspectos relacionados al contrato internacional, partiendo de los acuerdos precontractuales y abarcando todas las fases del contrato, su celebración, cumplimiento y consecuencias, pudiendo las partes elegir un derecho distinto para cada elemento de la relación jurídica, o definir una ley para todo lo relacionado al contrato.

Ahora bien, lo dispuesto en el art. 13 regula el ámbito específico de la relación contractual, esta lista debe ser considerada no limitativa de otras cuestiones relacionadas al contrato que pueden ser comprendida en el ámbito de aplicación de la ley.

En la enunciación, de acuerdo al numeral 1) se aplica la ley y enuncia los supuestos más resaltantes de interés en todo contrato, como su interpretación (a), que comprende y es lo más importante la internacionalidad o no del contrato. Se ocupa además, siempre vía interpretación, sobre los derechos y obligaciones derivados del contrato (b). Estas disposiciones son por su alcance comprensiva de casi todas las situaciones que pudieran presentarse.

No obstante, la ley indica además que se aplica a (c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo la valoración de los daños y perjuicios;⁴² (d) los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; (e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; (f) la carga de la prueba las presunciones legales; y, (g) las obligaciones precontractuales. Respecto a la validez, en el numeral 2 consagra el principio de la duda en favor de la validez, porque no excluye

la aplicación de cualquier otro derecho que confirme la validez formal del contrato.

XVIII. Cesión de créditos

De la cesión de créditos se ocupa el art. 14, para precisar el comentario recurrimos a la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional.⁴³ Según su artículo 2º: “a) Por ‘cesión’ se entenderá la transferencia consensual por una persona (‘cedente’) a otra (‘cesionario’) de la totalidad, de una fracción o de una parte indivisa del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero (‘crédito’) de un tercero (‘deudor’). La creación de derechos sobre créditos a título de garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia; b) en todo supuesto en que el primer cesionario o cualquier otro cesionario ceda el crédito (‘cesión subsiguiente’), la persona que haga la cesión será el cedente y la persona a quien se haga la cesión será el cesionario”.

Sobre el carácter internacional de la cesión el art. 3 de la Convención estipula: “Un crédito será internacional si, en el momento de celebrarse el contrato originario, el cedente y el deudor están situados en distintos Estados.

Una cesión será internacional si, en el momento de celebrarse el contrato de cesión, el cedente y el cesionario están situados en distintos Estados”.

El art. 14 de la ley 5393/15 prevé como ley aplicable a la elegida por las partes, para regir la relación contractual entre el acreedor y el cesionario (a) y la misma fórmula se aplica a la relación contractual entre el deudor y el acreedor (b), en base a dicha ley se determina: 1) si la cesión de crédito es oponible al deudor; 2) los derechos del cesionario contra el deudor; y, 3) si el deudor se ha liberado de sus obligaciones.⁴⁴ La disposición proviene del art. 10 de los Principios de La Haya.⁴⁵

XIX. Inscripción y publicidad

Las exigencias formales como las inscripciones en algún registro como medio de publicidad y garantía para terceros, o la publicidad que se exija de determinados contratos, son regidos por el derecho del Estado en que esas exigencias deban ser cumplidas, según lo señala el art. 15 de la ley n° 5393/15.⁴⁶

Los obligaciones contractuales que tiene por objeto derechos reales, por lo general tienen un régimen de publicidad en cada uno de los Estados, éstas leyes son de interés público y deben ser

necesariamente aplicadas para que el acto u obligación surta efectos contra terceros y tenga efecto *erga omnes*.

XX. Sistemas estatales con diversidad de legislación local

En lo que hace a un Estado que en las cuestiones tratadas en la presente ley tenga dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes, la determinación de cuál de dichos sistemas resulta aplicable deberá hacerse según el derecho elegido, conforme al art. 16 de la ley n° 5393/15.⁴⁷

En efecto, la elección de una determinada ley puede ser la de un Estado que tenga sistemas jurídicos diferentes para unidades territoriales en las cuales se divide, en cuyo caso surge el problema de saber cuál de estos sistemas será el aplicable.

Las pautas señaladas sobre el vínculo más estrecho, según la fórmula prevista en el art. 11 de la ley n° 5393/15 deberían poder resolver la cuestión, además, el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos.

XXI. Leyes de policía y orden público

El contrato en principio no debería tener otra limitación que las impuestas por la ley para situaciones especiales, como las que se imponen en razón del orden o interés público, pero fuera de éstas situaciones el derecho debe garantizar la libertad de contratar. Por tanto la elección de la ley por las partes en los contratos internacionales tiene limitaciones.

Diego P. Fernández Arroyo y Cecilia Fresnedo de Aguirre con relación al punto afirman: “en ningún ordenamiento jurídico se admite la autonomía de la voluntad en forma absolutamente irrestricta, aunque varían los medios y la medida en que ésta se limita. Lo que sí es indudable es que existe una tendencia universal a aceptar —con diferentes limitaciones— que las partes pueden determinar, en un ámbito de igualdad, el derecho aplicable y el juez competente a sus relaciones contractuales. En el ámbito interamericano es la tendencia mostrada por la Convención interamericana adoptada en la CIDIP V (México 1994), lo mismo que sucede en el ámbito mercosureño con el Protocolo de Buenos Aires (1994) y los Acuerdos de arbitraje (1998)”.⁴⁸

La elección de un determinado derecho no puede infringir normas imperativas del derecho local y tampoco a normas fundamentales y que sean manifiestamente contrarias al orden público, no constituye propiamente una limitación a la elección, sino a su aplicación. Estas limitaciones son contempladas expresamente en el art. 17 de la ley n° 5393/15⁴⁹ bajo el título de leyes de policía y orden público.

De acuerdo a los supuestos previstos “1) la elección por las partes del derecho aplicable no impide que el juez aplique las normas imperativas del derecho paraguayo que, según este derecho, deben prevalecer aún en presencia de la elección de un derecho extranjero”, si bien “2) el juez puede tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación”.

Normas imperativas son aquellas no pueden ser dispuestas, dejadas de lado, por las partes aún en uso de la autonomía de la voluntad, se las puede ubicar en aquellas disposiciones que buscan mantener un equilibrio entre las partes o de protección a la parte más débil o situaciones similares que el legislador ha considerado proteger o prever. La interpretación de la existencia de leyes de policía o leyes imperativas y

de orden público, se determinan en función de la *lex fori*.

XXII. Conclusión

La ley comentada pone a la República del Paraguay a la vanguardia de la tendencia mundial de flexibilización del sistema de derecho internacional privado referido a la ley aplicable a los contratos internacionales.

Al privilegiar la autonomía de la voluntad y posibilitar nuevos métodos como los del vínculo más estrecho con la relación jurídica contractual revaloriza este principio y permite a las partes la elección del derecho de forma amplia.

La posibilidad de elegir un derecho no estatal, constituye una de las grandes novedades, por cuanto amplía para las partes el campo jurídico normativo al cual pueden apelar para hacer regir sus relaciones contractuales internacionales.

Por último introduce criterios de elección en ausencia de elección por las partes, como las de aquellos vínculos más estrechos con la relación jurídica establecida por las partes para determinar la ley aplicable y proporciona solución a múltiples situaciones que constituían un déficit dentro del ordenamiento jurídico y diera lugar a lo que se dio por llamar crisis del sistema conflictualista.

* Doctor en Derecho. Miembro Titular del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Profesor Titular de la Cátedra de derecho internacional privado y Profesor Titular de la Cátedra de derecho de la integración en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro Honorario de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). rdlabrano@rdlabrano.com

¹ La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, ha sido suscrita por Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela, pero solamente ha sido ratificada por México y Venezuela, entró en vigencia el 15 de diciembre de 1996 de conformidad con el artículo 28 de la misma, no habiendo hasta la fecha ninguna declaración y reserva, por parte de ningún Estado Miembro.

² J.A., Moreno Rodríguez, “Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿regreso al pasado?”, disponible en: http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=6300&dtid=41.

³ R. Ruiz Díaz Labrano, *Derecho Internacional Privado*, Asunción, La Ley paraguaya, 2010.

⁴ “Art. 1°: Internacionalidad del contrato: El carácter ‘internacional’ de un contrato puede definirse de varias formas. Las soluciones adoptadas tanto en las legislaciones nacionales como internacionales oscilan entre aquellas que requieren que el establecimiento o a la residencia habitual de las partes se encuentren en países diferentes y otras que adoptan criterios más generales, como el requisito de que el contrato ofrezca ‘vínculos estrechos con más de un Estado’, ‘implique una elección entre leyes de diversos Estados’ o ‘afecte los intereses del comercio internacional’. Los Principios no adoptan expresamente ninguno de estos criterios. Sin embargo, existe la presunción de que el concepto de ‘internacionalidad’ de los contratos debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, para que únicamente queden excluidas aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad (esto es, cuando todos los elementos trascendentes del contrato tengan puntos de conexión con una sola nación)”, Comentario sobre los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010, disponible en: www.hcch.net.

⁵ Art. 2°: Internacionalidad del contrato. La aplicabilidad de esta ley a los contratos internacionales será interpretada de la manera más amplia posible, y solamente quedarán excluidos aquellos en los que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado, ley n° 5393 de fecha 15/01/2015.

⁶ El artículo 3 (relativo a las cuestiones no comprendidas en la ley), basado en el artículo 1.3 de los Principios de La Haya, prevé que “esta ley no se aplica a la determinación del derecho aplicable a: a) la capacidad de las personas físicas; b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; c) las sociedades u otras asociaciones y los fideicomisos; d) los procedimientos de insolvencia; y e) la cuestión de saber si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona en nombre de la cual pretende actuar”. Expresa el comentario oficial a la presente norma que estas cuestiones se encuentran excluidas de los Principios de La Haya porque existe divergencia en el derecho comparado en calificar o no a algunas de ellas como “contractuales” o en determinar si, a su respecto, debería regirlas el sistema de la autonomía de la voluntad. Ver J.A. Moreno Rodríguez (nota 3).

⁷ Art. 5 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales: “Esta Convención no determina el derecho aplicable a: a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes; b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito; d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general”.

⁸ El Art. 937 del Código Civil y Comercial argentino dice: “Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. Esta definición reproduce el inc. 1º del art. 899 del Proyecto de 1998.

⁹ El principio se encuentra explícito o implícito en varios códigos, como el Código Civil de Brasil, art. 427; “*A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso*”; el Código Civil uruguayo en su art. 1291: “Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma. Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley” y el art. 1294: “Las partes pueden, por mutuo consentimiento, extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento, revocar los contratos por las causas que la ley autoriza”; el Código Civil paraguayo, art. 669: “Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, observando las normas imperativas de la ley, y en particular las contenidas en este título y en lo relativo a los actos jurídicos” y el art. 715 “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado y a todas las consecuencias virtualmente comprometidas”. El anteproyecto De Gásperi de Código Civil paraguayo dispone “El contrato debe ser interpretado de buena fe”.

¹⁰ “Art. 2102. Intención: La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte”. Principios de Derecho Europeo de los Contratos, Preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos.

¹¹ El art. 958 del Código Civil y Comercial argentino, dice: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuesto por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”. Disposición vinculada directamente con el art. 959 del mismo Código: “Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”. Se puede referir como antecedentes los artículos 1197 del Código de Vélez.

¹² Art. 1102. Libertad contractual: “(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe”. Principios de Derecho Europeo de los Contratos, preparados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos.

¹³ En el Código Civil paraguayo la autonomía de la voluntad encuentra sustentación en lo dispuesto en el art. 669 del Código Civil: “Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos”, así como en el art. 715 del Código Civil: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas”.

¹⁴ La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales prevé en el capítulo segundo: “art. 7. Determinación del derecho aplicable. El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”.

¹⁵ Ley n° 5393 de fecha 15 de enero de 2015: “Artículo 4. Libertad de elección: 1. Un contrato se rige por el derecho elegido por las partes. 2. Las partes pueden elegir: a) el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato; y, b) distintos derechos para diferentes partes del contrato, en la medida que estas sean claramente distinguibles. 3. La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros. 4. No se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción”.

¹⁶ De forma similar se observa en el art. 7º última parte de la Convención interamericana sobre la ley aplicable a los contratos internacionales.

¹⁷ “Capítulo 1. Disposiciones Generales. Artículo 1.1. Libertad de contratación: Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”, Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales 2010.

¹⁸ En la Unión Europea el Reglamento (CE) n° 593/2008 Roma I, dispone en su artículo 3º: “1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. 2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros”.

¹⁹ Como referencia el art. 1.9 de los Principios UNIDROIT sobre contratación internacional: “Usos y prácticas: 1. Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2. Las partes están obligadas por

cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable”.

²⁰ “El instrumento tiene una enorme importancia, no solo por lo que representa la organización que lo propicia y por el alcance global pretendido, sino porque, consagrando la autonomía de la voluntad de manera amplia, da carta de ciudadanía, en un texto ‘conflictualista’, al derecho no estatal. Se crean así las condiciones para un retorno al espíritu universalista del viejo *ius gentium* y *ius commune*, puesto que las partes pueden seleccionar un derecho no estatal como los Principios UNIDROIT de derecho contractual por ejemplo, y no limitarse, como lo mandaba la ortodoxia hasta ahora, a derechos nacionales”. J.A., Moreno Rodríguez (nota 3).

²¹ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, “Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales”, 2010.

²² “C) Admisión del derecho no estatal. Ante la gran disparidad terminológica con respecto a este tema, en que se habla indistintamente de derecho transnacional, *lex mercatoria*, derecho blando o *soft law*, y varias otras expresiones, se optó en el instrumento de La Haya por acudir a la expresión “*rules of law*” o –en español– “normas de derecho”, con el deliberado objetivo de beneficiarse del gran desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo que se ha producido en torno a ella a partir de su adopción en el mundo arbitral”. J.A. Moreno Rodríguez (nota 3).

²³ Art. 8º de la ley nº 5.393/15: “Acuerdo sobre la elección de derecho Para determinar si las partes acordaron una elección del derecho, se aplica el derecho presuntamente elegido por las partes. Si las partes utilizaron cláusulas estándar o de adhesión que indican diferentes derechos y bajo ambos derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el derecho indicado en esas cláusulas estándar; si bajo estos derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna de las cláusulas estándar, entonces no habrá elección del derecho. El derecho del Estado en que una parte tiene su establecimiento determina si esa parte consintió con la elección de derecho si, en vista de las circunstancias, no es razonable determinar esta cuestión según el derecho mencionado en este artículo”.

²⁴ El art. 22 del Código de la República del Paraguay enuncia “Los jueces y tribunales aplicarán, de oficio, las leyes extranjeras, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de ellas. No se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos”.

²⁵ Según los Principios de UNIDROIT, art. 2.1.19. Contratación con cláusulas estándar: “1. Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los artículos 2.1.20 al 2.1.22. 2. Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte”.

²⁶ Art. 9º de la ley nº 5.393/15: “Separabilidad de la cláusula de elección del derecho. La elección del derecho no puede ser impugnada únicamente, invocando que el contrato al que se aplica no es válido”.

²⁷ Art. 10 de la ley nº 5.393/15: “Exclusión del reenvío. La elección del derecho no incluye las normas de conflicto de leyes del derecho elegido por las partes, a no ser que las partes establezcan expresamente lo contrario”.

²⁸ Art. 11. Ausencia de elección o ineficacia de la elección: “1. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos. 2. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos”.

²⁹ La fuente directa es la del art. 9 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato”.

³⁰ En el caso “*Auten vs. Auten*” los Tribunales de Nueva York aplicaron la ley de Inglaterra (ley de la nacionalidad de las partes, del domicilio conyugal y del domicilio de los hijos) al cumplimiento de un contrato de separación entre esposos celebrado en Nueva York 14 años antes del juicio, no obstante que Nueva York era además el domicilio de una de las partes al momento del litigio y el lugar del pretendido cumplimiento del contrato. El caso culminó un año después de finalizado el Segundo *Restatement* bajo la dirección de del Prof. Willis Reese.

³¹ Siehr anota similitudes entre esta teoría y la teoría de la sede de la relación jurídica de Savigny, así como con la teoría del centro de gravedad de Gierke. Ver: K.G. Siehr, “Domestic Relations in Europe: European Equivalents to American Evolutions”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 37, pp. 40-41, 1982, citado por J.A. Giral Pimentel, “La teoría de las vinculaciones. El régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad”, disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/117/rucv_2000_117_15-26.pdf.

³² Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, art. 4: “Ley aplicable a falta de elección: 1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo: a) el contrato de compraventa de mercancías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble; d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país; e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual; f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual; g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde

tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse; h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley. 2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. 4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.

³⁵ Art.12 de la ley nº 5393/15: “Armonización equitativa de intereses. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, los usos de comercio y los principios de la contratación preponderantes en el derecho comparado, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

³⁴ Los usos comerciales, art. 3.13 Los principios guardan silencio respecto de la aplicación de usos comerciales. El efecto de los usos comerciales sobre los derechos y obligaciones de las partes se determina normalmente bajo la ley elegida por ella misma o por otras normas que rigen la controversia. véase el artículo 9 de la CIM; artículo 1.9 de los Principios UNIDROIT; art. 28(4) de la Ley Modelo de la CNUDMI; art. 21(2) Reglas de la CCI).

³⁵ R. Ruiz Díaz Labrano (nota 4).

³⁶ S. Feldstein de Cárdenas, *Contratos Internacionales. Tercera parte*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

³⁷ S. Feldstein de Cárdenas, “La *lex informatica*: la insoportable levedad del no ser”, octubre de 2005.

³⁸ W.R.Cadena Afanador, *La nueva lex mercatoria: un caso pionero en la globalización del derecho*, 2001.

³⁹ B. Goldman, “La *Lex Mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: realities et perspectives”, *Journal du Droit International*, vol. 106, 1979, p. 475.

⁴⁰ “Por mi parte pienso que es cierto que la teoría de la *lex mercatoria* se funda en la premisa que estimula, el sortear, el ignorar por quienes dirimen los conflictos en el área de los negocios internacionales, las reglas de derecho internacional privado. Pero no lo es menos que el incentivar tal laboriosa como pesada tarea, no es una empresa para nada sencilla, toda vez que el derecho internacional privado le ha dedicado su existencia a hacerse cargo que una de sus funciones primordiales consiste, en guiar a los intérpretes del derecho en su tarea de identificar el ordenamiento jurídico nacional que gobierna los contratos internacionales mediante el empleo de las normas de derecho internacional privado. Lo que ocurre, y esto es un impedimento, una valla, las reglas de conflicto, y más aún las normas de derecho internacional privado directas, inexorablemente reconducen y seguirán reconduciendo a los derechos nacionales, a los ordenamientos jurídicos estatales. Solamente le queda a la *lex mercatoria*, según mi entender, no reinventar, sino tan sólo intentar ocupar los intersticios que los propios sistemas de derecho internacional privado le dejan. Y si lo consigue, si logra filtrarse, según mi modo de ver, se convierte en derecho nacional o internacional”, S. Feldstein de Cárdenas (nota 38).

⁴¹ Art. 13 de la ley nº 5393/15 “Ámbito de aplicación del derecho. 1. El derecho aplicable según esta ley rige todos los aspectos del contrato entre las partes, en particular: a) su interpretación; b) los derechos y obligaciones derivados del contrato; c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo la valoración de los daños y perjuicios; d) los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; f) la carga de la prueba las presunciones legales; y, g) las obligaciones precontractuales. 2. El párrafo 1, inciso e) no excluye la aplicación de cualquier otro derecho que confirme la validez formal del contrato”. Esta disposición fue extraída del art. 9 de los Principios de La Haya.

⁴² En el comentario a los principios en el punto 9.6 se lee: “El artículo 9 (1) c) se refiere a la actuación y las consecuencias de su incumplimiento, incluida la evaluación de daños y perjuicios. La ley elegida por las partes regula las condiciones para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o del contrato, por ejemplo, el estándar de diligencia, el lugar y la hora de ejecución o de la medida en que la obligación puede ser realizado por una persona distinta del deudor. Véase M. Giuliano / P. Lagarde, “Informe sobre el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *DOCE* nº 282, 1980, p. 3. “Elegida la ley rige también las consecuencias de un fracaso total o parcial para llevar a cabo esas obligaciones, incluidas las excusas para el incumplimiento, y la evaluación de los daños”.

⁴³ Del comentario a los Principios de La Haya se lee: 10.12 La cuestión de la ley aplicable a las obligaciones asignadas se aborda en los créditos de la ONU Convención. La cuestión también se aborda en el Reglamento Roma I y en la Guía de la CNUDMI de operaciones garantizadas. El artículo 10 es coherente con estos precedentes. recomendación 216 de la Guía de la CNUDMI sobre operaciones garantizadas remite las cuestiones entre el cedente y el cesionario a la ley que rige la asignación, y remite a la autonomía de las partes para elegir ese derecho: “los mutuos derechos y obligaciones del cedente y del cesionario dimanantes de su acuerdo se regirá por la ley elegida por ellos”. Asimismo se aborda la cuestión de la ley aplicable a la relación entre el deudor en el contrato asignado y el cesionario: “La ley aplicable al contrato original determina la efectividad de las limitaciones contractuales sobre la cesión entre el cesionario y el deudor, la relación entre el cesionario y el deudor, las condiciones en que podrá hacerse valer la cesión frente al deudor y si las obligaciones del deudor se han cumplido”.

⁴⁴ La redacción de los Principios de La Haya es la siguiente “Art. 10: La cesión en el caso de cesión contractual de los derechos del acreedor contra un deudor derivados de un contrato entre el deudor y el acreedor. a) si las partes en el contrato de cesión han elegido la ley aplicable a dicho contrato, el derecho elegido gobierna los mutuos derechos y obligaciones del acreedor y el cesionario derivados de su contrato; b) si las partes en el contrato entre el deudor y el acreedor ha elegido la ley aplicable a dicho contrato, el derecho elegido gobierna i) si la asignación no puede ser invocada contra el deudor; ii) los derechos del cesionario contra el deudor; y iii) si las obligaciones del deudor se han cumplido”.

⁴⁵ La Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional prevé en su art. 28: “Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario 1. Los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y del cesionario derivados del acuerdo entre ellos se regirán por la ley que éstos hayan elegido. 2. A falta de una elección de

ley por parte del cedente y del cesionario, sus derechos y obligaciones recíprocos derivados del acuerdo entre ellos se regirán por la ley del Estado con el que el contrato de cesión esté más estrechamente vinculado”, y en el art. 29 señala: “Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor La ley por la que se rija el contrato originario determinará los efectos de las limitaciones contractuales sobre la cesión entre el cesionario y el deudor, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones en que podrá oponerse la cesión al deudor y la cuestión de si el deudor ha quedado o no liberado de sus obligaciones”.

⁴⁶ Art. 15 de la ley n° 5393/15: “Inscripción y publicidad. Si en un Estado se exige la inscripción o la publicación de determinados contratos, dichos actos se regirán por el derecho de ese Estado”.

⁴⁷ Art. 16 de la ley n° 5393/15: “Sistemas estatales con diversidad de legislación local. Estados con más de un sistema jurídico interno Respecto a un Estado que en las cuestiones tratadas en la presente Ley tenga dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes, la determinación de cuál de dichos sistemas resulta aplicable deberá hacerse según el derecho elegido. Si no es posible realizar la determinación de esta forma, se aplicará lo previsto en el artículo 11 de la presente ley”.

⁴⁸ Ver D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía, 2003.

⁴⁹ Art. 17 de la ley n° 5393/15: “Leyes de policía y orden público. 1. La elección por las partes del derecho aplicable no impide que el juez aplique las normas imperativas del derecho paraguayo que, según este derecho, deben prevalecer aún en presencia de la elección de un derecho extranjero. 2. El juez puede tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación. 3. El juez puede excluir la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público”.

XXIII. Bibliografía

- Albornoz, MM., El derecho aplicable a los contratos internacionales en los estados del Mercosur”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLII, n° 125, 2009.
- All, P.M., “El derecho aplicable a los contratos internacionales en tiempos de interdependencia económica”. *Jurídica, Anuario de la Universidad Iberoamericana de México*, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr5.pdf>
- Basso, M., “A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio”, em: L.O. Baptista y otros (orgs.), *Direito e comércio internacional. Tendências e perspectivas*, São Paulo, Ltr. Editora Ltda.
- Boggiano, A., *Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1995.
- Calvo Caravaca, A.L. / Carrascosa González, J., *Derecho Internacional Privado*, t. I y II, 4ª ed., Granada, Comares, 2003.
- De Araujo, N., *Direito Internacional Privado*”, Río de Janeiro, Renovar, 2003.
- De los Mozos, J.L., *Código Europeo de contratos de la Academia de Pavía*, Reus, 2009.
- Díaz Delgado, R., “El derecho aplicable al fondo del contrato con cláusula de arbitraje”, en: J.A. Moreno Rodríguez (coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Editora Intercontinental, 2003.
- Esborraz, D.F., *Contrato y Sistema en América Latina*”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006.
- Esplugues Mota, C. / Hargain, D. (coord.), *Derecho del Comercio Internacional. Mercosur – Unión Europea*, Reus, 2005.
- Feldstein de Cárdenas, S., *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- Feldstein de Cárdenas, S., “Armonización del derecho contractual del MERCOSUR: ¿una misión imposible?”, disponible en: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/189>
- Fernández Arroyo, D.P. (coord.) *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003.
- Fernández Arroyo, D.P., *Derecho Internacional Privado. Una mirada actual sobre sus elementos esenciales*, Córdoba, Advocatus, 1998.
- Fresnedo De Aguirre C., *La Autonomía de la voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1996.

Giral Pimentel, J.A., “La teoría de las vinculaciones. El régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad”, disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/117/rucv_2000_117_15-26.pdf

Goldschmidt, W., *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia basada en la teoría pluralista del mundo jurídico*, 10º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

Goldman B., “La *Lex Mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: realities et perspectives”, *Journal du Droit International Privé (Clunet)*, vol. 106, 1979.

Grandino Rodas, J., *Contratos Internacionais*, 3º ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

Guliano, M. / Lagarde, P., *Informe sobre el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Diario Oficial C 282 de 31/10/1980 P. 0001 – 0050.

Hargain, D. / Mihali, G., *Régimen jurídico de la contratación en el MERCOSUR*, Buenos Aires/ Montevideo, Julio César Faira Editor., 1993.

Lando, O., “Principios de derecho europeo de los contratos, - Partes I y II”, preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos. Traducción del texto de los artículos publicados en: O. Lando / H. Beale, (eds.), *Principles of European Contract Law*, La Haya, Kluwer Law International, 2000.

Leible, S., “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1075>

Leyva Saavedra, J., “Los Principios de los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT”, disponible en: http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/los-principios-de-los-contratos_29.html

Lorenzetti, R.L. / Lima Marques, C. *Contratos de Servicios a los Consumidores*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2005.

Martinez, G.T., “Naturaleza de la responsabilidad precontractual culpa *in contrahendo* en la armonización jurídica europea”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, n° 1, 2010.

Melo Cardoso De, L., “O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil”, *Jus Navigandi*, año 9, n° 523, 2004, disponible en: <http://jus.com.br/revista/texto/6027>

Moreno Rodríguez, J.A., “Cláusulas abusivas en el Derecho Paraguayo”, *Revista de Derecho Comparado*, 2000.

Moreno Rodríguez, J.A., *Contratos*, Asunción, Intercontinental / CEDEP, 2011.

Moreno Rodríguez, J.A., “Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿regreso al pasado?”, disponible en: http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=6300&dtid=41

Moreno Rodríguez, J.A., “Los Principios de La Haya y el derecho no estatal en el arbitraje comercial internacional”, disponible en: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Jos%C3%A9-Antonio-Moreno-Los-Principios-de-la-haya.pdf>

Moreno Rodríguez, J.A., “El arbitraje internacional y la nueva ley paraguaya de contratos internacionales”, disponible en: <http://www.revistasptr.com/index.php/rstpr/article/view/190>

Noodt Taquela, M.B., “Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, *RDCO*, 1996.

Noodt Taquela, M.B., “Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, en el derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI”, *VI Jornadas de profesores de derecho internacional privado*, Madrid, Eurolex, 1995.

Operti Badan, D. / Fresnedo De Aguirre, C., *Contratos comerciales internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito interamericano*, Montevideo, FCU, 1997.

Ruiz Díaz Labrano, R., *Derecho internacional privado*, Asunción, La Ley Paraguaya, 2010.

Santos Belandro, R.B., *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, Montevideo, FCU, 1996.

Siqueiros J.L., “Los Principios de UNIDROIT y la Convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/138/14.pdf>

Strenger, I., “Condições gerais de contrato no comércio do Mercosul: Uma proposta”, en: M.A. Ciuro Caldani (coord.), *Del Mercosur*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996.

Strenger, I., *Contratos Internacionais do Comércio*, 2º ed., Revista dos Tribunais Ltda., 1992.

Villalta Vizcarra, E., “La Convención interamericana sobre derecho aplicables a los contratos internacionales”, Conferencia pronunciada en las Jornadas de ASADIP, Asunción, Paraguay, 2013.

Resumen

El trabajo aborda la regulación de los contratos internacionales en Argentina luego de la reciente reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en vigencia desde el 1° de agosto de 2015. Los criterios atributivos de jurisdicción, el rol de la autonomía de la voluntad conflictual y material y sus límites, las normas subsidiariamente aplicables y los criterios legales de elección del derecho aplicable y el funcionamiento de la cláusula de excepción.

Abstract

The paper focuses on the regulation of International Contracts in Argentina after the recent reform of the Civil and Commercial Code in force since August 1, 2015. It gives the guidelines of legal criteria on jurisdiction; a brief summary of the role of the autonomy of the parties is also provided in the material and conflictual sense, as well as the subsidiary legal criteria of conflict law rules and about the operation of the exception clause.

Sumario

I. Reglas especiales de jurisdicción.
II. Derecho aplicable. 1. La autonomía de la voluntad. A) El enfoque. B) Las fundamentaciones. 2. La autonomía conflictual. A) Los límites. B) Algunas otras cuestiones propias de la autonomía conflictual. a) Múltiple elección de derechos aplicables a un único contrato. b) Posibilidad de cambio de la elección de derecho aplicable (*pactum de lege utenda*). c) La cláusula de elección de derecho aplicable. 3. La autonomía material. A) Los límites. 4. La llamada *lex mercatoria*. 5. El punto de inflexión del principio de la autonomía de la voluntad. Exclusión de los contratos de consumo. 6. Normas de derecho subsidiariamente aplicables en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes. A) Las normas subsidiariamente aplicables a los contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación. B) La calificación (definición) del “lugar de cumplimiento” como punto de conexión para la determinación del derecho aplicable. C) Las calificaciones autónomas. La prestación característica y el domicilio del deudor de la prestación más característica. D) Los contratos entre ausentes. 7. La Cláusula de excepción.

Los contratos internacionales en la Argentina

María Elsa Uzal*

I. Reglas especiales de jurisdicción

El art. 2650 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) contiene las normas especiales que brindan el contexto jurisdiccional que habilita el planteo de acciones para solucionar controversias en materia contractual, marco a partir del cual puede realizarse una eficaz prospectiva respecto de cuál podrá ser el derecho aplicable para resolver el caso.

En contratos internacionales, la primera alternativa que otorga el legislador se encuentra en manos de las partes que, mediante cláusulas de elección de foro o de prórroga de jurisdicción pueden elegir el tribunal competente de común acuerdo.¹

No existiendo acuerdo válido de elección de foro, el art. 2650 establece que son competentes para conocer en las

acciones resultantes de un contrato, a opción de actor:

- A. los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos, disposición con la que se suple un vacío legal que es colmado con la reiteración de la misma regla prevista en el art.5 inc. 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación;
- B. los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales;
- C. los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que ésta haya participado en la negociación o celebración del contrato.

Este último inciso crea un criterio de "jurisdicción concurrente" de los tribunales locales con los tribunales del lugar de la sede de la matriz o del empresario en el exterior, que permite demandar en el país a la sociedad o el empresario extranjeros por lo actuado en el país a través de su agencia, sucursal o representación, que ha intervenido directamente en esas actuaciones. Es claro que no cabrá, en cambio, demandar en el país a la matriz por actos obrados en el exterior, emplazándola en la figura de la agencia, sucursal o representación sita en el país, si esas representaciones locales son ajenas a esos actos o contratos, de lo contrario se habilitaría una vía judicial con posibilidades ciertas de indefensión.

II. Derecho aplicable

1. La autonomía de la voluntad

A) El enfoque

En el marco descripto hemos de abordar el enfoque con el que se encara el tratamiento del derecho internacional privado en Argentina.

En nuestro derecho privado de fuente interna aparece indiscutido el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar, desde la clara disposición inserta por Vélez Sársfield

en el art. 1197 del Cód. Civil – hoy reproducido en espíritu en los arts. 958 y 959 CCCN– que consagrara, como principio, que la voluntad de las partes, contractualmente expresada, constituye una regla a la que éstas deben someterse como a la ley misma. Cabe recordar sin embargo que, en derecho privado interno, esa facultad dispositiva que se le reconoce a las partes y que les autoriza a reemplazar con estipulaciones propias las disposiciones previstas por el legislador –que adquieren así carácter supletorio de la autonomía de la voluntad–, se ejerce dentro de los límites fijados por las disposiciones coactivas o imperativas del derecho interno, esto es, por las normas inderogables que no resultan derecho disponible para las partes (art. 12 CCCN, art. 21 y concordantes, Código Civil).

El nuevo Código Civil y Comercial, abraza hoy, expresa y decididamente, el principio de la autonomía de la voluntad también en punto al derecho aplicable a los contratos internacionales, honrando así la más acendrada tradición jurídica sostenida siempre por la Argentina internacionalmente, desde los foros abiertos en los Congresos en que se discutieran los textos de los Tratados de derecho civil internacional de Montevideo, tanto en 1889 como en 1939-40, donde ha sido gran defensora del principio.

Cabe recordar que se ha señalado,² con acierto, que al término autonomía, aplicado a la voluntad y en el ámbito del derecho contractual, suele atribuírsele dos significados: de un lado, se ha sostenido que la voluntad del sujeto es fuente original del derecho, es decir, una fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, de tal modo que el sujeto crea en esta materia, normas jurídicas ab initio y que, al hacerlo, el derecho de crear normas de que goza el sujeto es un derecho absoluto; por otro lado, se dice que la voluntad del sujeto representa una fuente derivada, capaz de crear normas jurídicas porque un orden jurídico preestablecido la habilita para ello y que, en tal caso, se le reconoce el goce de un derecho subjetivo, derivado de un orden jurídico que lo acuerda.

Se ha destacado también que, con uno u otro significado, a quienes gozan del derecho de contratar se les reconoce la calidad de sujetos autónomos (de "autonomos", su propio legislador) puesto que se admite que crean, por su propia voluntad, las normas del contrato que celebran, concordando la voluntad de las partes (consentimiento), en lo acordado (contenido del contrato). De esta manera, reconocer y respetar el contrato equivale a reconocer y respetar lo que las partes convinieron a su arbitrio.

En este contexto de ideas, al abordar la cuestión desde el ángulo internacional, se ha planteado como interrogante, no sólo si en ese ámbito de contrataciones también la voluntad de las partes debe ser respetada cuando determina el contenido sustancial, de fondo, de la relación contractual –y en tal caso cuál es el alcance de esa atribución– (autonomía material), sino, yendo aún más allá, si cabe que lo estipulado por ellas consista en que el contrato sea regulado por tal o cual ley. Es decir, si las partes pueden, a través de la autonomía de la voluntad, disponer de las normas de derecho internacional privado previstas por el legislador como aplicables al caso, para operar la elección o determinación del derecho que habrá de regir el contrato, de manera que la ley elegida por ellas sea la que gobierne el encuadramiento jurídico de su relación (autonomía conflictual) o si, por el contrario, las partes deben sujetarse a la elección del legislador en este o estos aspectos.

El debate en torno a la admisibilidad de la autonomía conflictual se planteó con especiales ribetes, ante la ausencia de una norma de derecho internacional privado en el Código de Vélez Sársfield que expresamente la contemplara, en ese plano, aunque la prerrogativa era claramente reconocida en el derecho interno, si bien limitada a la facultad

de determinar el contenido material del contrato. Sin embargo, como fruto de un largo y profundo trabajo doctrinario y de fecundos debates hoy, el principio de la autonomía de la voluntad en la contratación a nivel internacional, tanto en sentido material como conflictual, se encuentra admitido sin discusiones.

El nuevo CCCN lo consagra así, expresamente, en su art. 2651; sin embargo, resultará útil detenerse y recordar los argumentos doctrinarios que condujeron a este resultado.

En este marco, cabe recordar que los adversarios de la autonomía de la voluntad señalaban que la realidad muestra que los contratos casi nunca ofrecen una elección expresa y que por ende, esta teoría, normalmente, habrá de requerir el apoyo de reglas de elección de derecho, subsidiariamente aplicables en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes. Siguiendo ese hilo de pensamiento, se observa que la indagación de esa voluntad tácita, se convierte en la atribución de una voluntad presunta, en realidad, la voluntad de la ley o la del juez, que no es la mentada autonomía de la voluntad y que sustituye a la voluntad de las partes que, sostenían, sólo se ejercita rara vez (Alfonsín y sus citas).

Con esas presunciones, hubo quienes lucharon por desarraigar la idea de la autonomía (Brocher, Diena, Beale, Arminjon, Nolde, Niboyet, Schnitzer, etc.); en el ámbito de los Congresos de Montevideo: Ramírez, Vargas; en el Uruguay, donde la autonomía aparece negada por una norma interna - art. 2403 del Código Civil-, el propio Alfonsín; entre nosotros, por ejemplo Kaller de Orchansky usó de los argumentos precedentemente referidos, aunque luego revirtió su posición adversa.³

De lo expresado surgió clara la necesidad de fundar si resulta procedente, o no, el mentado principio de autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, tanto para elegir el derecho aplicable, como para determinar el contenido del contrato.

B) Las fundamentaciones

El maestro Werner Goldschmidt sostuvo que dentro del derecho internacional privado la autonomía de la voluntad consiste en que las partes puedan elegir el derecho aplicable a su contrato con contacto extranjero y que nada obsta a admitir que el legislador autoriza a las partes a escoger el derecho aplicable. Sostuvo que el orden jerárquico entre legislador y particulares no resulta perturbado por

ello pues, técnicamente, la autonomía de las partes funciona en la norma legal de colisión como un punto de conexión, que determina y elige el derecho aplicable y observa que el derecho consuetudinario argentino, manifestado, por ejemplo, en la práctica administrativa o en convenios de financiación, aparecen, invariablemente, cláusulas referentes al derecho aplicable.⁴

El profesor Antonio Boggiano, entre nosotros, abordó la tarea de fundar la procedencia de la autonomía, con particular profundidad,⁵ al punto que hoy en día la tesis que admite la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales goza de general aceptación y se ha impuesto no solo en la doctrina, sino en la jurisprudencia, en las soluciones legales vigentes, en gran parte, gracias a su esfuerzo argumental.

Boggiano distinguió y fundamentó, tanto la llamada autonomía conflictual como la autonomía material de la voluntad y destacó, los límites a los que se ven sometidas.⁶

2. La autonomía conflictual

La autonomía conflictual en derecho internacional privado supone que las partes pueden elegir el derecho aplicable a su contrato elaborando una

cláusula que constituye una verdadera norma de conflicto individual, propia de su relación, mediante la cual seleccionan y eligen el derecho aplicable, excluyendo las normas de conflicto previstas por el legislador, que resultan disponibles y subsidiariamente aplicables cuando las partes omiten convenir su elección. Las partes así, desplazan las normas dispositivas y coactivas del derecho previsto por el legislador y someten su contrato, en principio al menos, al derecho privado por ellas elegido, incluso, a sus normas coactivas.

Esta posibilidad de elección planteaba los siguientes interrogantes: ¿puede elegirse cualquier derecho?, ¿con qué sustento?

En lo que Boggiano ha llamado la autonomía conflictual de alcance restringido, el fundamento para esa prerrogativa se hallaba en el juego de los arts. 1209, 1210 y 1212 del Código Civil –hoy 2652 CCCN–. Conforme a ellos un contrato con contacto (lugar de cumplimiento, de celebración) argentino se encuentra regido por el derecho del lugar de cumplimiento y como las partes pueden designar el lugar de cumplimiento de su contrato según surge de la primera acepción de la calificación autónoma que brinda el

propio legislador (art. 1212, Código Civil, y art. 2652 segundo párrafo del CCCN), tácitamente, las partes pueden designar el derecho aplicable al contrato, por lo que, luego, también puede concederse que pueden designar directamente el derecho aplicable a su contrato (arts. 1209, 1210 y 1212, Código Civil). Con tales fundamentos sin embargo, sólo podría facultarse a las partes para elegir el derecho aplicable entre los vigentes en los lugares de real cumplimiento del negocio y no, otro (autonomía restringida).

Se ha señalado, sin embargo, que también cabía la posibilidad de fundar con una interpretación extensiva la procedencia de una autonomía conflictual con sentido amplio. Ello, a poco que se reflexionase en que, en un contrato internacional, las partes se hallan facultadas, antes por el art. 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y hoy, también, por el art. 2605 CCCN, para operar la prórroga de jurisdicción en favor de jueces o árbitros extranjeros e incluso, que es posible que las partes hayan pre-constituido en esa plaza garantías para el cumplimiento de su contrato. Así es que, si las partes pueden elegir el tribunal competente en los términos del art. 2605 CCCN y del art. 1° de la ley ritual, tácitamente, las partes estarían

eligiendo el derecho internacional privado de ese juez –pues los jueces, en principio, aplican sus propias normas de derecho internacional privado– y, por ende, el derecho privado que ese derecho internacional privado determine, luego, se puede conceder que si por el mecanismo descrito puede elegirse el derecho internacional privado y, a través de él, el derecho privado al que éste conduce, también cabe reconocer la facultad de elegir directamente el derecho privado (argumento *de maiore ad minus*).⁷ De esta manera, se concluye en que las partes podrían elegir cualquier derecho como aplicable a su contrato.

Quizás aparecería razonable cuestionar si esa elección puede recaer en cualquier derecho, es decir, en un derecho que carezca de toda vinculación con la relación comercial de fondo, sin embargo, esa objeción es más aparente que real, pues como le he indicado en alguna oportunidad, las partes no optan por una cláusula de elección de derecho aplicable por motivos “turísticos”, su elección razonablemente habrá de guardar de alguna manera una relación que justifique la elección de los interesados, ya sea porque se han pre-constituido garantías para el cumplimiento del contrato en el país cuyo derecho se ha elegido, porque ese

derecho resulta aplicable a alguna otra relación contractual relacionada, vigente entre las mismas partes, porque ese derecho resultó satisfactoriamente aplicable en otros asuntos entre las partes, etc..⁸

Hoy en día la autonomía conflictual de la voluntad de las partes, está expresamente reconocida en una extensa y comprensiva norma, el art. 2651 del CCCN que bajo el acápite “Autonomía de la voluntad”, dispone en su primer párrafo: “los contratos (internacionales) se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato”.

Se consagra así la facultad de las partes de determinar el derecho aplicable apartándose de la elección neutral del legislador, mas con la previsión de que esa elección debe ser cierta, así lo exige, al decir que debe manifestarse en forma expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

A) Los límites

La autonomía conflictual así practicada, sin embargo, encuentra cierto marco que la condiciona, lo prevé así, expresamente, el art. 2651 inc. e) CCCN al establecer que el ejercicio de este derecho está sujeto a los siguientes límites:⁹

- A. En primer lugar, los principios de orden público del derecho internacional privado de la *lex fori* (art. 14, inc. 2°, Cód. Civil, art. 2600 CCCN), a los que las partes deben sujetarse inexcusablemente al radicarse la controversia ante una jurisdicción estatal. De ahí la conveniencia de determinar claramente y de antemano el tribunal competente, combinando la cláusula de elección del derecho aplicable con la cláusula de prórroga de jurisdicción, de modo de fijar la determinación de los tribunales que habrán de entender en un eventual conflicto. Ello tornará previsibles los principios de orden público que habrán de ceñir la solución de tal caso.
- B. Un segundo límite está dado por las normas de policía o internacionalmente imperativas de la *lex fori*, en nuestro caso, el derecho argentino, toda vez que ellas son

exclusivas, excluyentes de toda otra norma y, por ende, también de la autonomía de la voluntad de las partes y de aplicación restrictiva. Dice la norma al respecto, que son límite “las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino” que “se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato”.

- C. Va de suyo, que como consecuencia de su propia aplicación al caso, también funcionan como límite las normas de policía o internacionalmente imperativas del derecho elegido, en la medida en que, con la elección, ha sido introducido *in integrum* en el contrato y las partes al incorporarlo, se han sometido a ellas.
- D. Cabría preguntarse si las normas de policía o internacionalmente imperativas de terceros Estados podrían funcionar como límite al contrato. También la respuesta en este sentido ha sido positivamente receptada en el art. 2651 inc. e) cuando dice: “también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso”. Ello

ocurrirá cuando el tercer Estado al que nos refiramos sea un tercer Estado que guarde con el caso una relación económica preponderante, por ejemplo porque es el derecho del lugar de cumplimiento total o parcial, lo que determinará que no pueda obviarse la gravitación de las normas de ese Estado que, aunque no sea el derecho elegido, impondrá la observancia de las reglas de policía de su derecho interno sobre ciertos aspectos del contrato que se contactan con el territorio de ese país excluyendo, la posibilidad de una regulación diversa de la que ese Estado impone de modo perentorio.

He aquí un claro condicionamiento de la realidad social sobre el contenido y el funcionamiento del contrato, impuesto por la facticidad del caso, que condiciona la voluntad de las partes.¹⁰

Asimismo, se ha explicitado en el artículo 2651 CCCN el principio de ineficacia de los contratos hechos para violar normas internacionalmente imperativas de un Estado extranjero “de necesaria aplicación al caso”, regla que siempre ha sido considerada como un valioso *standard* moral y que se hallaba consagrada en el artículo 1208 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Esa norma preveía que “los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera, no tendrían efecto alguno”, se trataba de una disposición que, evidentemente, tutelaba el respeto de normas inderogables del derecho extranjero a nivel internacional, pues de otro modo no se hubiese justificado la solución, e importaba la genial intuición de Vélez Sarsfield sobre la necesidad de respetar las normas de policía o internacionalmente imperativas del derecho foráneo aplicable al caso, en un tiempo en el que el desarrollo doctrinario de ese tema y la caracterización de ese tipo legal no existían. Es de destacar además, que la protección que allí se brindaba a las normas de policía del derecho extranjero era unilateral y no sujeta a reciprocidad alguna y que, con ella, Vélez Sarsfield introdujo una pauta limitante expresa para la autonomía de la voluntad de las partes en el plano internacional, que abona la idea de que si bien la autonomía no estaba expresamente contemplada, resultaba de ejercicio admisible en el sistema de antiguo Código.

Hoy en día al disponer el art. 2651 en su inc. f. que los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno, viene a

brindar el significado preciso a aquella norma premonitoria que ahora se inscribe en el expreso contexto legal de las normas internacionalmente imperativas indicando, con claridad, que la ineficacia del contrato es la consecuencia del incumplimiento del debido respeto a los límites en la aplicación de normas extranjera indisponibles.

- E. Finalmente, también son límite para la autonomía de la voluntad, las normas coactivas del derecho privado interno elegido por las partes como aplicable al contrato, en la medida en que no han sido excluidas por la autonomía material de la voluntad, pues rigen para los casos nacionales, pero pueden ser excluidas en los casos multinacionales.

B) Algunas otras cuestiones propias de la autonomía conflictual¹¹

a) Múltiple elección de derechos aplicables a un único contrato

Bien puede ocurrir que las partes hayan seleccionado más de un derecho para gobernar su contrato (*dépeçage*), ello se da, cuando han elegido un derecho pero han dispuesto, por ejemplo, que algunos aspectos en particular sean regidos por otro derecho, o bien, cuando han elegido un derecho para

una parte del contrato y han dejado los otros aspectos para ser reglados por el derecho aplicable en ausencia de elección. En virtud de la autonomía de la voluntad conflictual, las partes eligen determinados derechos, de conformidad con sus intereses, es el interés de las partes el que justifica la elección de una determinada ley, la que consideraran más conveniente, la mejor, de ahí que se haya dicho que el *dépeçage* no es sino una las máximas expresiones de la autonomía de la voluntad de las partes (De Nova, Patocchi),¹² que viene a provocar así un fraccionamiento voluntario del derecho aplicable.

Puede ocurrir así, que las partes elijan un derecho como aplicable a la validez de un contrato y otro a sus efectos, en lo que se ha dado en llamar la *grande coupure* (o el corte grande), o bien, que se elija aplicar a las diversas partes, sujetos de un contrato, legislaciones diferentes (al tipo de nuestro velezano art. 1214, Código Civil de Vélez), es decir, se opere la llamada *petite coupure* (el corte pequeño) o corte subjetivo, soluciones complejas sin duda, pero de las que cabe dar cuenta, como posibilidades a disposición de la autonomía conflictual de las partes.¹³

Esta facultad ahora está expresamente plasmada en el art. 2651 primer

párrafo *in fine* cuando dice que “la elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato”.

b) Posibilidad de cambio de la elección de derecho aplicable (*pactum de lege utenda*)¹⁴

En la práctica, esta cuestión se plantea cuando las partes se ponen de acuerdo en someter la cuestión al derecho del tribunal que habrá de conocer en el diferendo, prescindiendo del derecho elegido.

En general, en los países del *common law* las partes pueden acordar la elección de la *lex fori* en el curso de la vida del contrato, de los procedimientos o aún en el curso del juicio, incluso, si no se invoca el derecho extranjero resultará de aplicación la *lex fori*. Sin embargo, aparece más dudoso si los tribunales de estos países permitirían a las partes seleccionar un derecho, distinto de la *lex fori*, después de la conclusión del contrato, pues existen algunos autores que han enunciado óbices a esta posibilidad (Collins).

Los países de raigambre continental, por su lado, permiten a las partes elegir el derecho del tribunal aun durante el juicio y, en general, se les reconoce libertad para seleccionar otro derecho que no sea la *lex fori*, mientras sea del

consciente y común acuerdo de las partes (Suiza, por ejemplo), previéndose que ante la ausencia de invocación del derecho aplicable resultará de aplicación la *lex fori ex officio* (Alemania, Países escandinavos). El derecho italiano, parece tener una posición diversa a través de algún fallo de la Corte de Casación que sostuvo que una vez elegido un sistema legal por las partes no podía ser cambiado.¹⁵

Hemos sostenido que tampoco entre nosotros existirían dificultades en admitir que las partes, durante el juicio, arribasen a un pacto procesal sobre el derecho aplicable, ya optando por la aplicación al caso de un derecho extranjero ya optando por la *lex fori*, ello sólo reconocería como exigencia la disponibilidad de las normas jurídicas sobre las que se intenta la modificación, lo cual obviamente, se encuentra, a su vez, condicionado por la materia de que se trate.¹⁶

Esta atribución también aparece expresamente recogida en el inc. a) del art. 2651, que prevé que las partes “en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código”, mas con la prevención de que, “sin

embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros”.

No nos parece dudoso tampoco que, de no invocar ninguna de las partes el derecho extranjero elegido o subsidiariamente aplicable, en materia disponible, pudiesen interpretarse de aplicación las disposiciones de fondo de la *lex fori*, presumiendo una elección tácita de la ley nacional.

c) La cláusula de elección de derecho aplicable

Ya hemos indicado que la elección de derecho aplicable puede ser expresa o implícita o tácita, sin embargo, es generalmente requerida la razonable certeza o “evidencia” de que esa elección es real, según las circunstancias del caso (véase: art. 2651 primer párrafo CCCN; art. 3° de la Convención de Roma de 1980, sin admitir inferencias sobre el punto, también, el art. 7° de la Convención de La Haya de 1986 sobre derecho aplicable a las compraventas internacionales o el art. 7° de la Convención interamericana de México de 1994 CIDIP V, sobre ley aplicable a los contratos internacionales.

Se ha sostenido en algunos países, que la sumisión a los tribunales estatales o arbitrales de un Estado, sería evidencia

de la intención de aplicar el derecho de ese país (Reino Unido, Francia, Alemania, Suiza, Escandinavia), sin embargo, la cuestión se presenta más dudosa en los Estados Unidos y, en Italia, donde no se ha autorizado esta conclusión, con base en un acuerdo, para someter la cuestión a un tribunal arbitral extranjero.

En el art.2651 inc. g) del nuevo CCCN se resuelve la cuestión con una expresa solución positiva en el sentido de que “la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país”.

La elección puede efectuarse pues, mediante la referencia al derecho elegido, o mediante la expresa incorporación al contrato de las disposiciones del derecho extranjero que se quieren aplicar sólo para regir cuestiones no previstas (“cláusulas de incorporación”), generalmente, respecto de estas disposiciones se deja a salvo la primacía de las cláusulas del contrato.

Se ha dicho que, en tal caso, la validez de esta incorporación vendría a quedar determinada por el mismo derecho elegido, no por la *lex fori* o por otro derecho y que, cuando la elección del derecho resulta inválida, gobernará el contrato el derecho subsidiariamente

previsto por el legislador para regir el caso.¹⁷ Lo mismo ocurre, respecto de todas aquellas cuestiones no regidas por las normas materiales incorporadas, en defecto de ejercicio de la autonomía conflictual.

3. La autonomía material

La autonomía material de la voluntad de las partes presupone que las partes pueden crear cláusulas prescriptivas del contenido de fondo de su contrato y que, además, así como pueden elegir el derecho aplicable al contrato también pueden excluir del derecho privado elegido, las normas coactivas de ese sistema jurídico. Sin embargo, esa exclusión sólo puede producirse mediante la incorporación al contrato de normas materiales de sentido contrario a las normas coactivas del derecho privado rector del negocio que se pretenden desplazar, Boggiano observa que dichas exclusiones siempre han de ser relativas a determinadas normas coactivas del derecho privado aplicable, por ende, parciales, una a una, y que no cabe una exclusión general de todas las normas coactivas del derecho privado aplicable.

La autonomía material con la particular extensión derogatoria aparece ahora receptada en el art. 2651 inc. c) cuando dispone que “las partes

pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material” (de fondo) “de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido”.

Por medio de la autonomía material, igualmente, surge la posibilidad de que las partes excluyan por una cláusula contractual de sentido contrario, las normas de policía de la *lex contractus* elegida. Ello es así, en tanto que ellas han traído ese sistema al contrato y ellas lo pueden desplazar, mientras que el derecho elegido no sea uno de aquellos que guardan con el caso, una relación económica preponderante.

En efecto, las partes pueden excluir el derecho elegido por el legislador para regir el contrato, eligiendo otro y si las partes pueden excluir las normas de derecho coactivo elegido por el legislador íntegramente, eligiendo otro derecho privado nacional, también pueden excluir parcialmente, el derecho elegido por el legislador y el elegido por ellas mismas, a través de la autonomía material (argumento *de maiore ad minus*, similar al utilizado para fundar la autonomía conflictual).¹⁸

A) Los límites

En el derecho interno, el ejercicio de la autonomía de la voluntad tiene el

límite de la inderogabilidad de las normas coactivas. El límite para la autonomía material en el derecho internacional privado, en cambio, resultan ser, en principio al menos, los mismos que para la autonomía conflictual, es decir: los principios de orden público de la *lex fori*, las normas de policía o internacionalmente imperativas de la *lex fori*, las normas de policía o internacionalmente imperativas del derecho elegido, la *lex contractus*, las normas coactivas de la *lex contractus* y las normas de policía o internacionalmente imperativas de terceros Estados que guarden con el contrato una relación económica preponderante.

Sin embargo, hemos visto ya que a través de la autonomía material de la voluntad pueden desplazarse, expresamente y una a una, las normas coactivas de la *lex contractus*, por otras normas de sentido contrario y que, de la misma forma, también pueden desplazarse las normas de policía de la *lex contractus*, siempre a condición de que el derecho elegido que se pretende desplazar, no resulte ser de aquellos que guardan con el contrato una relación económica preponderante que de hecho, frustrará el ejercicio de tal designio de voluntad, caso en el que nunca cabría su desplazamiento a través de la autonomía material ya mentada (art. 1208, Código Civil).¹⁹

4. La llamada *lex mercatoria*

La doctrina de la llamada *lex mercatoria* ha presentado un desarrollo muy rápido, siguiendo el ritmo acelerado del comercio internacional que exige acompañar el progreso con las técnicas sofisticadas que día a día surgen en el mundo contemporáneo, con actitudes radicalmente nuevas, a fin de dar solución a una gran cantidad de problemas que producen gran impacto en el ámbito del derecho y por la necesidad de brindar respuesta a requerimientos que comportan nuevos desafíos.²⁰

Así, se ha ido gestando un conjunto de reglas emanadas de entidades privadas, de organismos internacionales o que se han ido elaborando a través de la práctica de los negocios en las más diversas ramas de actividad, con fórmulas convenidas por la costumbre, que se ha nutrido de los fallos arbitrales y que se ha impuesto en las más diversas plazas, pese a la disimilitud de sistemas legales. La *lex mercatoria* surge pues, de prácticas y de reglas que se forman, se consolidan y se transforman rápidamente, en función de las exigencias del perfeccionamiento, de la especialización y del poder vinculante que su aceptación inmediata le atribuye dentro de la *societas mercatorum* a la que sirve.

En ese marco, se ha dicho que constituye un conglomerado coherente de normas que, en un sentido lato, ha adquirido fuerza para resolver las diversas cuestiones suscitadas por las relaciones mercantiles de índole internacional, con eficacia y cierta autonomía de coerción, dada por la sanción que reporta el incumplimiento de las reglas pactadas en esos medios o en esas ramas de actividad.

La *lex mercatoria* es pues, un inmenso conjunto de reglas y modalidades comerciales, que expresan la libertad contractual como fuente creadora de normas en función de los casos particulares y que emanan de entidades representativas de clases de comerciantes o de las mismas actividades comerciales o de organismos internacionales y, aun, de comerciantes individualizados, más allá de las previsiones de los sistemas jurídicos nacionales. Brinda así, con creatividad y criterios propios, soluciones equitativas para conciliar los intereses contrapuestos en los casos planteados, con fórmulas apropiadas -muchas veces elaboradas por esos mismos árbitros-, que se suelen ver como una forma de obtener consensos.

Normalmente, la aplicación de la *lex mercatoria* entra al contrato de la mano de la “autonomía material”, como

expresión del contenido que la voluntad de las partes quiere atribuir al contrato, muchas veces, estas disposiciones se combinan con cláusulas por las cuales las partes se comprometen a recurrir a la jurisdicción arbitral para resolver sus posibles conflictos. De esta manera, por vía de la asociación, en el contrato, con acuerdos de prórroga de la jurisdicción internacional en favor de tribunales de árbitros o arbitradores amigables componedores que funcionan como una suerte de jurisdicción propia, se ha encontrado la forma de concretar su eficacia en diferendos internacionales.

Se ha dicho también que la fuerza creciente de la *lex mercatoria* no emana de la autoridad de un sistema jurídico estatal que la autorice, sino que es reconocida por la comunidad comercial y por las autoridades estatales como una suerte de sistema de normas autónomo y, se ha destacado, que su originalidad consiste en el hecho de que representa una reacción ante el *statu quo* creado por los sistemas jurídicos nacionales, muchas veces incapaces de regular adecuadamente las relaciones jurídicas internacionales.

Los INCOTERMS, las reglas de los créditos documentarios, las condiciones generales de contratación,

los contratos formularios, las reglas emanadas de la Cámara de Comercio Internacional y de UNCITRAL, por ejemplo, permiten sostener a muchos autores que más que un sistema de usos y prácticas, se trata aquí de un verdadero sistema autónomo, de un orden jurídico especial, resultado del hacer cooperante de los operadores del comercio internacional, muy elaborado y fundamentalmente pragmático.²¹

Uno de los interrogantes planteados con estos nuevos desarrollos es, si cabe reconocer a la *lex mercatoria* un *status* asimilable al de un verdadero ordenamiento jurídico.

Paul Lagarde adversario de la *lex mercatoria* ha reconocido si no la existencia, al menos, la posibilidad teórica de un orden jurídico constituido por ella, que no habría adquirido su carácter de tal de un sistema estatal que lo acuerde, sino de sí mismo. Se trataría de un derecho que, en todo caso, sería inmanente a la organización social (*ubi societas ubi ius*).²² Hay quienes sostienen que los operadores del comercio internacional tienden a introducir las normas de la *lex mercatoria* en los sistemas jurídicos nacionales (Lagarde) y quienes piensan que, por el contrario, los ordenamientos nacionales aceptan tácitamente y, por omisión, el

imperio de la *lex mercatoria* que se sirve, fundamentalmente, de la autonomía contractual y del arbitraje (Strenger).²³

En la nueva regulación del derecho internacional privado fuente interna, la recepción de la *lex mercatoria* aparece dentro del art. 2651 inc. d) CCCN, cuando dispone que “los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato”, con lo cual se pone en línea para completar el cuadro de una postura de amplia apertura a la autonomía de la voluntad.

Las manifestaciones concretas de esos principios generales en nuestros días aparecen en buena parte, elaboradas y formuladas a través del trabajo del UNIDROIT (Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT) y de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (“Principios de La Haya”).

5. El punto de inflexión del principio de la autonomía de la voluntad. Exclusión de los contratos de consumo

Finalmente, cabe señalar que toda la teoría de la autonomía de la voluntad

parece reconocer su punto de inflexión ante la necesidad de proteger al consumidor en contratos en los que éstos se hallan involucrados, generalmente, como a la parte más débil de la contratación. Estos contratos suelen estar excluidos de las reglas generales en muchos países y son objeto de tutela a través de leyes especiales que, en el plano internacional, por lo común, al menos limitan la autonomía de la voluntad o aplican correctivos a sus resultados materiales. Frecuentemente, se propone una conexión con el entorno social de la parte débil (*umweltrecht*), como elección del derecho que ejerce una eficaz protección de sus derechos (residencia habitual o domicilio del consumidor), otras veces, se asegura el nivel de protección de la *lex fori*, en una referencia obligada y unilateralista, que desemboca en una dualidad funcional de leyes aplicables.

Es con fundamento en esta línea de ideas pues, que en la Sección 11° de ese Código luego de consagrar el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, el art. 2651 *in fine* CCCN establece, expresamente, que sus disposiciones “no se aplican a los contratos de consumo”.

Estos contratos de consumo son los únicos que en el nuevo código se

abordan, en el plano internacional, como objeto de una regulación especial contenida en la sección 12° (arts. 2654 y 2655 del CCCN).

6. Normas de derecho subsidiariamente aplicables en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes

A) Las normas subsidiariamente aplicables a los contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación

Para la determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes, el CCCN dispone, en su art. 2652, que el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, define que se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato.

También, se contempla que en caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.

Finalmente, se precisa que la perfección de los contratos entre ausentes se

rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

El nuevo CCCN sigue manteniendo así, los mismos puntos de conexión del Código Civil de Vélez Sarsfield: el lugar de cumplimiento como criterio general y la ley del lugar de celebración como criterio condicional subsidiariamente aplicable cuando aquél no puede ser determinado.²⁴ Sin embargo, utiliza una fórmula de técnica general, neutral y más sencilla, que prescinde de la conexión unilateral del anterior art. 1209 y que resuelve el caso con una norma de conflicto general que subsume tanto el 1209 como el 1210.

Es claro que iguales fundamentos que aquellos que inspiraron a Vélez condujeron a mantener soluciones que, por su tradición jurídica y general aceptación, a través de una fecunda y seria elaboración jurisprudencial aparecían como un valioso bagaje del que no cabía apartarse.

También se mantuvieron, en el segundo párrafo del art. 2652 los criterios de calificación autárquicos elaborados por Vélez en los arts. 1212 y 1213, para definir qué se entiende por lugar de cumplimiento, con sus mismas opciones. Se capta, en primer lugar la determinación de las partes y en segundo

lugar la naturaleza de las obligaciones involucradas, si bien se reformula la opción final relativa al domicilio del deudor con una redacción actualizada, acorde a la evolución de la doctrina y la jurisprudencia sobre el punto. Seguidamente profundizaremos el tema.

B) La calificación (definición) del “lugar de cumplimiento” como punto de conexión para la determinación del derecho aplicable

Ya se ha señalado que el nuevo CCCN adopta el “lugar de cumplimiento” como punto de conexión rígido para la determinación del derecho aplicable a los contratos—véase que ya hemos definido el mismo concepto a los fines de la determinación de la jurisdicción competente en la misma materia, en el capítulo respectivo, al que remitimos—, como todo concepto rígido, este factor de conexión permite identificar un núcleo conceptual aparentemente firme, pero en palabras de Wolff, con una periferia indistinta, que surge a poco que se profundice en la idea frente a casos concretos.

Es así como se ha manifestado desde un principio, ante la imposibilidad de arribar a una definición única, la necesidad de sentar calificaciones

autárquicas, esto es, definiciones dadas por el propio legislador que exhiben un criterio amplio y suficientemente flexible en sus alternativas como pauta para orientar al intérprete respecto de qué debe entenderse por “lugar de cumplimiento”. Tanto el Código de Vélez como el nuevo CCCN pues, proporcionan calificaciones en cascada, jerarquizando presunciones y delegando en los jueces la facultad de precisar la elección, concretamente y en cada caso, atendiendo a la naturaleza de la obligación o de las obligaciones emergentes del contrato (art. 2652 CCCN y antes art. 1212 y 1213 Código Civil).

En un contrato, típicamente bilateral (sinalagmático), la reciprocidad de las prestaciones prometidas hace necesario investigar la prestación relevante para la localización integral del negocio en un sistema jurídico. ¿Cuál de las prestaciones debidas tiene virtualidad localizadora? ¿Cuál es la que vincula, por su cumplimiento en determinado lugar, el contrato con su derecho aplicable: la entrega de la cosa, la prestación del servicio, el pago del precio? Estas son las cuestiones a que dan origen tanto al criterio de orientación legislativo de los anteriores arts. 1212 y 1213 del Código Civil argentino como del actual art. 2652 CCCN.

C) Las calificaciones autónomas. La prestación característica y el domicilio del deudor de la prestación más característica

Cuando no hay lugar de cumplimiento expresamente designado —primera acepción del lugar de cumplimiento—, en los contratos recíprocos, con prestaciones a cargo de las partes y que conectan los sistemas jurídicos de dos o más estados nacionales, para determinar el derecho aplicable ha de estarse, en segundo término, a aquella prestación que hace del contrato lo que éste es, la que permite definirlo típicamente, es así como se ha hablado del objeto típico o de la obligación principal del contrato.²⁵ Más modernamente, ésta es, la prestación característica del contrato que en palabras de Schnitzer, puede ser considerada como aquella con virtualidad localizadora.²⁶

Esta alternativa es la que resulta alcanzada por la segunda posibilidad jerárquica, que prevé el art. 2652 en su segundo párrafo, que al referirse como derecho aplicable al que resultare de la naturaleza de la relación. Allí, se conserva la misma fórmula de Vélez y ella, claramente, permite establecer cuál es la prestación típica (la “prestación más característica”), que surge de la naturaleza propia del contrato, para hacerlo ser el que es. Ello, sin dejar de

observar que la flexibilidad del término “naturaleza”, permite al intérprete un amplio margen para adaptarse a las particularidades del caso y que, sin duda, los tribunales podrán utilizar con fruto.

La idea de la prestación típica como medio para conectar el contrato al medio económico en el cual se inserta, sin embargo, fue mereciendo diversas objeciones.

El profesor Frank Vischer sostuvo que el principio de la prestación característica necesitaba un reajuste, que en una venta-locación o en una venta con pagos por instalaciones, el pago del precio por el comprador es de mayor importancia en razón de las normas protectoras de este último.²⁷ Se dijo, que considerar de modo genérico que la prestación no dineraria (“*non pecuniary performance*”) carece de virtualidad para localizar económicamente el contrato aparece exorbitante y ajeno a la realidad de los negocios internacionales. Que en una compraventa internacional de mercaderías, si bien es cierto que éstas son objeto de la prestación más característica del contrato, no son más gravatorias económicamente que el precio en divisas que el vendedor persigue con el intercambio y que le debe satisfacer el comprador. Que

desde el punto de vista económico hay equivalencia de intereses y beneficios recíprocos, no susceptibles de ser genéricamente jerarquizados asignando superioridad a unos sobre otros, aun cuando las particulares circunstancias de cada contrato puedan evidenciar ciertas preponderancias.²⁸

Batiffol y Boggiano observaban, por otro lado, que en los contratos comerciales multinacionales se advierte una mayor deslocalización del negocio a causa de que no aparece integrado a la esfera social de un país debido a que el sinalagma genético de las promesas que contiene y el sinalagma funcional de las prestaciones que se deben producir para dar cumplimiento a tales promesas están plurilocalizados, de modo que no permiten determinar, con razonable fundamento, su vinculación más estrecha con un lugar determinado, sino con varios concurrentemente.

Señalan que trata de contratos multinacionales no localizables desde una normativa general y que bien valen para ellos las autonomías material y conflictual. Y en definitiva, tales negocios, cuando no son interferidos por normas de policía o cláusulas de orden público estatales, generan un derecho que podríamos llamar, hasta cierto punto, “autónomo”, creado por los

comerciantes no contra los derechos nacionales, ni por encima de ellos, sino dentro de ellos, en los límites que los sistemas de derecho internacional privado nacionales les dejan para crear, con razonable libertad, lo que se podría llamar un nuevo derecho especial del comercio internacional, común a todos los derechos nacionales.²⁹

Así las cosas, se ha observado que en la jurisprudencia comparada no prevalece la elección del derecho vigente en el lugar en que se debe cumplir físicamente la prestación característica, sino que aparece privilegiado, muchas veces, el domicilio del deudor que debe cumplir la prestación característica. Se considera que el domicilio del deudor, punto de contacto cuya relevancia ya había advertido Savigny y no, el mero lugar de cumplimiento material es más gravitatorio.

Se ha observado asimismo, que a este resultado también se podía llegar, armonizando los criterios del artículo 1212 del Código Civil argentino, cuya última parte aludía al lugar del domicilio del deudor,³⁰ pudiendo construirse que también en nuestro país había adquirido predicamento en la jurisprudencia, como el criterio general de localización el domicilio del deudor de la prestación característica del contrato.³¹

Esta fórmula tiene la ventaja de superar la compleja solución final de los arts. 1212-1213 que exigían coincidencias del domicilio del deudor con otras circunstancias, como el lugar de celebración, que si bien tenían raíces tradicionales (Savigny), se tornaban azarosas, para terminar desembocando en el domicilio actual del deudor.

Adscripto a esta línea de ideas y dando cabida a la necesidad de contemplar la utilidad de estas reflexiones, el art 2652 del CCCN, concluye, identificando el domicilio actual del deudor de la prestación más característica, como tercera alternativa calificadora, en cascada, del concepto lugar de cumplimiento, al final de su segundo párrafo. Esta fórmula permite precisar el concepto, ante contratos plurilocalizados en sus prestaciones características, con una pluralidad de contactos territoriales que, al ser difíciles de jerarquizar, derivarían en diversas alternativas fraccionadoras que podrían conducir a un complejo (*dépeçage*) para determinar el derecho aplicable. Se pone así el foco en quién debe responder y en cuál es su centro permanente y actual de vida y de negocios, donde siempre deberá responsabilizarse de sus obligaciones y cumplir y a cuya ley, el deudor naturalmente debe considerarse sujeto (Savigny).

D) Los contratos entre ausentes

En supuestos de contratos que fueren hechos entre ausentes por instrumento privado, firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, en el Código Civil regía la norma de conflicto del artículo 1214, y allí se preveía que “sus efectos”, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, debían ser juzgados respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio.

Reiteramos, que se trataba de casos con lugar de celebración indeterminado (art. 1214, Código Civil) y de lugar de cumplimiento tampoco determinable (arts. 1209, 1210, 1212 y 1213) y que se habilitaba allí como solución, un fraccionamiento del derecho aplicable (*dépeçage*), a través de un corte subjetivo (*petite coupure*), con un punto de conexión acumulativo igual, según el cual para cada parte se aplicaba la ley domiciliaria.

Si bien la norma contemplaba como ámbito material de esa solución sólo los efectos del contrato, había quienes entendían que esa solución era extensible también a la validez, con las consiguientes dificultades de aplicación efectiva, sin descartar el principio saneador de la cláusula *favor negotii* (art. 1181 Código Civil) o los criterios de

localización que a veces persiguen una finalidad de justicia material como ocurría con el principio del *favor negotiorum patriae* previsto en el art. 14 in. 4° del Código Civil.

También apuntamos que los Tratados de derecho civil de Montevideo de 1889 y 1940, en sus respectivos arts. 40, prevén que rija la ley del lugar de su celebración, para los actos y contratos en los cuales no pueda determinarse el lugar de cumplimiento, al tiempo de ser celebrados y según las reglas contenidas en los artículos anteriores de los mismos Tratados.

No obstante, para los contratos entre ausentes que no tenían determinado el lugar de celebración, ambos Tratados consagraban, en sendos arts. 42, una regla especial según la cual, que debía considerarse que la perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

Esta fórmula montevideana, permite, en aquellos contratos que no tienen determinado el lugar de celebración, sortear la ausencia de ese lugar físico a través del establecimiento de una presunción legal acerca de cuál es el lugar de perfeccionamiento del cruce de propuestas entre las partes y que,

por ende, cuál ha de ser reputado como lugar de celebración.

De este modo, el contrato entre ausentes, que no tiene determinado lugar de cumplimiento, queda colocado dentro de la hipótesis subsidiaria que precisamente indica, para tales casos, la aplicación de la ley del lugar de celebración.

Esta solución de los Tratados de Montevideo ha sido la adoptada por el nuevo CCCN en el tercer párrafo del art. 2652, cuando también dispone que la perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

Con ello, se evita, por un lado, reeditar la solución fraccionadora y compleja, a la que conducía el art. 1214 del Código Civil (el *dépeçage* y la *petite coupure*) y las dudas que generaba su ámbito de aplicación, que sólo preveía parcialmente los efectos del contrato y no, su validez y naturaleza.

La presunción legal actual, remite el caso para su encuadramiento a la norma de conflicto general, condicional, subsidiariamente prevista, para el caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento. Esto es, a la ley del lugar de celebración, que aparece precisado para el supuesto particular.

7. La cláusula de excepción

El art. 2653 del CCCN introduce en nuestra legislación una excepcional cláusula escapatoria flexible que reedita, para los contratos en los cuales las partes no han ejercido la facultad de determinar el derecho aplicable, el mismo principio general ya sentado entre las disposiciones generales del mismo Código, en el art. 2597.

Allí, también bajo el acápite: “Cláusula de excepción”, se establece que “excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente”. También se prevé que “esa disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

Respecto de los contratos se reitera la misma facultad con carácter excepcional, pero toda vez que nos hallamos en el ámbito de los derechos disponibles para las partes se establece que el tribunal podrá proceder de este

modo siempre, ante previo pedido de parte y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato.

Sin embargo, esa facultad se habilita al juez con una fórmula restrictiva y con una precisa orientación material, sólo ha de disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos y a pedido de parte. Cabe reiterar, que esta norma solo cabe en el ámbito del funcionamiento de las normas subsidiariamente aplicables pero no está habilitada cuando las partes han elegido el derecho.

Ambas disposiciones, se reitera, consagran principios flexibilizadores de excepción, con base en el criterio de mayor proximidad y, de ningún modo, conexiones o reglas de elección flexibles de carácter general; los jueces no pueden recurrir a esta facultad arbitraria o antojadizamente, guiados por criterios subjetivos de mayor justicia, sino se reitera, con un criterio restrictivo.

El Código no indica los parámetros de mérito para valorar cuándo esa conexión estrecha puede ser usada, qué vínculos son relevantes, con base en qué circunstancias y cómo pueden ser valorados para concretar la

excepción, con base en el principio de proximidad.

Sin embargo, su carácter excepcional, indica que solo podrá apelarse a esta aplicación, de modo directo, cuando el caso no fuere encuadrable en ninguna de las categorías del art 2652 y cuando no pudiese determinarse el domicilio actual del deudor de la prestación más característica. Es decir, cuando se dan supuestos específicos y excepcionales, en los que las reglas de conflicto típicas legalmente previstas resultan manifiestamente inapropiadas, como expresión de conexidad con el contrato y se vuelven incompatibles, en el caso concreto, con la ratio inspiradora del artículo.

En los demás casos, solo puede ejercerse una función correctora de carácter excepcional bajo la directiva de atender a todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato y al derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos.

Se ha dicho que cabe valorar en esta línea de ideas si el contrato tiene relación muy estrecha con otro u otros contratos; debe atenderse a la naturaleza intrínseca del contrato y sus condiciones, su contenido y configuración; a

la circunstancia de que los contratantes tengan sus establecimientos, su sede o domicilio en un mismo país, lo que permitiría encontrar los trazos de una ley común subsidiariamente aplicable.³²

Las expectativas de las partes objetivamente determinables, también pueden justificar la exclusión de un derecho que las partes no han podido prever; por otro lado, en contratos con prestaciones plurilocalizadas, que no permiten apreciar cuál es la más características y ante domicilios de deudores también plurales y divergentes, puede ser útil precisar la prestación de mayor significación económica para determinar el elemento más destacado en el objeto del negocio, con el fin de apreciar la elección del país donde se ubica esa prestación como el más vinculado al caso, con un criterio de mayor proximidad.

Las cláusulas de elección de foro o las referencias materiales a un ordenamiento dentro del contrato, si no conducen a una manifestación de elección implícita cierta, no pueden justificar un apartamiento del derecho subsidiariamente previsto por el legislador, tampoco cabe, se reitera, una interpretación amplia y flexible de la cláusula escapatoria que debilite las conexiones legales.

La interpretación correcta, limita la cláusula de excepción para los casos que no pueden ser encuadrados en las presunciones legales o en los que la sumisión a ellas conduce a resultados abiertamente incompatibles con el criterio de proximidad, pues va en ello comprometida la seguridad jurídica.³³

Este enfoque restrictivo del principio de proximidad se corresponde con la redacción consagrada en el art. 4.3 del Reglamento Europeo (CE) 593/2008

-Roma I- (y, también, con el criterio del art. 4.3 del Reglamento (CE) 864/2007 (Roma II)³⁴ y se ha dicho que establece un razonable equilibrio entre la exigencia de seguridad jurídica y la necesidad de hacer justicia en los casos individuales.³⁵

La prudencia judicial debe ajustarse pues, a las pautas de interpretación restrictivas y específicas que emergen del texto legal.

* Escribana y abogada por la Universidad del Salvador. Diploma de honor. Doctora en Derecho -UBA- (tesis sobresaliente). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Profesora titular de derecho internacional privado en la Universidad del Salvador y en la Universidad de San Isidro. Profesora de derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de postgrado en diversas Universidades. Ex-presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Invitada por la Comisión Redactora del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación para colaborar con la elaboración del Título IV del Libro sexto (Derecho internacional privado).

¹ Ver también A.P. Radzyski, “Las cláusulas de elección de foro en contratos internacionales”, *ED*, pp. 150-305.

² Ver las referencias de A. Schnitzer, “Les contrats en droit international privé suisse”, *Recueil des Cours*, t. 123, 1968, pp. 582 ss. y Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950, pp. 13 ss.

³ B. Kaller de Orchansky, “El régimen de los contratos en derecho internacional privado argentino”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XIX, n° 4, 1966, pp. 523-525, posición luego revertida por esta prestigiosa profesora, véase *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1991, pp. 348 ss.

⁴ W. Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1990, n° 315 (La autonomía de las partes), pp. 287 y 291; véase el análisis que efectúa de la validez o nulidad del pacto o contrato de elección del derecho aplicable en caso de invocarse vicios de la voluntad, preguntándose si será aplicable el mismo derecho elegido o el que resultaría aplicable si las partes no hubiesen elegido otro, para concluir en que la doctrina dominante acompañaría la primera postura, pues sostiene que la elección oblicua o indirecta del derecho aplicable no se expone normalmente a reparos, a no ser que infrinja una obligación en cuyo caso constituiría un fraude a la ley.

⁵ A. Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, t. II, 5° ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, pp. 172-192.

⁶ M.E. Uzal, “Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional: con particular referencia al MERCOSUR”, *ED*, t. 179, p. 1184.

⁷ Ver el desarrollo en el fallo “*Pablo Treviso S.A.F.A.C.I.M.I. y otros c. Banco Argentino de Comercio*” dictado por Boggiano como juez de 1° instancia el 31/08/1976, copiado en el t. II, pp. 174 y 373 ss. de su obra *Derecho Internacional Privado* (nota 5).

⁸ Ver M.E. Uzal (nota 6), p. 1184.

⁹ Ver A. Boggiano (nota 5), pp. 180-182.

¹⁰ Cabe recordar que las normas de policía son aquellas normas del sistema de derecho internacional privado de un Estado que imponen a un caso o un aspecto de un caso multinacional la auto-elección del propio derecho para solucionarlo, excluyendo cualquier norma de conflicto o material, ello, por razones de orden social político o económico que ese Estado se halla especialmente interesado en tutelar; véase sobre el tema: *supra* punto II y A. Boggiano (nota 5), t. I, pp. 463-473 y t. II, pp. 188-192.

¹¹ M.E. Uzal (nota 6), p. 1184.

¹² J. Carrascosa González, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 78 ss. y sus citas.

¹³ Ver O. Lando, “The conflict of laws of contracts”, *Recueil des Cours*, t. 189, p. 304; W. Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, n° 113.

¹⁴ M.E. Uzal (nota 6), p. 1184.

¹⁵ O. Lando (nota 13), pp. 314 ss.

¹⁶ M.E. Uzal (nota 6), p. 1184.

¹⁷ O. Lando (nota 13), pp. 305-306.

¹⁸ A. Boggiano (nota 5), t. II, pp. 177 ss., con especial referencia al fallo “*Zapata*” (“*The Bremen et al. c. Zapata of Shore Co*”, 407 U.S.1, 1907, del 12/06/1972).

¹⁹ M.E. Uzal (nota 6), p. 1184.

²⁰ En la elaboración de las ideas que exponemos hemos seguido de cerca los trabajos de I. Strenger, “La notion de *lex mercatoria*”, *Recueil des Cours*, t. II, 1991, pp. 333-350; O. Lando, “The *lex mercatoria* in International Commercial Arbitration”, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 34, 1985, pp. 747-753; P. Kahn, “Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques”, *Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec droit, 1992, pp. 97-107; M.E. Uzal (nota 6), p. 1184.

²¹ Ver las fuentes citadas en la nota 39.

²² P. Lagarde, “Approche critique à la *lex mercatoria*, en le droit des relations économiques internationales”, *Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec droit, 1992, pp. 125 ss.

²³ I. Strenger (nota 20), pp. 342-343.

²⁴ Véase sobre el debate en torno a la antítesis entre lugar de celebración y lugar del cumplimiento los fundamentos expresados por Story, en J. Story, *Comentario sobre el conflicto de las leyes* (traducción de la octava edición americana por Clodomiro Quiroga), t. I, Buenos Aires, Félix Lajouane, Editor, 1891, pp. 377, 386-388 y 389, donde funda la preferencia del primer punto de conexión para la prueba, formas intrínsecas y extrínsecas y solemnidades, autenticidad, fe, verdadera interpretación, bienes muebles; también, véase la p. 450, donde explica que cuando el contrato ha de ejecutarse en otro lugar, la regla general es de conformidad con la presunta intención de las partes de que el contrato, en cuanto a su validez, naturaleza, obligación e interpretación, ha de regirse por la ley del lugar de su ejecución., aunque luego, a pp. 456 ss. se expone sobre ejemplificaciones respecto de las dificultades en la aplicación de la regla.

²⁵ Ver la evolución de la idea en H. Batiffol, *Les conflits des lois en matière de contrats*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1928, pp. 82-87.

²⁶ Ver F. Schnitzer, “Les contrats internationaux en droit international privé suisse”, *Recueil des Cours*, 1968, vol. II, p. 545, y la jurisprudencia y antecedentes doctrinales en el derecho suizo; F. Vischer, “The antagonism between legal security and the search of justice in the field of contracts”, *Recueil des Cours*, 1974, pp. 62 ss.

²⁷ F. Vischer (nota 26), p. 62.

²⁸ A. Boggiano (nota 7), t. II, p. 194.

²⁹ A. Boggiano (nota 7), t. II, pp. 194-195.

³⁰ A. Boggiano (nota 7), t. II, pp. 193 ss.

Parte IV

Resolución de litigios contractuales

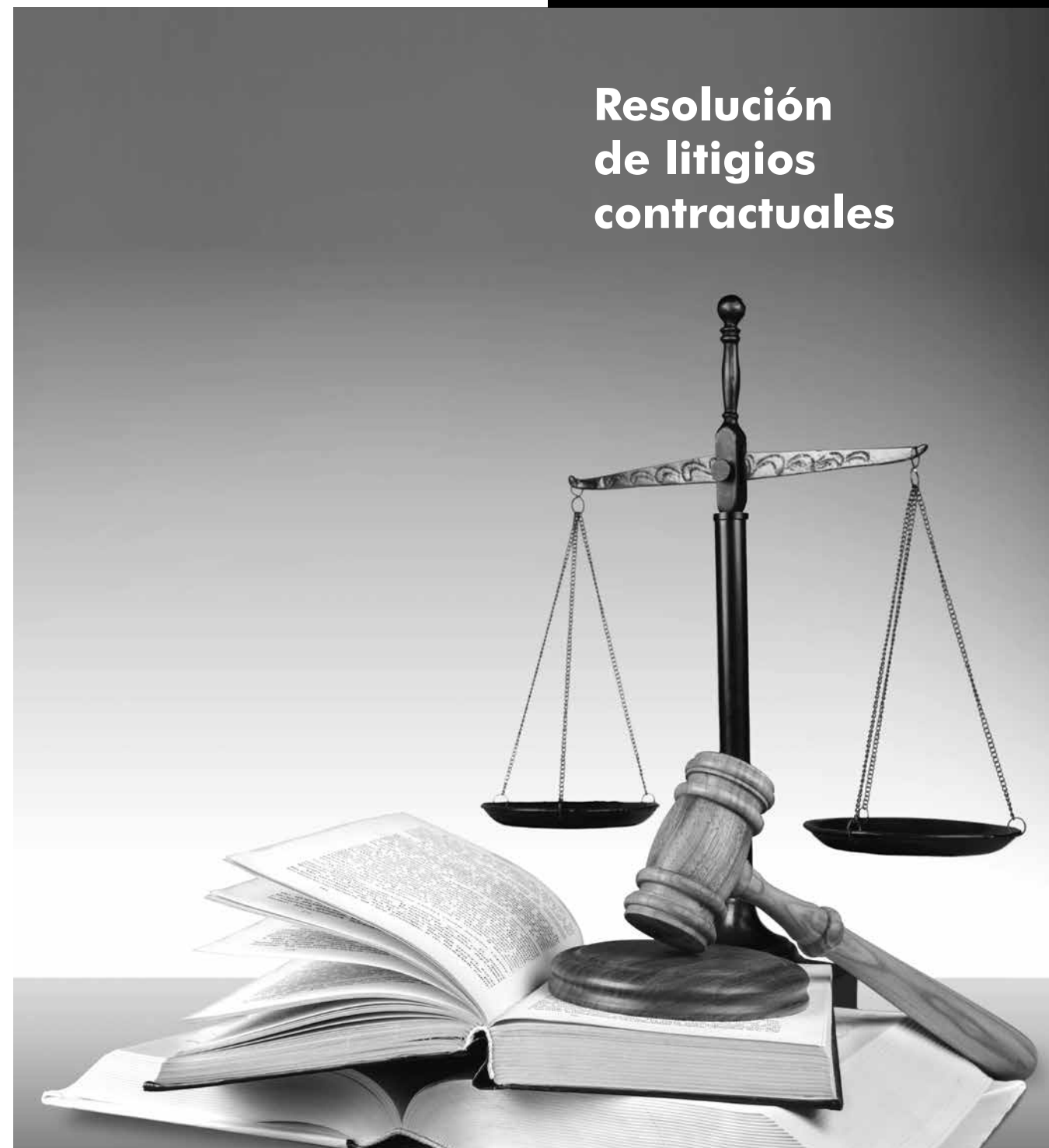
³¹ CNCom., Sala A., 01/04/2014, “*Murex Argentina S.A. c/ Abbott Laboratories y otro s/ ord*”; CNCom., Sala A., 18/09/2013, “*Centro de Distribuzione Eurolatino SRL c. Banca Nazionale del Lavoro SA*” s/ ord.” (ampliación de fundamentos); CNCom., Sala A., 16/12/2013, “*Scrugli, Carlos Antonio c. HSBC Bank Argentina s/ ord.*” (ampliación de fundamentos).

³² Véase que ya Story advertía, con cita de Boullenois y Hercio, que también estaba dicho que los contratos hechos entre extranjeros en un país extranjero, deben construirse de acuerdo con la ley de su país, siempre que ambos pertenezcan al mismo país, en: J. Story (nota 24), t. I, p. 388, n° 241 y p. 449, n° 279.

³³ Véase la sentencia del STJCE de 06/10/2009 en el caso C-133/06, *ICF*, en cuestión prejudicial planteada por el *Hoge Raad* holandés, a propósito de la interpretación restrictiva del art. 4 apartado 5. del Convenio de Roma.

³⁴ Con una fórmula más rigurosa que la contenida en el original art. 4.5 del Convenio de Roma de 1980, los Reglamentos Roma I y Roma II, han recogido las críticas jurisprudenciales, que llevaron a la convicción de la necesidad de una interpretación restrictiva de esa norma que derechamente excluía el derecho aplicable determinado por la norma cuando resultase “del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país”. Los nuevos Reglamentos se enrojan en la línea más restrictiva que sigue también el CCCN. Así, Roma I dispone en su art. 4. 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Y Roma II. Dice en su art. 4.3. que “si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculado con el hecho dañoso en cuestión”.

³⁵ Ver P.A. De Miguel Asensio, “Contratación internacional: la evolución del modelo de la Unión Europea”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 29, 2011, pp. 28-34.



Resumen

Tradicionalmente los contratos administrativos entre el Estado y una persona privada se encuentran regidos por el derecho administrativo y cualquier disputa entre las partes se somete a la jurisdicción contenciosa administrativa del foro. No obstante, la participación cada vez más notoria de inversionistas extranjeros, particularmente grandes multinacionales, ha dado como resultado una internacionalización de los contratos administrativos suscritos con el Estado, tanto por la ley aplicable a este como por la escogencia de un foro neutral, fuera de los tribunales administrativos y judiciales del Estado receptor de la inversión. En este sentido cabe preguntarse si el arbitraje internacional es el foro idóneo para resolver los conflictos contractuales entre el Estado y una parte privada. Este escrito explorará los factores de internacionalización de los contratos con el Estado, incluyendo la cláusula de resolución de disputas en contratos administrativos. Asimismo, el escrito se referirá a la posible interacción entre el contrato suscrito con la administración del Estado y los tratados de inversión que haya podido suscribir el país del inversionista con el Estado receptor de la inversión. Por último, se dará una especial atención al arbitraje en materia de contrataciones públicas seguido por algunos países de la región como es el caso de la República del Perú.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Internacionalización de los contratos con el Estado. 1. Las cláusulas de arbitraje dentro de los contratos con el Estado. 2. Las cláusulas de derecho aplicable. 3. Las cláusulas de estabilización.
- III. Interacción entre los contratos de inversión y los tratados de inversión.
- IV. El arbitraje en la contratación pública: el caso de la República del Perú.
- V. A manera de conclusión: ¿jueces o árbitros para resolver las controversias contractuales internacionales con el Estado?

Margie-Lys Jaime*

I. Introducción

El recurso al arbitraje en contratos suscritos con el Estado y una persona privada no es algo nuevo. En la primera mitad del siglo XX podemos apuntar una serie de contratos de concesión de mediano o largo plazo sobre la explotación de recursos naturales, particularmente petroleros, suscritos entre empresas extranjeras y gobiernos como Irán, Etiopía, Indonesia y Kuwait. Estos contratos dieron así lugar a los primeros casos conocidos en materia de inversiones.¹ Tratándose de contratos suscritos antes de la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), los arbitrajes eran en su gran mayoría arbitrajes *ad hoc*.² Y es que la esencia misma de la creación del CIADI consiste en que las partes son libres de acordar a métodos internacionales de arreglos de diferencias. Esto a pesar que las controversias con el Estado son por regla general resueltas a través de

Contratos internacionales con el Estado, poder público y arbitraje internacional

los procedimientos administrativos o judiciales disponibles al amparo de las leyes del Estado receptor de la inversión.³

En efecto, como regla general, los inversionistas privados carecen de acceso directo a métodos internacionales de resolución de conflictos, salvo por el recurso a la protección diplomática de su Estado de origen una vez agotado las vías de recursos internas. De ahí que el acuerdo contractual a un arbitraje internacional entre una entidad estatal y una persona privada sea la excepción a la norma en materia administrativa. Al respecto también debemos diferenciar entre los contratos internacionales de índole comercial que haya podido suscribir empresas estatales o mixtas de aquellos contratos catalogados como “contratos de inversión” en los cuales el Estado contrata dentro de sus prerrogativas soberanas, ejerciendo una función estatal.

Sin duda, la diferencia entre un arbitraje comercial internacional suscrito por una persona jurídica de derecho público interno y un arbitraje internacional en materia de inversiones es la materia objeto del arbitraje. En la medida en que el Estado o una entidad estatal actúan como un operador del comercio internacional, este está contratando dentro de las mismas reglas que rigen los operadores privados. Como resultado, su condición gubernamental tiene muy poca influencia en el régimen jurídico aplicable al contrato. Por el contrario, cuando el Estado, ya sea directamente o a través de una de sus dependencias, contrata en el ejercicio de sus prerrogativas de derecho público, el contrato sale de la esfera comercial para situarse dentro del derecho de las inversiones. Únicamente el segundo grupo es el que será tratado en el presente escrito, puesto que tiene su fundamento en la función administrativa del Estado.

En este orden de ideas, la sección II desarrollará los factores que han extraído a los contratos administrativos suscritos con el Estado fuera de la esfera del foro para situarlos dentro de la esfera internacional regida por el derecho internacional de las inversiones. Complementariamente, la sección III

abarcará el tema complejo que tiene la posible interacción entre los contratos administrativos y los tratados de inversión.

Finalmente, antes de concluir sobre la conveniencia o no de que los contratos administrativos sean resueltos a través de la vía arbitral, la sección IV tratará de la experiencia peruana en materia de contratación pública y el establecimiento de un arbitraje obligatorio que ha venido a desplazar a los tribunales de lo contencioso-administrativo.

II. Internacionalización de los contratos con el Estado

La internacionalización de los contratos con el Estado puede darse por una combinación de distintos factores. Los dos principales son: (i) las cláusulas de resolución de disputas que contienen como foro competente un tribunal arbitral internacional, y (ii) la aplicación del derecho internacional, ya sea directamente o como complemento del derecho interno. Por otro lado, las cláusulas de estabilización también cumplen una función importante sobre todo cuando se trata de contratos a largo plazo.

1. Cláusulas de arbitraje dentro de los contratos con el Estado

El recurso a un arbitraje internacional para dirimir las controversias entre el Estado o una entidad estatal dentro de un contrato administrativo cuyo objeto es una inversión privada que está siendo realizada por un inversionista extranjero, da nacimiento a los llamados contratos de inversión. Mediante estos contratos de inversión el Estado se compromete a someterse de forma directa a un foro neutral, desprendiéndose de su inmunidad de jurisdicción, y a cumplir el laudo o decisión proferida por el tribunal arbitral. En otros términos, el inversionista extranjero puede prescindir del recurso a la protección diplomática de su propio Estado (previo agotamiento de los recursos internos), pudiendo demandar directamente al Estado receptor de la inversión.

Al respecto, H. Pazarci manifiesta que la responsabilidad contractual del Estado nacida del contrato suscrito con el inversionista extranjero es una responsabilidad cuasi-internacional, en donde existe una relación inter partes, y no una relación nacida del derecho internacional propiamente tal.⁴ En efecto, se trata en principio de un contrato nacido dentro del ordenamiento

jurídico del Estado receptor de la inversión, pero que por voluntad de las partes toda disputa que surja del contrato será tratada dentro de un foro internacional y neutral.

De acuerdo con el laudo “*Texaco c. Libia*”, la referencia a un arbitraje internacional sería suficiente para internacionalizar el contrato; es decir, a situarlo dentro del orden jurídico del derecho de los contratos internacionales.⁵ Al respecto, Pierre Mayer es de la opinión que todo dependerá de lo que entendamos por un arbitraje internacional y si el laudo dictado por el tribunal es realmente un laudo internacional y no un laudo interno.⁶ Así por ejemplo, un laudo dictado por un tribunal CIADI sería internacional aunque tenga su fundamento en un contrato administrativo con el Estado si cumple con los requisitos de jurisdicción del Centro.

Como en los antiguos casos petroleros de la primera mitad del siglo XX, los grandes proyectos de infraestructura de nuestros tiempos recurren al arbitraje internacional. A manera de ejemplo podemos citar los contratos suscritos por la Autoridad del Canal de Panamá (ACP), los cuales siguen el marco tradicional de los contratos promovidos por la Federación

internacional de ingenieros consultores (FIDIC) y utilizados comúnmente en el área de la construcción.⁷

Como es conocido, los contratos FIDIC cuentan con una cláusula de disputas en tres etapas: la primera, consistente en una reclamación directa por parte del contratista; la segunda, ante una Junta de Resolución de Conflictos (*Dispute adjudication board*) que dicta una resolución vinculante; y la tercera, que se activa en caso de insatisfacción con lo determinado por la Junta de Resolución de Conflictos y que puede dar como resultado la constitución de un tribunal arbitral. En el caso de los contratos suscritos con ACP, suele establecerse un periodo de 56 días de arreglo amistoso (*cool-off period*), antes de que pueda iniciarse el arbitraje, y como regla general, de acuerdo con las reglas de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).⁸

Sin duda, los grandes contratos de infraestructura negociados con empresas multinacionales alrededor del mundo son una muestra de las tendencias en materia de contratos internacionales con el Estado, lo cual sale del típico contrato administrativo regido exclusivamente por el derecho administrativo del foro.

2. Las cláusulas de derecho aplicable

Como en todo contrato, la autonomía de la voluntad de las partes juega un papel fundamental en los contratos con el Estado. En este sentido, las partes son libres de estipular la aplicación del derecho interno del país del Estado receptor de la inversión, o del derecho internacional. Ahora bien, en una primera etapa los contratos con los Estados se encontraban en su gran mayoría regidos por el derecho del Estado receptor de la inversión, por lo que toda tentativa de introducir la aplicación del derecho internacional producía la renuencia de los tribunales arbitrales.

En "*Aramco c. Arabia Saudita*", el tribunal arbitral parte del principio que el contrato de concesión petrolera acordada por un Estado soberano y una sociedad privada extranjera, no deriva del derecho internacional público sino que necesariamente se encuentra sometido al derecho de un Estado determinado.⁹ Aun así, el tribunal arbitral aceptó la aplicación de los principios generales del derecho y de los usos seguidos por la industria petrolera para determinar los efectos internacionales del contrato. Incluso también aceptó el recurso al derecho internacional público en la medida en

que no se encuentre ninguna disposición de derecho interno aplicable a las operaciones de transporte en alta mar, a la soberanía del Estado sobre sus aguas territoriales y a la responsabilidad del Estado por la violación de sus obligaciones internacionales.¹⁰

En realidad, el recurso a los "principios generales del derecho internacional", "principios generalmente aceptados por las naciones civilizadas" (según los términos del artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia) o bien, "principios reconocidos por los tribunales internacionales", ya sea como derecho directamente aplicable o como complemento para llenar las lagunas existentes en el Estado receptor de la inversión, ha sido una práctica frecuente.

Al respecto, cabe distinguir entre la ley aplicable al contrato (*lex contractus*), producto de la autonomía de la voluntad de las partes y el orden jurídico de base sobre el cual se fundamenta el contrato con el Estado. De acuerdo con Prosper Weil, el ordenamiento jurídico que sirve de base al contrato entre un Estado y una persona extranjera privada puede tratarse del orden interno o del orden internacional, dependiendo en primer lugar de la naturaleza del contrato y, en segundo lugar, de la ley aplicable al contrato por

acuerdo de las partes.¹¹ En este sentido, un contrato por naturaleza de derecho interno como sería un contrato administrativo puede internacionalizarse a través de la aplicación del derecho internacional. Charles Leben señala por su parte que, si bien los contratos con el Estado suponen en principio la aplicación del derecho interno del Estado receptor de la inversión, es el derecho internacional público el único orden jurídico susceptible de darle un carácter obligatorio a los compromisos adquiridos por el Estado como sujeto de derecho internacional.¹²

La interacción entre el derecho interno del Estado receptor de la inversión y el derecho internacional es reconocida en la Convención de Washington. En este sentido, el tribunal arbitral deberá aplicar la legislación del Estado parte en la controversia y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables, a falta de acuerdo contrario entre las partes.¹³ De esta forma, aunque las partes no hayan acordado la aplicación de un derecho en particular, el hecho de que la controversia relativa a un contrato con el Estado entre dentro de la competencia del CIADI es suficiente para que este contrato, que por naturaleza debe tratarse de un contrato de inversión, sea regido por el derecho internacional y

no únicamente por el derecho interno del Estado receptor de la inversión.

3. Cláusulas de estabilización

Las cláusulas de estabilización o de intangibilidad tienen por objetivo “estabilizar” el derecho aplicable. Esto puede darse mediante la combinación del derecho interno con los principios generales del derecho, pero fundamentalmente a través de un compromiso por parte del Estado a no modificar su legislación en detrimento del inversionista extranjero que entra en una relación contractual con el Estado. Como consecuencia, el derecho interno del Estado receptor que se aplica deja de tener un carácter estrictamente nacional, dando como resultado un “derecho estabilizado” por el derecho internacional.

En “*Aminoil*”, el gobierno de Kuwait había anulado una concesión petrolera a través de una medida de nacionalización adoptada en 1977.¹⁴ En dicho contrato suscrito en 1948, las partes habían acordado resolver sus disputas en un arbitraje internacional. Adicionalmente, a través del artículo 17 del contrato, el gobierno había acordado no dictar ninguna ley general o especial, ni ninguna medida administrativa o acto con el fin de anular el acuerdo. Al respecto, el

tribunal arbitral manifestó que el derecho internacional reconoce la nacionalización como una prerrogativa soberana del Estado que puede verse limitada por los compromisos aceptados por el Estado en el contrato de concesión.¹⁵ En realidad, no se trata que el Estado no pueda modificar su legislación sino más bien que cualquier modificación que pudiera afectar el contrato no le será aplicable. En otras palabras, el contrato se encuentra exento de las modificaciones que pueda adoptar el Estado receptor de la inversión.

El fundamento de este principio es que la cláusula de estabilización crea una expectativa legítima en el inversionista que debe ser respetada por el Estado. De no ser así, el incumplimiento de este compromiso produce la responsabilidad internacional del Estado, debiendo este indemnizar al inversionista por violaciones al contrato así estabilizado por el derecho internacional.

III. Interacción entre los contratos de inversión y los tratados de inversión

Las expectativas legítimas del inversionista extranjero es un concepto que ha tomado fuerza en estos últimos años. En efecto, como resultado de

múltiples arbitrajes que han sido llamados a analizar el concepto (incluso de forma contradictoria),¹⁶ los tratados de inversión de esta última década han entrado a delimitar su alcance. Y esto ya sea como un elemento para analizar el estándar de trato justo y equitativo¹⁷ o, como el resultado de una cláusula de observancia de los compromisos adquiridos –llamada también “cláusula paraguas”, por medio de la cual el Estado se compromete a través de un tratado de inversión a respetar sus compromisos adquiridos *vis a vis* el inversionista.

Independientemente que el Estado haya suscrito un contrato de inversión con un inversionista extranjero, este puede estar protegido por un tratado de inversión suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de origen del inversionista. Sin embargo, cuando se encuentran ambas alternativas disponibles (*i.e.*, cláusula de resolución de conflictos de acuerdo al contrato y un arbitraje internacional competente para resolver las controversias nacidas del tratado), se abre la interrogante de saber ante qué tribunal presentar las reclamaciones contra del Estado.

La clave está en determinar cuál es el fundamento de la demanda. Si el

fundamento se encuentra en las violaciones del contrato se trata de una disputa contractual que debe dirimirse ante el tribunal competente (judicial o arbitral) de acuerdo con los términos de la cláusula de resolución de conflictos del contrato. Por otra parte, si el fundamento de la demanda se encuentra en una posible violación del tratado y de los compromisos adquiridos por el Estado a través del tratado, el inversionista deberá probar dicha violación independientemente de que exista o no una relación contractual.

En algunas ocasiones, sobre todo cuando se trata de tratados suscritos en los años 1990, los tribunales arbitrales han tenido que entrar a analizar la existencia de la cláusula de respeto de las obligaciones contraídas por el Estado, mayormente conocidas como cláusula paraguas o cláusulas de observancia.

La cláusula paraguas, muy común en los tratados de inversión suscritos en los años 1990, tiene por efecto situar el contrato suscrito con el Estado bajo la protección del tratado de inversiones. En otras palabras, la cláusula refleja los compromisos privados adquiridos contractualmente sobre el plano internacional del tratado. En este sentido, las violaciones del contrato podrían analizarse igualmente como una

violación del tratado.¹⁸ Esta protección deriva del principio de buena fe que debe reinar en los contratos suscritos por el Estado.

El principio de buena fe y la responsabilidad del Estado por violaciones al contrato son aspectos reconocidos en instrumentos internacionales desde inicios del siglo XX. Así, la Conferencia de Derecho Internacional de La Haya de 1929 sobre la responsabilidad internacional de los Estados prevé la responsabilidad por daños causados a un extranjero producto del cambio en la legislación del Estado que directamente infringe derechos derivados de una concesión otorgada o de un contrato con el Estado.¹⁹ Los tratados de inversión suscritos en esta última década no incluyen por lo general dicha cláusula, evitando así confusiones entre las demandas contractuales y las demandas sobre la base del tratado.²⁰

IV. El arbitraje en la contratación pública: el caso de la República del Perú

La Ley de contrataciones públicas en Perú recientemente entrada en vigor adopta cambios significativos en materia de solución de controversias que surjan en la etapa de ejecución del contrato.²¹ Ahora bien, ya desde hace

años el Perú contaba al arbitraje como un medio de solución de controversias que surjan durante la etapa de ejecución de un contrato regulado por la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado.²²

La ley establece un régimen institucional de arbitraje especializado para la solución de controversias en las contrataciones con el Estado que deberá realizarse en una institución acreditada por el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado (OSCE).²³ La ley también permite los arbitrajes *ad hoc*, regidos en principio, por lo pactado entre las partes; en defecto de este pacto, se aplica la regulación del reglamento de ley y de las directivas correspondientes del OSCE. En este sentido, un tribunal *ad hoc* deberá cumplir con el código de ética aprobado por el OSCE y el principio de transparencia que rige los arbitrajes en materia de contratos con el Estado.²⁴

Según el artículo 45 de la nueva ley, “las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes”. No obstante, cuando las controversias versen sobre la nulidad del contrato,

éstas solo pueden ser sometidas a arbitraje. Concretamente, el reglamento aplicable dispone que en casos en que la entidad decida declarar la nulidad de oficio del contrato, el contratista tendrá el derecho a someter la controversia a arbitraje.²⁵

Cabe señalar que, a diferencia de los arbitrajes contractuales internacionales, los contratos regulados por la ley de contrataciones deberán necesariamente contener una cláusula de solución de controversias.²⁶ Los laudos arbitrales así proferidos de acuerdo con la ley podrán sujetarse al recurso de anulación de acuerdo con la ley de arbitraje peruana únicamente.²⁷

Específicamente, la nueva ley redefine el papel de la OSCE, estableciéndose que su intervención en los arbitrajes en la contratación pública responden al principio de subsidiaridad.²⁸ Se trata de un arbitraje catalogado por muchos como un arbitraje “obligatorio” o cuasi obligatorio.²⁹ Sin duda, este tipo de arbitraje no es la norma en la mayoría de los países latinoamericanos y en presencia de inversionistas extranjeros no se descarta el recurso al arbitraje internacional pactado entre las partes o, un arbitraje inversionista-estado sobre la base de un tratado en caso de que esta vía sea posible.

V. A manera de conclusión: ¿jueces o árbitros para resolver las controversias contractuales internacionales con el Estado?

El arbitraje se ha utilizado desde tiempos inmemoriales como medio para resolver las controversias contractuales internacionales. Cuando estas controversias se presentan entre un Estado y un nacional de otro Estado surgen muchas interrogantes sobre la legitimidad del arbitraje como medio para resolver controversias que involucran decisiones del estado dentro de su *imperium*.

Salvo casos excepcionales como la experiencia de la República del Perú para controversias en materia de contrataciones públicas, el arbitraje no es precisamente el medio idóneo en el que se suelen resolver las disputas de carácter administrativo. Sin embargo, cuando la controversia involucra intereses extranjeros, el arbitraje resurge como la alternativa propicia para resolver las controversias internacionales con el Estado.

En este orden de ideas, a la pregunta si son los jueces o los árbitros quienes deben resolver las controversias

internacionales con el Estado, la respuesta dependerá no solamente de la calidad de las partes y el poder de negociación de la parte privada, sino también de la materia objeto del contrato. Es probable que un contrato netamente administrativo sea más eficazmente resuelto a través de los tribunales administrativos y judiciales del Estado receptor de la inversión.

No obstante, si el contrato sale de la esfera natural del foro, involucrando la aplicación del derecho internacional, la garantía de contar con un foro neutral a nivel internacional puede resultar beneficioso tanto para el inversionista privado como para el Estado que quiere promover las inversiones extranjeras dentro de su territorio. Aun así, la experiencia ha demostrado que, en materia de inversiones internacionales, incluso sobre la base de un contrato, se requiere contar con un sistema que garantice el justo equilibrio entre los derechos del inversionista y el derecho a regular del Estado por razones de orden público y social.

Vale la pena recordar que es precisamente la percepción de un sistema desequilibrado en favor del inversionista lo que ha causada que varios países como Venezuela, Ecuador y Bolivia³⁰ se separen del sistema, ya sea denunciando la Convención de Washington³¹ o denunciando sus tratados de inversión,³² dejando como única vía los tribunales judiciales o administrativos del foro – y la aplicación del derecho interno, para resolver los conflictos que puedan surgir entre el Estado e inversionistas extranjeros. Estas reacciones son un claro retorno a la doctrina calvo, de acuerdo con la cual toda controversia relativa a un contrato con el Estado debe estar sometida a los tribunales del Estado, a la exclusión de toda acción internacional.³³

En resumen, únicamente un sistema que garantice el equilibrio entre las obligaciones y derechos de los diferentes actores en el sistema, así como un mayor grado de transparencia y predictibilidad, podrá ser eficiente para resolver las controversias contractuales internacionales con el Estado.

* Doctora en Derecho por la Universidad de París II. Posee Maestrías en Arbitraje y comercio internacional (Universidad de Versalles, Francia), Negocios internacionales y derecho económico (Universidad de Georgetown, Washington D.C.), y en Derecho de las relaciones económicas internacionales (Universidad de París II). Es miembro del cuerpo docente de la Universidad de Panamá y se desempeña como consultora en materia de arbitraje internacional, particularmente en disputas inversionista-Estado, así como en temas de política comercial y derecho de las inversiones.

¹ Ver por ejemplo los casos “NIOC- AGIP Minería”, “NIOC - Pan American Petroleum Corporation –y NIOC- Shappire Petroleum Limited”, siendo el objeto de una nacionalización de la industria petrolera en los años 1950; “ARAMCO c. Arabia Saudita”, laudo de 23/08/1958, sobre un contrato de concesión suscrito en 1933, RCDIP, 1963, p. 272; “Baruch-Foster c. Etiopía”, laudo de 15/02/1974, referente a un contrato que data de 1966, RCADI, 1983, p. 73, con comentarios de J.F. Lalive; “AMCO c. Indonesia”, 21/11/1984, en relación a un contrato de 1968, ILM, 1985, p. 1022; JDI, 1987, p. 200, con un comentario de E. Gaillard; “AMINOIL c. Kuwait”, cuya relación contractual data de 1948, JDI, 1987, p. 869.

² El CIADI fue creado a través del Convenio sobre arreglo de diferencias a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados en la ciudad de Washington en 1965 (Convenio CIADI), entrando en vigor el 14/10/1966 cuando fue ratificado por 20 países. Actualmente cuenta con 153 países miembros; listado disponible en: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx?tab=AtoE&rdo=CSO> (última visita 7-12-2016).

³ Informe de los Directores Ejecutivos de Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, p. 10.

⁴ H. Pazarcí, “La responsabilité des Etats à l’occasion des contrats conclu entre Etats et personnes privées étrangères”, RGDIP, 1975, p. 358.

⁵ “Texaco-Calasiatic c. Gobierno de Libia”, laudo de 19/01/1977, JDI, 1977, pp. 330-389.

⁶ P. Mayer, “La neutralisation du pouvoir normatif de l’état en matière de contrats d’état”, JDI, 1986, pp. 5, 32.

⁷ Federación Internacional de ingenieros consultores, www.fidic.org.

⁸ Este fue el caso de la disputa entre la ACP con el Grupo Unidos por el Canal durante la ampliación del Canal de Panamá. El contrato de ampliación, en su cláusula 20.6, establece entre otros términos, el recuso a un arbitraje CCI con sede en Miami, Florida.

⁹ “Aramco c. Arabia Saudita”, laudo de 23/08/1958, RCADI, 1963, p. 273.

¹⁰ Ver nota 9, pp. 273-74.

¹¹ P. Weil, “Droit international et contrats d’état”, *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 549-582.

¹² Ch. Leben, “Retour sur la notion de contrat d’état et sur le droit applicable à celui-ci”, *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L’évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 247-280.

¹³ Artículo 42 del Convenio CIADI, reglamento y reglas, CIADI/15, abril de 2006.

¹⁴ “American independent oil (AMINOIL) c. Kuwait”, laudo 24/03/1982, JDI, 1982, pp. 869-909.

¹⁵ Para algunos comentarios ver G. Burdeau, “Droit international et contrats d’État. La sentence ‘Aminoil c/ Koweït’, de 24/03/1982”, *AFDI*, 1982, pp. 454-70; Ph. Kahn, “Contrats d’État et nationalisation: les apports de la sentence du 24/03/1982”, *JDI*, 1982, pp. 844-68; F. Mann, “The Aminoil arbitration”, *BYIL*, 1983, p. 213-21; A. Sinclair / M. Hunter, “The Aminoil revisited: reflexions on a story of changing circumstances”, en: *International investment law and arbitration, Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral treaties and customary international law*, Cameron May, 2005, pp. 347-381.

¹⁶ Ver, por ejemplo, “*Société Générale de Surveillance S.A. c./ Pakistán*”, CIADI caso n° ARB/01/13, Decisión sobre la competencia de 6 de agosto de 2003, *ICSID Rev.- FILJ*, vol. 18, 2003, p. 307; *ILM*, vol. 42, 2003, p. 1290 (negando todo efecto a la cláusula paraguas al señalar que la misma no tiene por objeto “elevar” las violaciones del contrato en violaciones del tratado); contra, “*Salini Construttori SpA & Italstrade SpA c./ la Jordania*”, CIADI caso n° ARB/02/13, decisión sobre la competencia de 29/11/2004, 96, 20 *ICSID Rev.- FILJ*, 2005, p. 148; *ILM*, vol.44, 2005, p. 569; *JDI*, n° 132, 2005, p. 182 (distinguiendo entre las demandas contractuales y las demandas del tratado).

¹⁷ Así, por ejemplo, el artículo 8.10(4) del Acuerdo económico y comercial global entre Canadá y la Unión Europea (CETA) dispone: “Cuando se aplica la obligación señalada de trato justo y equitativo, un tribunal podrá tener en cuenta si una Parte hizo una representación específica a un inversor para inducir una inversión cubierta, que creó una expectativa legítima, y sobre la cual el inversor se basó para establecer o mantener la inversión cubierta, pero que posteriormente la Parte frustró” (traducción libre). Texto disponible en inglés: http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_es.htm.

¹⁸ En este sentido, el tribunal arbitral en “*L.E.S.I. Dipenta c. Algeria*”, incluso afirmó que estas cláusulas tienen por efecto transformar las violaciones de los compromisos contractuales del Estado en violaciones de esta disposición del tratado, y por consiguiente el tribunal arbitral es competente para resolver la controversia. “*Consortio Groupement L.E.S.I. Dipenta c. Algeria*”, Caso CIADI n° ARB/03/08, decisión sobre la competencia, 10/01/2005, p. 25.

¹⁹ Ver documento de base 3 y 8 de la Conferencia de Derecho Internacional de La Haya de 1929, citados por S. Schwebel, “On whether the breach by a State of a contract with an alien is a breach of international law”, *Études en l’honneur de Roberto Ago*, t. III, 1987, p. 404; W. Ben Hamida, “La clause relative au respect des engagements dans les traités d’investissements”, en: *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement*, Bibliothèque de l’IHEI / LGDJ / Anthemis, pp. 53-104, pp. 70.

²⁰ UNCTAD, *Recent trends in IIAs and ISDS*, IIA Issues Note, February 2015, p.3.

²¹ Ley n° 30225 de contrataciones del Estado, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11/07/2014 y el reglamento de la ley n° 30225, Ley de contrataciones del Estado, aprobado por Decreto supremo n° 350-2015-EF; entrados en vigor el 09/01/2016, disponibles en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>. Contrariamente al Perú, otros países como México han mantenido una restricción a la arbitrabilidad de la rescisión administrativa. Artículo 80 de La ley de adquisiciones, arrendamientos, y servicios del sector público, recientemente modificada el 16/01/2012. Ver igualmente el artículo 98 de la Ley de obras públicas y servicios relacionados con las mismas. Asimismo, F. González del Cossio, *Arbitraje y contratación gubernamental*, disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRAJE%20Y%20CONTRATACION%20GUBERNAMENTAL.pdf>.

²² Ley n° 26850 de Contrataciones y adquisiciones del Estado (1998), modificada por la ley n°2867 de 2004, disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_per_lc_nr_sp.pdf. Ver, asimismo, J. R. Gallardo Aguilar, “El sistema nacional de arbitraje del OSCE”, *Al Día. Revista Institucional*, OSCE, 3° ed., 2014, p. 15.

²³ Artículo 45.5 de la Ley n° 30225 de Contrataciones del Estado, *Diario Oficial El Peruano*, 11/07/2014.

²⁴ Artículo 45.10 y 45.12 de la Ley n° 30225 de Contrataciones del Estado.

²⁵ Artículo 122 (nulidad del contrato) del reglamento de la Ley n° 30225de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo n° 350-2015-EF.

²⁶ Artículo 32 de la Ley n° 30225 de Contrataciones del Estado.

²⁷ Artículo 45.9 de la Ley n° 30225 de Contrataciones del Estado; Decreto Legislativo n° 1071, entrado en vigor el 01/09/2008.

²⁸ R. Vera Moreno / J. Gallardo Aguilar, “Los Tribunales arbitrales especiales. A propósito del rol subsidiario del OSCE en la organización y administración de arbitrajes”, *Al Día. Revista Institucional*, OSCE, 3° ed., 2014, p. 53.

²⁹ M. Castillo Freyre / R. Sabroso Minaya, *El arbitraje en la contratación pública*, Palestra Editores S.A.C., 2009.

³⁰ A. Escobar, “Bolivia Exposes ‘Critical date’ ambiguity. The ICSID Convention is ambiguous on when obligations survive exit from the treaty”, *Global Arb. Rev.*, vol. 2, n° 3, 2007, p. 18; Ch. Leathley, “Morales about to take on the Constitutional tribunal? Bolivia’s withdrawal from ICSID is to have lasting consequences, some further steps are probably required”, *Global Arb. Rev.*, vol. 2, n° 3, 2007, p. 16; S. Manciaux, “La Bolivie se retire du CIRDI”, *Rev. Arb.*, 2007, p. 351; D. Samuels, “Bolivia’s Withdrawal from ICSID happened so fast, few had time to react. Fortunately, for Investors that won’t make a Difference”, *Global Arb. Rev.*, vol. 11, 2007, p. 12.

³¹ Ver UNCTAD, “Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impact on Investor-State Claims”, *IIA Issues Notes*, n° 2, 2010; E. Gaillard, “The Denunciation of the ICSID Convention”, *N.Y.L.J.*, vol. 3, 2007, p. 6.

³² Por ejemplo, Ecuador denunció 8 TBI en 2008, Venezuela sus TBI con Holanda en 2008, Bolivia todos sus TBI con Estados Unidos en 2011 y Sudáfrica, en 2012. UNCTAD,, “International investment policymaking in transition, international investment policymaking in transition: challenges and opportunities of treaty renewal”, *IIA Issues Notes*, n° 4, 2013, p.5, especialmente p. 3. Otra iniciativa que ha resultado de la insatisfacción en el Sistema es el Proyecto promocionado por la Unión de Naciones de América del Sur (UNASUR) creando un centro de arbitraje regional que competiría con el CIADI. Ver, S. K. Fiezzoni, “The Challenge of UNASUR Members Countries to Replace ICSID Arbitration”, *Beijing Law Review*, vol. 2, 2011, p. 134, disponible en: <http://www.SciRP.org/journal/blr>.

³³ La jurisprudencia internacional ha sin embargo rechazado el uso de cláusulas contractuales o disposiciones legislativas de tipo calvo que tengan por objeto excluir la protección diplomática ya que esta es un derecho del Estado de origen del inversionista y no de la persona privada. Ver por ejemplo, “*Inter alia S.A.*”, decisión del 18/10/1923; “*Tinoco (Aguilar-Amory & Royal Bank of Canada)*”; “*Reino Unido c./ Costa Rica, Recueil de S.A.*”, vol. I, pp. 375-399.

Resumo

Este artigo aborda os novos rumos do Direito Internacional Privado, especialmente sua abrangência em relação a alguns temas de relevo da época contemporânea. Reporta-se a nomenclatura do direito transnacional e outros conceitos relacionados, bem como a nova perspectiva da governança global. São examinadas a convergência com o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, e as novas concepções centradas no pluralismo e nos direitos humanos. São elencados campos de estudo que se prestam ao novo enfoque, como o Direito Ambiental Internacional.

Abstract

This paper overviews the new trends in Private International Law, specially its inclusion of themes of relevance in the contemporary era. Other approaches, such as transnational law and other relevant concepts and related concepts are commented focus is given on the convergence with public international law and private international law and the new approaches based in pluralism and human rights. Some fields that are good examples of such convergence are pointed out, such as international environmental law.

Sumário

- I.** Introdução.
- II.** Novos fatores contributivos da transnacionalidade.
- III.** Direito Internacional Privado e diferentes visões sobre seu objeto de estudo.
- IV.** Relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado e novos rumos transnacionais.
- V.** Governança global na nova concepção do Direito Internacional Privado.
- VI.** Outros enfoques sobre governança. 1. A gênese e a articulação com outras áreas de interesse. 2. Comentários sobre algumas abordagens de governança. 3. Alguns exemplos ilustrativos.
- VII.** Conclusão*.

Novos rumos do Direito Internacional Privado

Marilda Rosado**

I. Introdução

A Reflexão sobre os novos rumos do Direito Internacional Privado é uma oportunidade de conscientização da própria trajetória, um ponto no circuito espaço temporal, um instigante passo, que nos encoraja à abertura, à não acomodação.

Por outro lado, trata-se de um exercício de humildade, de formulação de indagações e compartilhamento de pesquisas em curso, sem a pretensão de distribuir certezas.

Certamente o presente artigo presta-se ao reconhecimento de trabalhos que nos inspiram e motivaram ao longo do percurso. Estou em um bom momento para identificar nos mestres mais jovens, bem como nos inúmeros alunos-parceiros um papel que aglutina os dons de mestres e nos transmite o entusiasmo de constantes aprendizagens.¹

II. Novos fatores contributivos da transnacionalidade

Já tive a oportunidade de comentar como na nova sociedade universal as principais forças produtivas² “compreendendo o capital, a tecnologia, a força de trabalho e a divisão transnacional do trabalho, ultrapassam fronteiras geográficas, históricas e culturais, multiplicando-se assim as suas formas de articulação e contradição”.³ Desde o último quarto do século passado, a vida cotidiana foi definitivamente impactada pela revolução tecnológica que elevou a velocidade e o dinamismo como valores indissociáveis das instituições sociais.⁴

O impacto da globalização sobre o arcabouço jurídico na época contemporânea se reflete exponencialmente no direito internacional privado, alterando o seu papel e dando lugar a redes de conexão mais complexas.⁵

O direito internacional privado⁶ é classicamente visto como o ramo do direito interno que regula, direta ou indiretamente, as relações privadas internacionais. Na formulação de Erik Jayme⁷ os tempos pós-modernos significam pluralidade, comunicação, velocidade, fluidez e internacionalidade das relações privadas. Dê-se destaque à pluralidade ou pluralismo: pluralidade de sujeitos de direito na sociedade atual, pluralidade de agentes no mercado, interno e global, pluralidade de vínculos obrigacionais a unir pessoas de diversos países e origens. Acrescente-se, nesta complexa teia, a pluralidade de fontes legislativas, internas e internacionais, de sistemas jurídicos e consequente pluralidade de soluções jurídicas.⁸

Dessa forma, por conta da crescente internacionalização das relações privadas, o direito internacional privado é uma ferramenta de grande utilidade para os juristas contemporâneos, pois lhes permitirá adotar uma abordagem dinâmica, pluralista e dialética na busca pela solução mais justa para as situações jurídicas multiconectadas.⁹

O fato de que os Estados deixaram de ser os únicos sujeitos de direito internacional significou de certa forma uma democratização desse direito, que

passou a atingir indivíduos, organizações e negócios.

No plano do direito internacional, dentre as fontes doutrinárias e normativas, cabe destacar os princípios que regem a Novíssima Ordem Internacional, a qual chega a formar, na época contemporânea, um novo direito transnacional ou cosmopolita, que consagra valores de boa-fé, respeito aos direitos individuais e novos balizamentos para o exercício do poder Estatal. Tal Novíssima Ordem Internacional aponta mudanças na correlação de forças com os investidores, e já apresentou também novos cenários para as empresas transnacionais e para a regulação de sua atuação, nascida a partir da década de 1970.¹⁰

A ligação entre o direito cosmopolita, que contém os princípios e as regras sobre as relações entre os Estados, as organizações internacionais, os indivíduos e as empresas no espaço supranacional não estatal¹¹ e o direito interno dos Estados é o conceito de cidadania multidimensional (constitucional, internacional e cosmopolita).¹²

O cosmopolitismo também corporifica uma percepção dos problemas em escala global, consagrado na visão holista dos direitos humanos, segundo

a qual se integram as suas dimensões nacionais, internacionais e cosmopolitas- plasmando a ideia de cidadania multidimensional (constitucional, internacional e cosmopolita).¹³

III. Direito Internacional Privado e diferentes visões sobre seu objeto de estudo

Há que se recordar o ponto de partida, dando crédito ao impulso da curiosidade intelectual e acadêmica que permitiu o vislumbre da missão mais arrojada para o direito internacional privado: assim se tornou possível concepção mais ampla para o seu objeto.

As definições clássicas dos ramos do direito internacional não condizem com as particularidades da sociedade hodierna. Foi criada uma cisão histórica e epistemológica entre essas duas esferas que precisa ser superada para que haja efetiva proteção do indivíduo, promoção do bem comum e da justiça. Em inventário recente sobre a evolução do direito internacional privado brasileiro,¹⁴ registramos o posicionamento de Jacob Dolinger, que há décadas já identificava a admissibilidade da abrangência pelo Direito Internacional Privado de todas as categorias de leis, tanto de direito privado

como de público, como uma das mais interessantes e controvertidas questões suscitadas na doutrina.¹⁵

O Direito Internacional Privado, apto a acompanhar as mudanças da sociedade internacional provocadas pela fase da globalização do século XXI, enfrenta novos desafios. Embora sua finalidade seja a de prover soluções aos problemas derivados das relações privadas conectadas com mais de um ordenamento jurídico, uma vez que estas precisam de regulamentação específica pela existência do elemento de estraneidade,¹⁶ vale historiar as distintas visões sobre seu escopo que foram sendo construídas pela doutrina.

A Escola de Direito do Rio de Janeiro, na linha da escola francesa, consagra um objeto de estudo amplo e não se restringe a instituições do direito privado. A disciplina abrange a nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro, o conflito de jurisdições, o reconhecimento de sentenças estrangeiras e o conflito de leis, e pode abranger questões fiscais, financeiras, monetário-cambiais, penais e administrativas, que assumem aspectos internacionais e exigem que se recorra a regras e princípios do Direito Internacional Privado.¹⁷

Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso atentam para a onipresença da dignidade da pessoa humana no discurso transnacional, no direito contemporâneo e no Direito Internacional. Como afirma Barroso, “a dignidade humana tornou-se um conceito central e recorrente na fundamentação de decisões de cortes constitucionais e tribunais superiores de todo o mundo”.¹⁸ A preocupação com a “dignidade da pessoa humana” e o próprio termo vêm sendo inseridos em inúmeros tratados e declarações que são aplicados por cortes internacionais.¹⁹

Nos últimos anos, cortes e tribunais constitucionais de todo o mundo começaram a se engajar em um crescente diálogo constitucional envolvendo citação mútua, intercâmbio acadêmico e organização de fóruns públicos como a Comissão de Veneza. Dois fatores têm contribuído para o aprofundamento desse processo. Em primeiro lugar, os países onde o Estado de direito foi instaurado mais recentemente se espalham, com frequência, na experiência de democracias mais sedimentadas. Nas últimas décadas, ondas de democratização alcançaram diversas partes do mundo (...). O segundo fator envolve o compartilhamento de experiências entre as democracias mais maduras e tradicionais. Sociedades

plurais e altamente complexas se deparam com desafios em áreas que vão da segurança nacional até questões religiosas, raciais e sexuais. Decisões judiciais estrangeiras podem oferecer novas informações e perspectivas, e também ajudar na construção de consensos.²⁰

A doutrina nacional contemporânea também partilha dessa ideia, como se lê em Cláudia Lima Marques²¹ para quem o Direito Internacional Privado “em plena pós-modernidade, é um ramo misto do direito, tendo em vista a sua atual pluralidade de métodos, de normas de Direito Internacional Privado e o fim das barreiras claras entre os ramos do Direito Privado e do Direito Público”.

Celso Duvivier de Albuquerque Mello, dentre os doutrinadores brasileiros, destacou-se por sua visão crítica, que permitiu a construção do conceito de Direito Internacional do Desenvolvimento. Tendo em vista a não correspondência da formulação clássica do Direito Internacional Público com os dias atuais, a sua revisão foi mandatária para torna-lo mais efetivo.²²

Paulo Borba Casella aponta como um dos dados da pós-modernidade a “privatização do Direito Internacional”.²³

Outro fator digno de realce na complexidade da sociedade internacional é a multiplicação qualitativa e quantitativa de novos atores no cenário mundial, como organizações intergovernamentais, organizações não governamentais, empresas multinacionais e indivíduos.²⁴ Por conseguinte, o desafio do direito Internacional no século XXI é buscar a efetividade e operacionalidade de seus meios para atingir os fins aos quais se destina.²⁵

Nádia de Araujo, por sua vez, sempre incentivou a adequação do Direito Internacional Privado ao paradigma dos Direitos Humanos, em sua nova centralidade no ordenamento jurídico brasileiro.²⁶

IV. Relações entre o direito internacional público e o direito internacional privado e novos rumos transnacionais

Philip Jessup foi um dos primeiros autores a sustentar que devido à crescente complexidade das relações jurídicas no cenário mundial, era preciso superar o hiato hermenêutico e epistemológico estabelecido entre os ramos do direito internacional, utilizando então a expressão direito transnacional “para incluir todas as normas que

regulam atos ou fatos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito público quanto o direito privado estão compreendidos, como estão outras normas que não se enquadram nessas categorias clássicas”.²⁷

Conclusão semelhante foi a de Andreas Lowenfeld²⁸ durante curso proferido na Academia de Haia, onde, desejando superar a tradição bidimensionalista do ensino do direito internacional, defendeu que a convergência não mais se baseava em projeções doutrinárias, pois do seu ponto de vista já era realidade palpável:

But why is that two branches – a private and a public one – have grown from the same tree of international law? And why is that those two branches have had so little in common? Why are the teaching and the learning, the practice of the States, and the decisions of courts so different in the law of international conflicts than in the international conflict of laws?

(...) My thesis is that public international law has been too rigid, too rule-orientated, and therefore too abstract, in part because it has been insulated from the more flexible, approach-oriented developments of private international law. On the other hand, while modern private international law (or conflict of laws), has applied increased sophistication

to the solution of wholly private disputes, it has shied away behind ancient slogans reflecting a hostility to or fear of governmental action that seems quite out of place in the second half of the twentieth century.

O direito transnacional se retroalimenta da crescente interação entre o interno e o internacional, operando em diversos setores para promover a conjugação dos chamados “novos atores” do sistema internacional e assim alcançar objetivos em comum. A constatação da transnacionalidade das relações jurídicas demonstra a reconfiguração dos padrões clássicos às necessidades sociais contemporâneas, suplantando a forçosa separação entre os ramos do Direito Internacional.²⁹

O marco para essa nova aproximação entre direito internacional público e direito internacional privado é o resgate do ser humano como destinatário último das relações jurídicas que transbordam as fronteiras geográficas.³⁰

Este novo direito internacional que se consagra para o Terceiro Milênio passou por um processo de humanização e revela agora sua vocação verdadeiramente democrática e pluralista, na medida em que não se dirige somente aos Estados soberanos, mas se projeta principalmente em função

dos indivíduos da espécie humana, e, conseqüentemente, suas realizações no cunho da vida social como as organizações e negócios transnacionais.³¹

A fase da globalização no novo século XXI, também nomeada de pós-modernidade por alguns autores, é caracterizada pela pluralidade de sujeitos, vínculos e fontes legislativas.³² A caracterização de um direito internacional pós-moderno no contexto cultural e temporal presentes, com a determinação de seu conteúdo e de seu papel, é feita por Paulo Borba Casella em uma visão sistêmica e relacional do direito internacional, abrangendo também a convergência do plano internacional com os planos internos.³³

Diego Fernández Arroyo sinaliza diversas outras características marcantes do século XXI: cite-se a uniformização das regras do comércio internacional. Nesse particular, a Organização Mundial do Comércio teve papel fundamental, com o correlato fortalecimento da dimensão transfronteiriça do comércio, dos fluxos de investimento, dos mercados financeiros e dos esquemas de organização produtiva.³⁴

Nota-se, também, a perda da influência do poder estatal, que teve seu poder decisório, funções e capacidades

limitados em processo de reformulação contínua. Embora os Estados ainda sejam atores com papel proeminente na economia global, percebe-se a redução do controle que possuem de determinadas dinâmicas mundiais e o aumento do poder de outros atores que atuam na esfera global, como organizações internacionais e empresas multinacionais.³⁵

O Direito Internacional Público, em sua forma clássica, era considerado como a disciplina que estuda o sistema de regras, princípios e costumes que regulam as relações entre os Estados.³⁶ Os demais sujeitos de direito internacional, indivíduos e organizações internacionais, eram ignorados nesse conceito³⁷ que se apresentava rígido e abstrato demais.³⁸

Para os que consideram que o direito internacional privado tem seu conteúdo restrito às questões privadas internacionais, rejeitando demandas que envolviam elementos públicos, há resistência e o receio de lidar com interpretação de ações governamentais.³⁹ O reconhecimento da intrínseca relação entre as esferas pública e privada também no âmbito do direito internacional encontra agora mais aceitação na doutrina.

Diego Fernández Arroyo expõe as mudanças contemporâneas que o ramo privado do direito internacional vem sofrendo e propõe a criação de novas ferramentas da disciplina para a proteção da pessoa humana. Fernández Arroyo trata também do acesso à justiça às vítimas de violações de direitos humanos, abordando as técnicas do *forum non conveniens* e *forum necessitatis*.⁴⁰

Critica-se, nesse contexto, a separação artificial entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado. Desde as últimas décadas do século XX, quando a preocupação com os direitos humanos passou a ser encampada pelo direito internacional, os indivíduos se tornaram mais protegidos contra os excessos do poder público, no âmbito interno e na internacional. No entanto, segundo parte da doutrina, por conta dos pressupostos da concepção clássica da soberania, os reflexos não se fizeram sentir na mesma proporção no direito interno e nas fontes do direito internacional privado. Permitiu-se uma lacuna que gerou um “empoderamento” dos atores privados transnacionais, que detêm diversos direitos, mas não possuem deveres na mesma proporção.⁴¹

Infere-se a crescente ampliação e convergência desses dois domínios

jurídicos em uma única ordem jurídica. Conforme defende Gonzalo Martin, busca-se estabelecer uma ordem jurídica internacional que abarque o público e o privado e dê a devida importância aos direitos humanos no direito geral.⁴²

Diversos autores consideram que o direito Internacional é hoje “transnacional por excelência” e que é a base de normas provenientes de atores transnacionais. Percebe-se que o direito transnacional atua em prol da emergência do indivíduo no direito internacional e de uma nova *lex mercatoria* constituída por normas jurídicas transnacionais que governem a conduta dos agentes econômicos públicos ou privados.⁴³

V. Governança global na nova concepção do Direito Internacional Privado

Alguns autores estudados em nossos grupos de discussão acadêmica⁴⁴ defendem instigantes ideias quanto ao papel a ser exercido pelo “Direito Internacional- uma verdadeira ‘função planetária’, além da cisão histórica” entre os seus ramos público e privado. Um desafio maior seria o enfrentamento da complexa questão do poder privado transnacional.⁴⁵ Entre outras demandas, nota-se o requerimento do

reconhecimento do pluralismo jurídico, apesar das questões de legitimidade relacionadas.⁴⁶

Além disso, quanto à relação entre os direitos humanos e o Direito Internacional Privado, requer-se que haja uma confluência entre ambos, através da redefinição do conceito clássico de territorialidade proveniente da divisão entre os ramos público e privado do Direito Internacional.⁴⁷ Por fim, o Direito Internacional Privado pode contribuir no enfrentamento do poder privado informal ao reincorporar o global na disciplina e construir uma ponte com o local, conectando os standards universais às circunstâncias locais.⁴⁸

Ralf Michaels nota que a situação por vezes referida como crise de governabilidade se tornou clara. Nesta, as ideias tradicionais sobre regulação focadas na regulação direta estatal não funcionavam. Sob o aspecto normativo, era desejável focar em reformas mais amplas do que apenas naquelas das instituições estatais. A governança, então, proveu uma alternativa ao governo por ser mais abrangente e incluir, além dos Estados, atores não estatais e ferramentas adicionais àquelas impostas em uma regulação de cima para baixo.⁴⁹

Michaels defende uma governança que transcenda a distinção entre as normas estatais e não estatais e que permita a implementação da governança além de uma eventual dicotomia estatal/não estatal. O autor critica a concepção da governança não estatal, que poderia ter sido importante para superar a ideia de que toda norma é estatal, mas que, por outro lado, por se constituir da negação de uma ideia, não possui potencial construtivo. A governança à qual se deve atentar positivamente é a “governança além do Estado”, que transcende as mencionadas barreiras e busca um sistema global funcionalmente diferente.⁵⁰

Nesse contexto, a nova concepção do Direito Internacional Privado, na qual se insere a governança global, deve criar e aplicar ferramentas para proteger o indivíduo, sua dignidade e identidade cultural face aos fenômenos da globalização e à mundialização do comércio, na sociedade multicultural atual.⁵¹

No entanto, no cenário de criação de políticas fora da esfera da soberania estatal, o Direito Internacional Privado tem demonstrado certa relutância em revisar as premissas epistemológicas e metodológicas das categorias jurídicas

westfalianas.⁵² A disciplina deveria cuidar dos processos de fragmentação e privatização da normatividade, disciplinando o exercício do poder privado na economia global, uma vez que busca a justiça dos conflitos⁵³ e a proteção da dignidade da pessoa humana.

Dentre as posições mais críticas cite-se Horatia Muir Watt, que sustenta ter o Direito Internacional Privado as ferramentas necessárias para o enfrentamento do desafio da desordem global das ordens normativas, pois permite coordenar diferentes autoridades, promover o pluralismo jurídico e estabelecer conexões. Para a autora, o que impede a ação mais efetiva da disciplina, afastando-a da proteção de valores coletivos e bens públicos, é a permanência da cisão histórica entre ela e o Direito Internacional Público.⁵⁴

Enquanto a política interestatal é o objeto exclusivo do ramo público do Direito Internacional, o Direito Internacional Privado ainda lida com a normatização puramente doméstica da economia entre os particulares.⁵⁵ Assim, segundo seu entendimento, a disciplina iusprivatista acaba ignorando os abusos do poder privado e autolimitando o seu alcance no cenário global.⁵⁶

A globalização se reflete positivamente na percepção de que a atuação local não deve ser desconectada de um pensamento global, conscientizando-se da universalidade e transcendência de fronteiras de inúmeras questões relevantes,⁵⁷ como o meio ambiente, o acesso a alimentos, os direitos humanos, e também a regulação do mercado financeiro, uma vez que crises internacionais e injustiças sociais podem assolar grande parte da sociedade internacional. Deve, assim, o direito internacional privado reafirmar sua vocação para a dimensão planetária sem deixar de lado seu enfoque local.⁵⁸

Conforme James Rosenau, da perspectiva da fragmentação, há distinções evidentes entre assuntos estrangeiros e internos no mundo, o que resulta na possibilidade de os desafios globais repercutirem em pequenas comunidades e de os problemas locais se tornarem transnacionais. A carência de padrões globais permanece no sistema internacional.⁵⁹

Por esse motivo, a nova concepção global do direito internacional privado deve envolver modificações de seus pressupostos. É imperiosa a atualização do discurso “nacionalista” e o reconhecimento da elaboração de normas privadas de direito internacional

por sistemas de integração supranacionais ou intergovernamentais. Os Estados membros de espaços integrados cedem parte de suas soberanias⁶⁰ e, no cenário internacional contemporâneo, configura-se a emergência de normas substantivas não estatais que reivindicam a normatividade sobre questões que transcendem fronteiras.⁶¹ Na pluralidade jurídica, normas são elaboradas não só por autoridades estatais, mas também por outros atores que atuam além das fronteiras dos Estados.

Nessa conjuntura, as esferas de autoridade chamam a atenção para as inúmeras áreas nas quais diferentes atores interagem hierarquicamente. Enquanto em algumas esferas, os Estados e as organizações intergovernamentais são os atores prioritários, em outras, os Estados são atores secundários em relação a determinadas empresas transnacionais, organizações não governamentais, sociedades profissionais, minorias étnicas, entre outros agentes da mudança na esfera global.⁶²

Além disso, as situações privadas internacionais devem ser distinguidas. Se, por um lado, há a mitigação da multiplicidade de ordenamentos pela elaboração de normas comuns por sistemas de integração, por outro, há o grande aumento dos fatos e relações

jurídicas multiconectados. Articula-se a criação de diretrizes comunitárias para os sistemas de direito internacional privado nacionais através dos órgãos de integração e a progressiva elaboração de um direito internacional privado comum.⁶³

VI. Outros enfoques sobre Governança

Existe uma cadeia lógica ligando o Direito Internacional Público, o Direito do Desenvolvimento, o Direito Internacional Econômico, o Direito do Comércio Internacional, em um nível mais superior, ao direito dos investimentos e ao direito do petróleo, pela natureza do próprio tema do petróleo, tão polivalente e multifacetado, pude inicialmente entrever a riqueza do direito dos investimentos.⁶⁴ O ano de 2014 foi um momento de inflexão nessas pesquisas, quando tive a oportunidade de conduzir estudos de pós doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Sciences Po, na França, sob a orientação do prof. Diego P. Fernández Arroyo, que ali atua como co-diretor do Centro de Governança Global. O trabalho empreendido naquele centro de excelência está em um processo de irradiação e inter-relacionamento com tantos centros de pesquisa no exterior,

e a produção acadêmica tem sido tão intensa, que este trabalho nem pode pretender fazer um inventário completo da abrangente temática. Reportando-me à recente obra coletiva⁶⁵ por ele organizada em parceria com a profa. Horatia Muir Watt, posso apenas citar as vertentes ali focalizadas: o desafio epistemológico, que inclui, entre outros temas: (a) uma nova visão do direito comparado e da política e técnica do direito Internacional privado em uma abordagem pós-crítica; (b) uma crítica política da homogeneização; (c) uma busca de legitimidade. O comentário de temas ali aprofundados extrapolaria o âmbito destas reflexões, mas já nos encoraja à continuidade do processo de engajamento nestes estudos.

1. A gênese e a articulação com outras áreas de interesse

Os estudos na área de Direito do Petróleo, na verdade, se articulavam com outras áreas já tradicionais na UERJ, principalmente sob o viés da convergência entre Direito Público e Privado. Essa é uma característica já tradicional no Direito Internacional Econômico. Alguns alunos, de tempos em tempos, foram retomando a interface com o tema do direito do desenvolvimento e expandindo as linhas de pesquisa das esferas internacional e interna. A área

do petróleo, em particular, é marcada por esses contrapontos, os quais são bastante examinados pelos autores, sempre tendo como pano de fundo essa preocupação com o investimento. E aqui se observa que o interesse dos investidores se notabiliza pela intensidade e pela velocidade para acessar os recursos e desenvolver as reservas de hidrocarbonetos, pagando-se pelo risco assumido. Esses interesses podem entrar em descompasso com o que o Estado procura preservar e com a defesa de uma exploração econômica mais racional, voltada para a manutenção destes recursos a longo prazo.

Então, nessas análises de riscos que os investidores fazem, há uma perspectiva interdisciplinar na qual a informação jurídica se articula com outras informações tecnológicas, econômico-financeiras, políticas, ambientais, isto é, com dados gerais do negócio. De modo que quem milita nesta área acaba tendo uma visão interdisciplinar da questão do investimento.

Na verdade, a minha vivência nesse tema do direito internacional dos investimentos, motivada tanto pela vida profissional, como pela complementação acadêmica, articulava-se com essa visão de outras áreas em que se fazem análises de riscos com vistas à

estabilidade dos aspectos regulatórios do mercado de Petróleo & Gás, em paralelo à estruturação de uma política de desenvolvimento sustentável. Daí a migração para um espectro de interesses englobando o direito administrativo e o direito constitucional. Um exemplo dessa análise de risco, que, em matéria de investimento, às vezes, extrapola e muito o próprio controle da esfera governamental, se dá com o caso da corrupção existente em alguns países alvo. Ela pode se tornar generalizada a ponto de significar a ruptura dos contratos, em um ambiente de insegurança nos negócios e de ausência de uma cultura de compromisso contratual.

Em termos doutrinários, o fenômeno hodierno do Direito Internacional dos investimentos padece de uma fragmentação formal, caracterizada pela dispersão espacial dos regimes de regulação e pela existência de instrumentos normativos com alcances distintos. A isso se contrapõe uma multilateralização material. As disposições materiais costumam ser semelhantes, a interpretação dos princípios tende a ser uniforme e existe uma produção normativa judicante. As últimas décadas marcaram a celebração de milhares desses tratados, e os casos de arbitragem, agora, na fase de

governança, estão sendo estudados com um enfoque bastante enriquecido.

Nos momentos iniciais, nesses grupos de pesquisa, nós fizemos um reconhecimento desse tema, da conceituação, dos conceitos relevantes. Com a criação desse direito material mais ou menos espontâneo, no aspecto dos *standards*, nós fomos compreendendo essa dinâmica e essa doutrina que foi se criando. Em síntese, temos que o conjunto de *standards* do Direito Internacional Econômico, com seus princípios e regras específicas, acabam se incorporando eventualmente nas leis do Estado hospedeiro. Isso dá origem a um direito material espontaneamente uniformizado, matizado pelo: (i) respeito à lei interna do Estado hospedeiro; (ii) pela vedação do tratamento do investidor estrangeiro abaixo do mínimo exigido no âmbito internacional; e (iii) pela possibilidade de medidas de expropriação. O regime jurídico, nesses casos, pode ser estabelecido mais especificamente em um acordo internacional de investimento.⁶⁶

A nossa obra coletiva sobre o Direito Internacional dos investimentos,⁶⁷ a qual tentou colocar as discussões que estávamos empreendendo aqui no Brasil no estado da arte. É preciso reconhecer que talvez tenhamos começado

a estudar esse assunto com certo atraso, já que no cenário internacional o tema estava mais desenvolvido. Isso, em certa medida, é explicado pelo fato de que o Brasil não era signatário desses tratados de investimentos.

Alguns desses objetivos, podem ser resumidos nos seguintes tópicos: (i) proteção dos investidores estrangeiros, tratamento de nação mais favorecida, estabelecimento de um fórum arbitral; (ii) mecanismo de solução de controvérsias descentralizado e autônomo; (iii) convergência entre público e privado; (iv) cidadania multidimensional; (v) *adjudicative law-making*.

Das percepções que fomos obtendo com esses estudos, uma é bem interessante por ser uma tônica que sempre retorna nos nossos grupos, que é a convergência entre o público e o privado e o conceito dessa cidadania multidimensional. Um exemplo das interfaces que outros alunos captaram com esse tema dos investimentos⁶⁸ foi a ligação entre o tema do direito dos investimentos e o comércio internacional. Desde a tentativa de reconstrução da economia mundial, em 1994, com Bretton Woods, instituições mundiais de cooperação internacional, como a ONU e o FMI, têm trabalhado para a proteção ao investimento estrangeiro.

Isso se materializa na diminuição do risco político de nacionalizações; na busca pelo aumento da eficiência; na diminuição do fluxo de investimentos diretos sem que haja uma regulamentação harmonizada. Teríamos outros vários temas interessantes; e essa é que é a riqueza do nosso trabalho, pois eu venho acompanhando o interesse que conseguimos despertar nas motivações e na experiência de cada um dos nossos pós-graduandos, bem como vendo a direção instigante que a pesquisa de cada um deles acaba tomando.⁶⁹

Note-se a identificação crescente com temas de direito administrativo uma preocupação fundamental com a confiança legítima, com a estabilidade e efetividade política regulatória. Esses são temas recorrentes nos trabalhos de doutrina que tivemos a oportunidade de estudar em conjunto com outros alunos.⁷⁰

2. Comentários sobre algumas abordagens de governança

O tema da governança global foi se revelando extremamente conectado ao que estávamos debatendo em nossas pesquisas. O fenômeno da governança global tem se caracterizado pela emergência de regras substantivas não estatais que pretendem configurar

normatividade em foros (origem) ou em temas (alcance) além do Estado. A governança é marcada pelo estabelecimento de padrões (standards) em áreas especializadas, com o empoderamento de atores privados (corporações), por combinação de escolha da lei aplicável e da arbitragem. A “governança” não se confunde com “governo”, pois significa um sistema de regras, papéis e relações complexo, porém menos formalizado, que define as práticas sociais de atores estatais ou não.⁷¹ Dentre os autores que se destacam nesse domínio, vale mencionar Maurice Kamto e Eyal Benveniste, bem como Fabrizio Cafaggi (*The Foundations of Transnational Private Regulation*); Ralf Michaels (*The Mirage of Non State Governance*); e David Vogel (*The Private Regulation of Global Corporate Conduct*), cujas obras ainda estamos analisando em mais profundidade.

Para Fabrizio Caffagi, a regulação privada transnacional se constitui em um novo corpo de processos, normas e práticas, criadas principalmente por atores privados, organizações não governamentais (ONGs), especialistas independentes como comunidades epistêmicas e normatizadores técnicos, e empresas multinacionais. A regulação compreende ainda o exercício autônomo do poder regulamentar e

a implementação do poder delegado, conferido pela legislação interna ou pelo Direito Internacional.⁷²

*Its recent growth reflects (A) a reallocation of regulatory power from the domestic to the global sphere and (B) a redistribution between public and private regulators. When in place, TPR produces strong distributive effects both among private actors and between them and nation states. It differs both from global public regulation and from conventional forms of private rule-making identifiable with the law merchant. The main differences concern both actors and effects.*⁷³

A perda do poder das autoridades estatais, a decomposição de fronteiras em diversos campos da atividade humana, a proliferação das organizações não governamentais e das comunidades globais são apenas algumas das características dos tempos atuais que demonstram a insuficiência da forma de pensar o governo⁷⁴ e das definições clássicas dos ramos do Direito Internacional.

Segundo Karsten Nowrot, no contexto de realização dos bens públicos globais, o aparato regulatório da governança global se vale das normas de Direito Internacional e seus valores fundantes e objetivos, de modo a aumentar a sua legitimidade.⁷⁵ Ademais,

o autor verifica que o direito Internacional passa por profundas mudanças e transforma-se em algo inteiramente novo, principalmente pela crescente diversidade no processo de criação de normas no sistema internacional, em que as distinções entre *hard law* e *soft law* estão cada vez mais difusas e há uma importância cada vez maior dos atores não-nacionais no processo de criação de normas internacionais.⁷⁶ É o caso, já apontado, das ONG's e das empresas transnacionais, sem falar nas organizações internacionais.

Há outra abordagem que merece registro quanto à relação entre governança global e direito internacional privado contemporâneo. A governança global é vista como um desafio ao direito internacional, as preocupações atuais, nesse campo, relacionam-se, exemplificativamente, com responsabilidade social das empresas, quando atuam em países em desenvolvimento; livre movimentação dos trabalhadores; sequestro internacional de crianças; e casamento de pessoas do mesmo sexo. Trata-se de um campo regulatório muito vasto e, no qual, não é mais possível, segundo Laura Pinero e Xandra Kramer estabelecer uma linha divisória entre ordenamento privado e regulação pública. Outro aspecto enfatizado pelas mesmas autoras, para

evidenciar a interconexão entre governança global e direito internacional privado seria o fato de os operadores do Direito Internacional Privado precisarem enfrentar questões no âmbito do direito empresarial, dos direitos humanos e do direito ambiental, com litígios característicos deste mundo globalmente conectado e multipolar.⁷⁷

Alex Mills sustenta que o Direito Internacional Privado constitui uma forma de ordenamento público internacional ou governança global, o que seria demonstrado com os desdobramentos ocorridos na União Européia, nos Estados Unidos e no Canadá, em tempos mais recentes.⁷⁸

A emergência de uma perspectiva pública no Direito Internacional Privado, possibilita o transplante do plano regional da União Européia para o plano global. Dessa forma, para o problema da hierarquia – a questão da complexidade na relação entre o nível federal e o internacional –, existiria a solução da geometria variável. Para o problema da heterarquia – ausência de estruturas institucionais comparáveis àquelas dos sistemas federais –, haveria a solução da governança entre pares.⁷⁹

Entende Mills que o direito internacional tem a ver com a justa distribuição da

autoridade regulatória, ou seja, trata das regras secundárias, lidando com poderes de determinação, não com regras primárias, que resolvem a disputa em si.⁸⁰ O direito internacional privado, apesar de ser parte da lei nacional constitui uma forma de ordenamento público internacional ou governança global.⁸¹

O paralelo é traçado com a regulação atualmente existente na União Européia, de modo que o direito internacional privado funciona como uma técnica especializada de coordenação legal, no seio daquela ordem jurídica. Tal regulação é importante, não somente pela mudança das fontes no Direito Internacional Privado, mas, pela própria transformação em sua natureza, porque ele serve, claramente para essa função de ordenamento público, alocando autoridade regulatória entre Estados-membros, a serviço do mercado interno. Ainda segundo Mills, se processa uma redescoberta da função original das regras de Direito Internacional Privado.⁸²

Dentre tantos juristas brilhantes da nova geração da UERJ, vale citar um participante de um dos primeiros grupos de pesquisa sobre governança, Luis Eduardo Bianchi Cerqueira que a partir de um panorama de algumas posições sobre possíveis relações existentes

entre o direito internacional e a governança global, conseguiu arriscar uma visão crítica, sobretudo com base no pensamento de Koskenniemi.⁸³

Koskenniemi afirma que se dá a desformalização, que é, exatamente, a transferência do poder de decidir do legislador para o burocrata, agravado pelo processo de fragmentação, em vários ramos, que ocasiona a transferência de poder para peritos técnicos, em corpos especializados, que os administram.⁸⁴

Nessa visão crítica, o direito internacional é muito mais do que um mero instrumento da governança global, Muito embora essa crítica esteja situada no âmbito do direito internacional público, como a divisão anteriormente existente não está mais presente, não faz mais sentido, essa crítica pode muito bem estender-se ao direito internacional privado, em sua abordagem sob a perspectiva da governança global.

3. Alguns exemplos ilustrativos

Os trabalhos recentemente desenvolvidos sob minha orientação na Faculdade de Direito da UERJ BEM ilustram temas para os quais a ótica internacionalista deve superar a linha divisória, pois ali convergem o público e o privado.⁸⁵

Ademais, foram inúmeras para mim valiosas obras em coautoria com os jovens pesquisadores, todas consagrando essa tendência a buscar transcender as limitações auto-impostas por essa cisão entre o público e o privado. Não seria viável no âmbito do presente artigo discorrer sobre cada uma das vertentes pesquisadas. Por conseguinte, entre tantos escolhemos o Direito Ambiental Internacional, que por sua vez comporta subtemas como a cooperação internacional, que reforçam a apontada simbiose e pluralidade de atores e processos.⁸⁶

A preocupação com o meio ambiente pode ser mais um fator de aglutinação de forças, se considerarmos a atuação dos indivíduos, das empresas e dos Estados, em articulação com os interesses da sociedade internacional. Não é sem razão que Norberto Bobbio inclui o direito de viver em um ambiente não poluído como um direito humano, historicamente situado, por ele considerado o mais importante dos direitos de terceira geração.⁸⁷ Esses direitos, segundo Bobbio, podem ser ainda uma categoria heterogênea e vaga que sequer poderia ter sido imaginada quando foram propostos os direitos de segunda geração (os denominados direitos sociais), mas que deve ser entendida com aquela visão

crítica que percebe a ambiguidade que pode ocultar a linguagem jurídica: de um lado está o direito reivindicado e de outro o direito reconhecido e protegido. A proclamação dos direitos pode ter, no primeiro caso, não somente a expressão de uma aspiração, mas uma grande função prática, que é dar uma força particular a essas aspirações.⁸⁸

A questão da cooperação internacional é fundamental para viabilização da proteção ao meio ambiente. Aprendemos com Guido Soares que: (...) qualquer tentativa normativa de proteção ao meio ambiente, tomando como referencial o ser humano, só poderá ser eficaz, seja no plano interno dos Estados, seja no âmbito internacional, se basear-se em uma cooperação internacional entre pessoas submetidas à jurisdição dos Estados e entre os próprios Estados.⁸⁹

Para Guido Soares a cooperação internacional em matéria ambiental resultou da evolução das normas ambientais, que evoluíram de um enunciado proibitivo, para o sentido de prevenção do dano, assunção de responsabilidades e assistência recíproca em caso de emergências e acidentes. Gradativamente passaram a prevalecer no cenário internacional as regras mandatórias, que ensejam a cooperação entre os agentes.⁹⁰

Não há que se falar em atividade econômica poluidora sem lembrar o tema das empresas transnacionais, especialmente as responsáveis por grandes projetos de mineração e exploração e produção de petróleo, historicamente consideradas as grandes vilãs, em matéria de poluição ambiental. No último século estas passaram a ser cobradas pela contínua melhoria de sua performance. A análise do quadro jurídico que afeta as atividades desses agentes envolve não somente a regulação internacional, nacional, regional/estadual, mas também a assim denominada “*soft law*”. Esta pode ser considerada um conjunto de instrumentos não vinculantes, tais como declarações de conferências e diretrizes de governos e companhias. Este conjunto pode vir a constituir um *standard* de performance cobrado das empresas.⁹¹

Para que se vislumbre o papel da sociedade civil nessa cobrança de performance ambiental por parte das transnacionais há que se dedicar algum esforço à compreensão do papel das Organizações Não-Governamentais na articulação e representação dos interesses das comunidades locais e seu crescente papel no cenário internacional.⁹²

Outro exemplo dessa tendência está presente no desenvolvimento e consolidação dos diferentes sistemas de governança da água doce presente nas bacias hidrográficas e nos aquíferos transfronteiriços. Nesse contexto, a cooperação internacional representa ferramenta estratégica para a promoção do desenvolvimento sustentável das diversas regiões do planeta. Tal cooperação, que é corolário do Direito Internacional, deve funcionar como princípio abrangente da governança da água doce, de maneira a facilitar a interação sinérgica entre seus níveis (locais, nacionais, de bacias, e o global) e contribuir para a promoção do direito humano à água doce de maneira a garantir que este seja verdadeiramente, universal, equitativo, contribuindo para a sustentabilidade numa perspectiva inter-geracional de continuidade quantitativa e qualitativa dos recursos hídricos mundiais.⁹³

VII. Conclusão

Nas considerações finais deste artigo vale citar mais uma vez Jacob Dolinger, quando realçava que a admissibilidade da abrangência pelo Direito Internacional Privado de todas as categorias

de leis, tanto de Direito Privado como de Público, como uma das mais interessantes e controvertidas questões suscitadas na doutrina.

Deste ponto de partida pudemos acompanhar a evolução de pensadores contemporâneos que desenvolveram um aparato conceitual para fazer frente aos desafios que se impõem aos internacionalistas: adotar uma visão integrada, transnacional, que permita a reflexão sobre as candentes questões de nossa era.

Atendendo ao clamor pelo respeito aos direitos humanos em uma realidade pluralista e um mundo fragmentado, quando os refugiados e as levadas de imigrantes e trabalhadores ilegais desafiam soluções formalistas e conformistas, as contribuições de autores como Diego Fernández Arroyo e Erik Jayme e agora Horatia Muir Watt e outros citados nos permitem chegar a um novo patamar de reflexão sobre o objeto do Direito Internacional Privado. Nunca é demais afirmar a importância da cooperação internacional em todos os níveis. Ainda há, entretanto, um longo caminho a percorrer.

* A autora agradece a colaboração em trabalhos anteriores de diversos alunos da pós-graduação da UERJ, em especial às discussões ocorridas nas turmas da disciplina direito internacional privado contemporâneo e fichamento de textos feitos pelos alunos, especialmente às turmas de 2014.2 e 2015.1. Nesta última, como resultado parcial, foram produzidos diversos artigos para a obra publicada por ocasião do SLADI, cite-se, especialmente, I. Benevides / R. Rocha. “O Direito Internacional Contemporâneo no Cenário Globalizado: Fatores de Convergência entre o Público e o Privado”, em: A.C. Pereira / W. Menezes, *Direito e relações Internacionais na América Latina*, Belo Horizonte, Arraes, ed. 2015, pp. 346 a 358.

** Doutora em Direito internacional pela USP e Professora Associada de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito na Universidade do UERJ.

¹ Presto a minha homenagem, simbolizando um novo *turning point*, ao prof. Diego P. Fernández Arroyo, que aceitou supervisionar os meus estudos de doutoramento da Faculté de Droit de l'Université Science Po e com leveza e fino senso de humor nos ajuda a desbravar este cenário de estudos sobre a Governança Internacional.

² Ver M. Rosado De Sá Ribeiro / B. Almeida, “A Cinemática Jurídica Global: Conteúdo Do Direito Internacional Privado Contemporâneo”, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 1, nº 20, 2011; M. Rosado De Sá Ribeiro, *Direito dos Investimentos e Petróleo*.

³ Ianni, 1997, p. 10, citado em C. Brandão, “Concorrência e Desenvolvimento em Países Periféricos” em: W. Barral / L.O. Pimentel, *Teoria Jurídica e Desenvolvimento*, Florianópolis, Boiteux, 2006.

⁴ M. de Castells, *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, vol. III, Fim de Milênio, Rio Janeiro, Paz e Terra, 1999.

⁵ F. von Benda-Beckmann / K. von Benda-Beckmann / A. GRIFFTHS (orgs.), *Mobile People, Mobile Law. Expanding Legal Relationships in a Contracting World*, Hants, Ashgate, 2005, p. 2.

⁶ J. Dolinger ensina que muito embora o termo “Direito intersistemático” empregado por Arminjon seja tecnicamente mais correto, o uso do termo “Direito Internacional Privado” deve ser mantido, até mesmo por fins didáticos, tendo em vista que sua consagração facilita constatar as contradições que ele implica. J. Dolinger, *Direito Internacional Privado – Parte Geral*, Rio de Janeiro, Renovar, 9º ed., 2008, p. 8.

⁷ E. Jayme, *Le Droit International Prive du nouveau millenaire: le droit internationale posmoderne*, citado em C. Lima Marques, “Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado”, em: *Novas perspectivas do Direito Internacional Privado Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

⁸ C. Lima Marques, “Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado” (nota 7), pp. 329-330.

⁹ C. Lima Marques (nota 7), pp.321-322.

¹⁰ T. Friedman, *World is Flat – A Brief History of the Twenty First Century*. New York, Farrar / Straus and Giroux, 2005.

¹¹ R.L. Torres, “A Afirmação do direito cosmopolita”, em *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 924.

¹² R.L. Torres (nota 11), p. 927.

¹³ R.L. Torres (nota 11), p. 933.

¹⁴ M.R. de S. Ribeiro, “Novos Rumos Transnacionais do Direito Internacional Privado”, em: C. Tiburcio (org.), *Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2015.

¹⁵ J. Dolinger, *Direito internacional privado: Parte geral*, 11º ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 33.

¹⁶ N. de Araújo, *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, 5º ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2011, pp. 34-35.

¹⁷ J. Dolinger (nota 15), p. 20.

¹⁸ C. Tiburcio / L.R. Barroso, *Direito constitucional internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2013, p. 63.

¹⁹ C. Tiburcio / L.R. Barroso (nota 18), p. 63.

²⁰ C. Tiburcio / L.R. Barroso (nota 18), p. 65-66.

²¹ C. Lima Marques, “Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado” (nota 7), p. 347.

²² Celso D. de Albuquerque Mello demonstrava preocupação com a igualdade dos Estados na sociedade internacional e com o papel ativo que o Direito Internacional Público deveria exercer nesse contexto, como um Direito Internacional do Desenvolvimento. “O DIP que é ensinado nas faculdades e nos livros é, ainda, via de regra, o mesmo DI formulado no século XIX pelas grandes potências ocidentais. É assim um direito que atende aos desenvolvidos e não aos países em vias de desenvolvimento. O DIP deve se transformar em um DI do Desenvolvimento”. Em: C. D. de A. Mello, *Curso de direito internacional público*, 12º ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 49.

²³ P.B. Casella, *Fundamentos do Direito Internacional Pós-moderno*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 26.

²⁴ P.B. Casella, “Fundamentos e perspectivas do direito internacional pós-moderno”, *Revista da Faculdade de Direitos da Universidade de São Paulo*, vol. 101, jan. /dez, 2006, p. 434.

²⁵ P.B. Casella (nota 24), p. 446.

²⁶ N. de Araujo (nota 16), 2011.

²⁷ P. Jessup, *Direito Transnacional*, (Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva), Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1965, p. 12.

²⁸ A.F. Lowenfeld, *Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law, and some suggestions for their interaction*, Haia, Alphen Van Den Rijn / Sitjholf M. Noodhroff Editores, 1980, pp. 321-322.

²⁹ F. von Benda-Beckmann / K. von Benda-Beckmann / A. GRIFFTHS (orgs.), *Mobile People, Mobile Law. Expanding Legal Relationships in a Contracting World*, Hants, Ashgate, 2005, p. 4.

³⁰ A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, pp.3-409; A.A. Cançado Trindade, “A Pessoa Humana como Sujeito de Direito Internacional: A Experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, em: C.A.M. Direito e outros, *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 501.

³¹ D.J. Bederman, “World Law Transcendent”, *Emory Law Journal*, vol. 54, 2005, pp. 53-77.

³² C. Lima Marques (nota 7), p. 329.

³³ P.B. Casella (nota 24) pp. 17-19.

³⁴ D.P. Fernández Arroyo, “El derecho internacional privado en el inicio del siglo XXI”, *Direito Internacional: Estudos em homenagem a Erik Jayme*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 321-322.

³⁵ D.P. Fernández Arroyo (nota 34), p. 93.

³⁶ N. de Araújo (nota 16), p. 35.

³⁷ S. Guerra, *Curso de Direito Internacional Público*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 33.

³⁸ A.F. Lowenfeld, “Public Law in the international arena: conflict of laws, international law, and some suggestions for their interaction”, *Recueil des Cours*, vol. 163, 1979, pp. 321-322.

³⁹ A.F. Lowenfeld (nota 38), pp. 321-322.

⁴⁰ D.P. Fernández Arroyo (nota 34), pp. 89-109; D.P. Fernández Arroyo, “Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público”, en: *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Buenos Aires, Albremática, 2012; D.P. Fernández Arroyo, *Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días*, Grupo Editorial Ibáñez, 2012, pp. 1-59; D.P. Fernández Arroyo, *A tendência de limitação da competência judiciária face ao direito de acesso à justiça*, tradução por Pedro Arcoverde, texto original: “La tendance à la limitation de la compétence judiciaire à l'épreuve du droit d'accès à la justice”, *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: Les relations privées internationales. Les Mélanges*, Paris, L.G.D.J., 2014.

⁴¹ H. Muir Watt, “Private International Law beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, Oxford, vol. 2, n° 3, 2011, pp. 363-364.

⁴² G.O. Martín, “Puntos de contacto entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público: soberanía y orden público”, en: *Cursos de derecho internacional: serie temática*, Washington, DC, Organización de los Estados Americanos, vol. 1, 2000, pp. 639-641.

⁴³ M. Kamto, *Droit international de la gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, pp. 35-36.

⁴⁴ Grupos de pesquisa da pós-graduação da FDUERJ.

⁴⁵ H. Muir Watt (nota 41), p. 393-395.

⁴⁶ H. Muir Watt (nota 41), pp. 405-407.

⁴⁷ H. Muir Watt (nota 41), pp. 402, 403.

⁴⁸ H. Muir Watt (nota 41), pp. 420-423.

⁴⁹ R. Michaels, “The mirage of non-state governance”, *Utah Law Review*, 2010, p. 34.

⁵⁰ R. Michaels (nota 49), p. 59.

⁵¹ D.P. Fernández Arroyo (nota 34), p. 105.

⁵² Sobre as características da sociedade westfaliana: “A sociedade Westfaliana, onde se desenhava o Direito internacional clássico, foi concebida por um pequeno agrupamento de estados europeus, centrada em sua autonomia como um ente soberano, onde as relações eram frias e pouco móveis, com a ausência de instrumentos de interação normativa, onde o Estado era o único sujeito de direito no plano internacional e senhor da vontade em produzir regras jurídicas. (...) A sociedade internacional foi construída de acordo com a evolução da própria concepção de Estado sob o conceito da soberania absoluta estatal e foi se agigantando conforme a dinamização das relações interestatais e pela proliferação de atores com a independência das ex-colônias latino-americanas e africanas, com o esfacelamento de grandes impérios, bem como, pela atuação constante das organizações internacionais. As relações eram esboçadas através do consentimento expresso do Estado como único indutor de produção de regras que basicamente atendiam interesses internos, (...) as normas produzidas no plano internacional tinham como única preocupação a solenização de vontade dos Estados e para eles eram direcio-

nadas”. Em: W. Menezes, “A ONU e o Direito Internacional contemporâneo”, en: A.P.C. de Medeiros (org.), *Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty (2005: Brasília, DF). Desafios do Direito Internacional contemporâneo*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, pp. 327-328.

⁵³ H. Muir Watt (nota 41), pp. 351-354.

⁵⁴ H. Muir Watt (nota 41), pp. 358-359.

⁵⁵ Horatia Muir Watt destaca o processo histórico de cisão entre os ramos do direito internacional. Conforme afirma a autora, a domesticação do direito internacional privado é a perda de sua função de governança originada no decorrer do século XIX, quando o direito internacional público moderno emergiu separadamente do direito internacional privado, respaldando os interesses colonialistas europeus. Posteriormente, nos primeiros anos do século XX, a neutralidade apolítica do ramo jurídico internacional privado se desenvolveu como um dogma, devido ao seu suposto vínculo com a razão natural que estava acima das questões políticas. Com a emergência da modernidade, a função política do ramo privado do direito internacional se tornou ‘pasteurizada’. Observa-se o planejamento do direito internacional público no decorrer do século XX, que foi equiparado à divisão da África pelas potências europeias em jurisdições entre Estados soberanos. Para estes, foram deixadas regulações exclusivas dos bens públicos da comunidade e do território local. Em: H. Muir Watt (nota 41), pp. 360-361.

⁵⁶ H. Muir Watt (nota 41), pp. 358-360.

⁵⁷ D.P. Fernández Arroyo (nota 34), pp. 91-92.

⁵⁸ H. Muir Watt (nota 41), pp. 355-356.

⁵⁹ J.N. Rosenau, *The Study of World Politics: globalization and governance*, vol. 2, 1º ed., New York, Routledge, 2006, p. 34.

⁶⁰ D.P. Fernández Arroyo (nota 34), p. 94.

⁶¹ H. Muir Watt / D.P. Fernández Arroyo, “Global Governance and Private International Law: Bridging or Widening the Gap?”, *New Debates in Transnational Private Law, IGLP Workshop*, Harvard Law School, 2011, p. 1.

⁶² J. N. Rosenau (nota 59), p. 34.

⁶³ D.P. Fernández Arroyo (nota 34), pp. 94-95.

⁶⁴ Por alguns anos mantive grupos de pesquisa que inspiraram algumas gerações de alunos a produzirem dissertações de mestrados e até trabalhos de doutorado sobre tópicos correlatos.

⁶⁵ H. Muir Watt / D.P. Fernández Arroyo, *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2014.

⁶⁶ R. Dolzer / C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 3; J.N. Schrijver, *Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights and Duties in an Interdependent World*, 1995, p.164.

⁶⁷ M.R. de S. Ribeiro (org.), *Direito Internacional dos Investimentos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2014.

⁶⁸ F. Volpon, *Investimento estrangeiro e comércio internacional*, Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

⁶⁹ Ver em CV Lattes Marilda Rosado de Sá Ribeiro, em: <http://lattes.cnpq.br/8337868258095028>

⁷⁰ O escopo da obra foi bastante amplo. No panorama de temas, foram escritos trabalhos sobre: (i) o padrão tratamento de investimentos, abordando-se como as medidas deve ser desempenhadas de boa-fé, de maneira constitucionalmente sancionada sob o direito interno e o internacional, não discriminatória; (ii) o direito administrativo global, com seus traços progressivos, não hierárquicos, cooperativos e setoriais, bem como com seu conteúdo material marcado pela transparência e participação, por mecanismos de revisão global, pela proteção das legítimas expectativas, pela flexibilização das imunidades dos Estados e pela exigência de proporcionalidade; (iii) pelo contraponto entre arbitragem comercial e arbitragem de investimentos, aquela emergindo como o principal meio alternativo de solução de controvérsias entre particulares, e caracterizada pela submissão por acordo entre particulares resultando em um laudo obrigatório de um tribunal privado, a ser cumprido e até mesmo executado, e esta se pautando por controvérsias referentes a uma transação econômica classificada como investimento, tendo de um lado o investidor estrangeiro e, de outro, o Estado hospedeiro. Outros temas debatidos foram o da dinâmica mesma dos tratados bilaterais de investimentos, o direito dos investimentos no MERCOSUL, as empresas transnacionais, as práticas anti-corrupção, o direito do meio ambiente, o direito da concorrência e a liberalização do comércio de serviços; o direito de acesso ao capital estrangeiro, a tributação dos investimentos, as restrições de conteúdo local e, no caso do Estado do rio de Janeiro, a judicialização dos *royalties*.

⁷¹ D. Kennedy, *New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance*, 1997.

⁷² F. Cafaggi, “New Foundations of Transnational Private Regulation”, em: *EUI Working Papers*, Florence, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Private Regulation Series-04, 2010, p. 9.

⁷³ Fabrizio Cafaggi utiliza a sigla TPR para o termo *Transnational Private Regulation*. F. Cafaggi, “New Foundations of Transnational Private Regulation”, ien: *EUI Working Papers*, Florence, European University Institute, Robert Schuman Centre For Advanced Studies, Private Regulation Series-04, 2010, p. 9.

⁷⁴ “In an era marked by shifting boundaries, relocated authorities, weakened states, and proliferating nongovernmental organizations (NGOs) at local, provincial, national, transnational, international, and global levels of community, the time has come to confront the insufficiency of our ways of thinking, talking, and writing about government. And this imperative is all the greater because the dynamics of change, the shrinking of social, economic, and political distances, and the focus on the inherent weaknesses of the United Nations – to mention only the more conspicuous sources – have led to a surge of concern for a still amorphous entity called ‘global governance’”. J.N. Rosenau (nota 59), p. 111.

⁷⁵ K. Nowrot / Karsten, “Global Governance and International Law”, em: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 33*, Halle, Institut für Wirtschaftsrecht, novembro/2004, pp. 15-16; L.E. Bianchi Cerqueira, *Governança Global e Direito Internacional Privado Contemporâneo*, trabalho de final de curso, FDUERJ, GPI Governança, 2014, p. 17.

⁷⁶ K. Nowrot / Karsten (nota 75), p. 17.

⁷⁷ L.C. Piñero / X. Kramer, “The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge”, *Erasmus Law Review*, n° 3, 2014, p. 4.

⁷⁸ A. Mills, *Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance*, 2012, p. 1, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2025616>

⁷⁹ A. Mills (nota 78), p. 1.

⁸⁰ A. Mills (nota 78), p. 4.

⁸¹ A. Mills (nota 78), p. 4.

⁸² A. Mills (nota 78), p. 11.

⁸³ M. Koskenniemi, *Global Governance and Public International Law*, 2004, p. 16, disponível em: <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MFrankfurt.pdf>; L.E. Bianchi Cerqueira *Governança Global e Direito Internacional Privado Contemporâneo*, trabalho de final de curso apresentado no GPI sobre Governança Global.

⁸⁴ M. Koskenniemi (nota 83), p. 18.

⁸⁵ A partir de 2003 foram mais de trinta dissertações de mestrado e teses de doutorado em que se destacam temas como petróleo, gás e energia; investimentos; comércio internacional; internacionalização de empresas; contratos internacionais, defesa da concorrência e legislação anticorrupção; meio ambiente e outros; também as mais de quarenta monografias de graduação versam sobre temas que transcendem a ótica formalista e restritiva. Ver o Lattes: M. Rosado de SA Ribeiro

⁸⁶ As presentes reflexões se encontram de forma ampliada no artigo em co-autoria com meu querido aluno, falecido precocemente: M. Rosado de Sá Ribeiro / B. Almeida, “O princípio abrangente da cooperação internacional e a governança dos recursos hídricos transfronteiriços”, em: A.C. Carvalho Ramos, *Direito Internacional privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2016.

⁸⁷ N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 6.

⁸⁸ N. Bobbio (nota 87), pp. 7-10.

⁸⁹ G.F.S. Soares, *Direito Internacional do Meio Ambiente. Emergência, Obrigações e Responsabilidades*, pp. 164-165.

⁹⁰ G.F.S. Soares (nota 89), pp. 164-165.

⁹¹ K. Armstrong, “The Green Challenge- Managing Environmental Issues”, em: *Natural Resources projects in Developing Countries*, Mineral Law Institute, pp. 3-7.

⁹² Cada década teve seu caso-paradigma: o da década de oitenta foi o episódio envolvendo a remoção da plataforma petrolífera Brent Spar no Mar do Norte, como resultado de uma campanha promovida por grupos ambientalistas alemães e pelo Green Peace. Mais recentemente tivemos o caso Macondo, no Golfo do México–EUA, e no Brasil diversos episódios, entre os quais o assim denominado caso Chevron, no offshore brasileiro, e o caso do desastre ambiental provocado em decorrência das atividades de mineração da Samarco no município de Mariana, no estado de Minas Gerais. .

⁹³ Pesquisa sobre tal temática foi desenvolvida, sob minha orientação, pelo Professor Adjunto de Direito Internacional da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Bruno Rodrigues de Almeida, como Estágio Pós-Doutoral junto ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, interrompido em razão de seu precoce falecimento. Conferir também M.R. Ribeiro / B. Almeida, “O princípio abrangente da cooperação internacional e a governança dos recursos hídricos transfronteiriços”, em: A.C. Ramos, *Direito Internacional Privado: questões controvertidas*, no prelo.

Resumen

Si la parte que gana un litigio pudiera escoger que la decisión esté plasmada en un laudo o una sentencia, ¿qué sería preferible escoger, un laudo o una sentencia? Actualmente pareciera que la tendencia es favorable a los laudos. Gracias a la Convención de Nueva York los laudos son posibles de ejecutar, sin mayores trámites, en 157 países. Por su parte, los esfuerzos que se han hecho para lograr una convención internacional que permita la circulación de las sentencias, no han dado suficientes resultados. En la gran mayoría de los casos, la ejecución de sentencias depende de juicios de exequatur que obligan al acreedor a experimentar las realidades judiciales en cada uno de los países donde se quiere ejecutar la sentencia. Pero esta tendencia podría cambiar. Recientemente hemos percibido algunas señales contrarias al arbitraje. Si estas señales ganan más fuerza la preeminencia del arbitraje y por tanto de los laudos, podría no seguir siendo la regla. En consecuencia, el futuro de la mejor forma de resolver las controversias contractuales internacionales, es incierto.

Abstract

If the winning party of a litigation process could choose that the decision be embodied in an award or a judgment, what would the best alternative be, an award or a judgment? It seems that the current trend is in favor of the awards. Thanks to the New York Convention, awards are enforceable in 157 countries without complex requirements. Meanwhile, efforts have been made to achieve an international convention that allows circulation of judgments. However, such efforts have not yielded sufficient results. In the vast majority of the cases, the enforcement of judgments depends on exequatur proceedings that oblige the creditor to test the judicial realities of each jurisdiction where the judgments would be enforced. But this trend could change. Recently, we have noticed some signs contrary to arbitration. If those signs grow in force, the pre-eminence of arbitration and thus of the awards, could not remain the rule. As a consequence, the future of the best way to resolve international contractual disputes is unclear.

Sumario

- I. Introducción.
- II. El estado actual. 1. La Convención de Nueva York de 1958. 2. La Convención del 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro.
- III. El posible futuro. 1. Críticas a la Convención de Nueva York. 2. *Anti-arbitration trend in favour of the judiciary power.* 3. Trabajos sobre una verdadera Convención que permita la circulación de sentencias judiciales arbitrales.
- IV. A modo de conclusión*

¿Laudo o sentencia?

Pedro Saghy

I. Introducción

He sido honrado con la invitación de venir a Buenos Aires para participar como ponente en las décimas Jornadas de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado que llevan por título “Los contratos internacionales entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos”. El tema que debo desarrollar se presenta en forma de pregunta: ¿Jueces estatales o árbitros para resolver las controversias contractuales internacionales?¹ Sin duda, hay muchas formas de abordar esta pregunta, o más bien esta comparación.

A primera vista, pareciera que la pregunta nos lleva a comparar por ejemplo, la experticia o los conocimientos que han demostrado en sus decisiones los tribunales arbitrales y los tribunales estatales; la mayor o menor formalidad con que se llevan a cabo los procedimientos arbitrales y los procedimientos judiciales; la velocidad de respuesta

que tienen los tribunales arbitrales y los tribunales estatales; las cantidades de recursos que tienen las partes para retardar una sentencia definitivamente firme, entre otras muchas comparaciones que se pueden hacer.

Pero, para mí, esas comparaciones no son ni justas ni interesantes para este foro. No son justas, porque comparar los tribunales venezolanos con los tribunales arbitrales internacionales y llegar a la conclusión, evidente, que los tribunales estatales no son el mejor foro para resolver disputas contractuales internacionales, sería una irrespetuosa abstracción al prestigio y seriedad que tienen, por ejemplo, el Poder Judicial inglés. Seguro que *The High Court of Justice of England and Wales* no estaría muy contenta de escuchar que ha perdido en la comparación con los tribunales arbitrales porque se utilizó como ejemplo a los tribunales venezolanos. En general, no es justo tomar uno, dos o cinco sistemas de justicia estatales y llegar a una

conclusión, favorable o desfavorable, sobre el funcionamiento de todos los tribunales estatales, o de todos los tribunales arbitrales.

Pero la comparación también nos parece poco interesante para este foro, porque no estaríamos hablando de derecho internacional privado. En una comparación como ésta sólo estaríamos hablando de estadísticas en cuanto a rapidez, claridad y previsibilidad del procedimiento, mayor o menor posibilidad para las partes de acordar el calendario procesal, etcétera. Pero en ningún caso estaríamos hablando de los conflictos que plantea la aplicación de normas, reglas o principios internacionales o un determinado supuesto de hecho transfronterizo.

Ejemplo de estas comparaciones que sí pudieran ser interesantes son, por ejemplo, las dificultades que enfrenta una parte para aplicar un derecho extranjero ante a un tribunal arbitral, en comparación con la dificultad que presenta hacerlo ante un tribunal estatal; la posibilidad o no que tiene una parte de nombrar a su abogado de confianza como su representante ante un tribunal arbitral y ante un tribunal estatal (por concepto distinto al de la jurisdicción natural de ese abogado) o la mayor o menos facilidad para aplicar principios

generales del derecho internacional, tales como los Principios UNIDROIT.

En este sentido, he decidido responder a la pregunta de si es preferible un tribunal arbitral o un tribunal estatal para resolver las controversias contractuales internacionales, desde un punto de vista práctico. Me explico: luego de invertir una cantidad importante de esfuerzos y dinero en resolver una controversia contractual internacional por la vía contenciosa, las estadísticas muestran que existen grandes probabilidades de que la parte que resultó perdedora respete la decisión. Es decir, cumpla, tarde o temprano, con las obligaciones que le impuso el tribunal. Sin embargo, afortunadamente para los abogados existe la posibilidad de que esto no suceda y que la parte que ganó, ahora deba iniciar una segunda batalla para lograr la ejecución forzosa de la decisión del tribunal. Como ejemplos de esta situación podemos citar dos casos. Los muy conocidos casos de “*Yukos*” y “*Lago Agrió*”. El caso “*Yukos*” es el ejemplo perfecto y reciente de un laudo arbitral que a pesar de haber decidido el caso 100% a favor de la parte demandante condenando a Rusia a pagar 50 billones de dólares, ahora comienza lo que parece un largo camino para lograr la ejecución forzosa de ese laudo.² Del

lado de las sentencias, podemos citar al también tristemente célebre caso de “*Lago Agrió*”, en donde un tribunal estatal del Ecuador declaró totalmente con lugar la demanda iniciada por los habitantes de una población del amazonas ecuatoriano y condenó a la empresa petrolera Chevron a pagar 18 billones de dólares, luego reducida a 8.5 billones, a favor de los demandantes. Como la petrolera se negó a cumplir esta con decisión, los interesados iniciaron procesos de exequatur y ejecución forzosa de la sentencia en Canadá, Brasil y Argentina. Hasta ahora, en ninguno ni en el caso “*Yukos*” ni en el caso “*Lago Agrió*” los demandantes han visto satisfechas sus pretensiones.

En otras palabras, la pregunta que me hago es la siguiente: suponiendo que una de las partes considere que su caso tiene 100% de posibilidad de ser ganado, qué debería escoger ¿un laudo y una sentencia?

Desde ya les adelanto que no tengo respuesta definitiva. Pero los invito a aquellos que piensan que lo mejor es un laudo y a aquellos que piensan que lo mejor es una sentencia, a que revisemos algunos de los elementos de derecho internacional privado que deberían, en mi opinión, ser tomados

en consideración, y así compartir entre todos las interesantes dificultades que significa responder esta pregunta.

Para compartir mi ideas en torno a este tema, de forma absolutamente clásica dividiré mi exposición en dos partes: la primera, relativa al estado actual de la situación y la segunda un ensayo sobre un posible futuro de esta situación.

II. El estado actual

Los procedimientos arbitrales son casi iguales en todas partes del mundo. Al menos en su estructura. A diferencia de lo que sucede con los procedimientos judiciales donde las normas procesales responden a una práctica y concepción del proceso estrictamente local, en términos generales los tribunales arbitrales proceden de forma previsiblemente similar. La razón de esta similitud, desde mi punto de vista, es el éxito que ha tenido la promoción del arbitraje a nivel internacional que sumado a la globalización, producen una clara tendencia de estandarización. Para explicar mi opinión utilizaré dos ejemplos. El ejemplo más claro de promoción del arbitraje y estandarización es tal vez la Ley Modelo de arbitraje UNCITRAL. Incuestionablemente una parte importante de las leyes locales sobre arbitraje comercial se han

redactado a partir de este modelo. Por otro lado, el éxito alcanzado por los centros de arbitraje más prestigiosos del mundo, como por ejemplo el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París o el Centro de Arbitraje Internacional de Londres, ha sido, en parte, gracias a la globalización. En efecto, hoy es perfectamente cotidiano recibir noticias en nuestros correos electrónicos acerca de los nuevos casos o decisiones en cualquiera de estos centros de arbitraje. Este hecho ha inspirado a otros centros de arbitraje, más locales, a tratar de seguir la fórmula del éxito. Así, muchos de ellos tienen reglamentos que siguen la estructura y soluciones propuestas por los reglamentos de estos centros de arbitraje internacional, lo que se traduce en una gran similitud y estandarización de la forma en que se lleva a cabo un procedimiento arbitral.

Corolario de este esfuerzo de promoción y estandarización del arbitraje, son las Convenciones internacionales relativas a facilitar la ejecución de laudos arbitrales. Como su nombre lo indica, estas convenciones permiten que la decisión que han tomado los tribunales arbitrales sea posible de ejecutar con relativa facilidad en todos aquellos países que han suscrito esas convenciones internacionales.

Entre las convenciones internacionales más importantes se encuentran, del lado americano: la Convención interamericana sobre la eficacia extraterritorial de las decisiones y sentencias arbitrales extranjeras, mejor conocida como la Convención de Montevideo de 1979, la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, mejor conocida como la Convención de Panamá de 1975, del lado europeo: la Convención de Ginebra de 1961, conocida como la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional, la Convención de Ginebra de 1927, conocida como la Convención sobre la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, el Protocolo de Ginebra y la Convención de Moscú de 1972, referida a la resolución a través de arbitraje de disputas relativas a relaciones de cooperación económicas y científico-técnicas.

1. La Convención de Nueva York de 1958

Ahora bien, nadie puede dudar que la Convención más famosa y la única que tiene alcance verdaderamente global es la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, mejor conocida como la Convención de Nueva York de 1958. La finalidad

de esta Convención es doble. Por un lado, evitar que las sentencias arbitrales extranjeras o no nacionales sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Por otro lado, exigir que los tribunales de los Estados parte den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral.

El éxito de esta Convención puede calificarse como absoluto. De hecho esta Convención ha sido calificada como uno de los pilares fundamentales o “*key instruments*” del arbitraje internacional.

Las razones de este éxito son sencillas de describir pero extremadamente difíciles de lograr. Por un lado, esta Convención pronto cumplirá 60 años de vigencia. Es decir, se trata de una Convención longeva, sabia, que ha sabido mantenerse en forma a pesar del transcurso del tiempo. Para lograr esto han sido importantes su lenguaje sencillo, su visión amplia y su capacidad de regular muchos aspectos con pocas

normas, lo que disminuye el riesgo de interpretaciones ambiguas. Prueba de vitalidad a pesar de su edad, la Convención de Nueva York acaba de lograr una nueva conquista. La Convención de Nueva York viene de ser ratificada por el país n° 157: Angola. Esto significa, en la práctica, que las decisiones arbitrales que se hayan dictado en cualquiera de los países signatarios de esta Convención, pueden ser ejecutados en los restantes 156 demás países, sin mayores trámites o inconvenientes, lo que sin duda amplía las probabilidades de lograr la ejecución forzosa o, mejor aún, de llegar a un acuerdo con la parte vencida.

2. La Convención del 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro

Esta indudable ventaja ha producido una clara tendencia del contencioso contractual internacional contemporáneo a favor del arbitraje y en perjuicio de los tribunales estatales. Como dice el profesor Jan Paulsson, el arbitraje se ha convertido en “la vía normal para resolver los conflictos internacionales”.³ Desde nuestro punto de vista, este hecho se explica por los efectos prácticos que ha logrado la Convención de Nueva York en tanto permite que cualquier laudo arbitral

sea reconocido internacionalmente. Para las partes en litigio, quienes a diferencia de sus abogados se interesan sobre todo por los asuntos prácticos, la existencia de la Convención de Nueva York es una razón de peso para preferir un laudo arbitral en lugar de la sentencia de un tribunal estatal, por más respetable, imparcial y eficiente que sea dicho tribunal.

En vista de ello la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, tomando como inspiración el éxito de la Convención de Nueva York, preparó lo que algunos han denominado “la Convención de Nueva York para las sentencias judiciales”. Su nombre oficial es la Convención del 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro.⁴

Esta Convención entró en vigencia el pasado mes de octubre de 2015. Contiene normas no sólo destinadas a asegurar la eficacia de los acuerdos de elección de foro (también conocidos como “cláusulas de elección de foro”) entre las partes en operaciones comerciales internacionales, sino además contiene normas que regulan “el reconocimiento y la ejecución de resoluciones dictadas en los procedimientos basados en dichos acuerdos”.

Con esta Convención se pretende, y cito el Informe de la Comunidad Europea que propone su aprobación, “crear un mecanismo global de resolución judicial de disputas alternativo al existente sistema de arbitraje”.⁵

Lo primero que llama mi atención es la referencia a un sistema alternativo al arbitraje. Tradicionalmente el arbitraje ha sido considerado como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Hablar de un sistema alternativo al arbitraje, es decir, un sistema alternativo al sistema alternativo, suena interesante. Pero cuando esa propuesta es volver al sistema original, suena paradójico, por decir lo menos. En realidad, lo que vale la pena resaltar es que la propuesta del Informe de la Comunidad Europea reconoce implícitamente que el arbitraje es el mecanismo normal de resolución de controversias internacionales y propone retomar el uso del Poder Judicial.

En resumen, con esta Convención se pretende revertir los efectos que ha producido la Convención de Nueva York a favor del arbitraje.

Sin embargo, desde mi punto de vista, parece apresurado, por no decir un tanto pretencioso, comparar esta

Convención con la de Nueva York. Para explicar mi observación me limitaré a 4 razones:

Primero: la Convención de La Haya, a pesar de ser del 2005, ha sido suscrita por México, Singapur y la Unión Europea salvo Dinamarca. Es decir, 29 Estados y próximamente 28 después del *Brexit*. A pesar de ser un número considerable de países, es sin duda un rango de acción limitado, en comparación a los 157 países que son parte de la Convención de Nueva York.

Segundo: la estructura de la Convención de La Haya es complicada. Una de las ventajas que tiene la Convención de Nueva York es que sólo tiene 16 artículos. Esto hace que la comprensión e interpretación de la Convención sea más uniforme. Mientras menos artículos tenga una ley, tanto más sencilla es su aplicación. En cambio, la Convención de La Haya tiene 34 artículos. Esto es más del doble de las disposiciones que tiene la Convención de Nueva York, sin contar que cada artículo tiene más de dos reglas o disposiciones. Esta importante cantidad de normas es fuente natural de interpretaciones y ocurrencias para abogados, profesores y jueces, lo que crea el riesgo de afectar la seguridad jurídica que se persigue con esta Convención.

Tercero: la Convención de La Haya tiene disposiciones que invitan a la discusión desde la primera lectura. Por ejemplo: El artículo 11 de esta Convención prevé lo siguiente: “El reconocimiento o la ejecución de una resolución podrá denegarse si, y en la medida que, la resolución conceda daños y perjuicios, incluyendo daños y perjuicios ejemplares o punitivos, que no reparen a una parte por la pérdida o el perjuicio real sufrido”. Es decir, según este artículo, es posible que el tribunal requerido niegue la ejecución de una sentencia si al juez que conoce la solicitud de ejecución considera que la compensación otorgada por el tribunal que conoció el fondo del asunto, en otro país, no repara el perjuicio real sufrido.⁶ En consecuencia, para que la sentencia sea ejecutable en los países que han suscrito esta Convención, el juez que sentencie el caso debe atender a lo que cada uno de esos países considera como una reparación integral. Para quienes estén buscando tema para preparar una tesis de doctorado o unas conferencias, creo que aquí tienen un tema muy interesante.

Finalmente, como cuarto punto, la Convención de La Haya sobre acuerdos de elección de foros prohíbe la ejecución de sentencias que hayan sido anuladas en el país en donde se hayan

dictado. Esta disposición, además de confirmar la teoría francesa según la cual el arbitraje no tiene sede y por tanto se permite lo que se conoce como la ejecución de laudos zombis, es una disposición razonable desde el punto de vista estrictamente jurídico procesal, pero en mi opinión poco atractiva para el comercio internacional. La resolución de las controversias a través de arbitraje permite que una vez obtenida la primera sentencia la parte beneficiaria pueda ejecutar la decisión, aunque esté pendiente un recurso o incluso se anule luego esa sentencia. En el caso de las sentencias judiciales es entendible que esto no sea posible. En instancias judiciales los casos sólo terminan cuando se obtiene una sentencia definitivamente firme y eso, en la práctica requiere el agotamiento de todas las instancias y la imposibilidad de recurrir la sentencia. Aunque esta situación es comprensible, es sin duda una diferencia importante que la Convención de La Haya reconoce expresamente a favor del arbitraje como mecanismo ideal de resolución de controversias. Para impedir la ejecución de una sentencia judicial a nivel internacional, bastaría iniciar cualquier tipo de recurso judicial en contra de la sentencia – y todos sabemos que en muchos países no es nada complicado buscar argumentos en la Constitución para impedir la ejecución de una

sentencia, a nivel internacional y de conformidad con esta Convención.

Como han podido adivinar, no hay duda que, desde mi punto de vista, hoy en día es mucho más favorable resolver los conflictos contractuales internacionales a través de un laudo arbitral que a través de una sentencia judicial. Ello gracias a las ventajas que otorgan las diferentes Convenciones internacionales dedicadas a la ejecución de laudos internacionales y fundamentalmente a la Convención de Nueva York quien ha sido un instrumento clave para mejorar la efectividad de los laudos arbitrales y, por tanto, para generalizar el uso del arbitraje como la mejor forma de resolver las controversias contractuales internacionales.

Pero, como nada es eterno, la situación actual no es necesariamente la que seguiremos viendo en los próximos años. Nadie puede predecir el tiempo que le queda de vigencia a la preeminencia del arbitraje sobre el juicio civil comercial para resolver las controversias contractuales internacionales ni a la Convención de Nueva York como la más antigua y global de las todas las convenciones relativas a esta materia. Tampoco es previsible el surgimiento de alguna nueva teoría o tendencia que confronte lo que en algún momento comenzará a llamarse la vieja forma de hacer las

cosas. En fin, nadie puede asegurar, sin riesgo de contraria los ciclos de la historia, que el relativo predominio que tiene hoy el arbitraje no será cuestionado y vuelva al lugar en donde se encontraba a principios del siglo pasado.

Por estos motivos y sin ninguna pretensión de clarividente, veamos el posible futuro de la circulación de los laudos arbitrales y de las sentencias judiciales, a partir de tres hechos o situaciones que han despertado mi atención y, sobre todo, mi preocupación.

III. El posible futuro

La relativa tranquilidad con la que ha venido creciendo la aceptación del arbitraje como mecanismo ideal para resolver las controversias contractuales internacionales ha sido embestida por algunas voces que, como en muchas otras materias, no son muchas pero hacen mucho ruido.

La principal razón del importante ruido que hacen estas voces es que provienen de personas muy respetables y calificadas. Es cierto que nadie es infalible y que dichas voces no dejan de ser una opinión más. Sin embargo, la calificaciones de las personas que emiten esas opiniones y los medios que han empleado para hacerlo, no

permiten pasarlas desapercibidas y nos obligan a reflexionar sobre este asunto.

1. Críticas a la Convención de Nueva York

A pesar de todas las ventajas que conocemos de la Convención de Nueva York, algunas voces, muy autorizadas, han sugerido que el momento de una reforma ha llegado.⁷ Entre los argumentos que se utilizan para promover la idea de la revisión de esta Convención están su edad, es decir, que la Convención ya ha cumplido su vida útil y, sobre todo, que la Convención ha sido la causante de una cantidad importante de decisiones alrededor del mundo poco satisfactorias.

Para demostrar que la edad le ha pegado a esta Convención, algunos alegan su lenguaje *démodé*. *Old fashioned*. En relación a las sentencias lamentables, se cita una serie de decisiones que han dictado diferentes países, contradictorias entre ellas.

Aunque muchas otras voces, igualmente respetables, han contestado la propuesta de revisar esta Convención con argumentos sin duda convincentes pues han retardado al menos en 10 años el comienzo de esa revisión,⁸ es imposible predecir cuánto tiempo más

podrá seguir ganando la oposición a este movimiento. Las generaciones pasan y los nuevos jugadores tienen legítimas expectativas de colocar su nombre entre los creadores de una Convención tan importante como sería, digamos, la Convención de Nueva York. ¿Quién no quisiera poder estar en esa comisión? Pero insisto, nada garantiza que el resultado sea tan bueno como el que ha logrado la aún vigente Convención de Nueva York. No es que todo pasado haya sido siempre mejor, pero a juzgar por los niveles en que se han complicado las relaciones internacionales, la redacción de las Convenciones internacionales y los enormes intereses en juego, parece predecible que no será posible mantener la misma sencillez que caracteriza esta Convención.

2. Anti-arbitration trend in favour of the judiciary power

Por otro lado, a pesar de todas las ventajas que conocemos del arbitraje para resolver las disputas internacionales, existe un movimiento anti arbitraje que, lamentablemente, ha comenzado a ganar fuerza o al menos publicidad. El caso más reciente y en mi opinión el más llamativo fue la declaración del *Lord Chief Justice of England and Wales*, Lord Thomas, quien afirmó que el uso del arbitraje está afectando el desarrollo del *common law* en asuntos comerciales y

llamó a las cortes inglesas a ejercer más control sobre el arbitraje internacional en el Reino Unido. Es decir, llamó a los tribunales a revertir la tendencia que comenzó con la ley modelo de arbitraje UNCITRAL que plantea el escrutinio mínimo a las decisiones arbitrales pues eso estaba bien para los años 90, pero no para la situación actual.⁹

Evidentemente, lo que plantea Lord Thomas es una opinión. Por lo tanto, no estamos obligados a aceptarla o a compartirla. Sin embargo, se trata de la opinión de una de las voces más importantes y autorizadas del mundo judicial actual, de uno de los países históricamente más estables e respetados en lo que se refiere a la resolución de controversias judiciales. Por ello, se trata de una opinión de peso, que no solo no puede ser descartada o ignorada sino que debe ser escuchada y analizada pues no sólo se trata de alguien cuyas opiniones están fundamentadas en un conocimiento particular y casi único, sino que además, probablemente no sea la voz de un solo hombre sino el porta voz de un grupo o movimiento.

Por otro lado, algunos Estados han manifestado un rechazo virulento en contra al arbitraje. Fundamentalmente por la experiencia que han tenido ante los tribunales arbitrales competentes

para resolver las controversias relativas a la violación de Tratados internacionales de protección de inversiones. Es evidente que las críticas de estos países tienen como verdadera causa, su rechazo a la obligación de tener que explicar ante un panel arbitral la legalidad de las acciones que han realizado en contra de los derechos de algún inversor internacional y que no en pocas ocasiones han resultado condenados a indemnizar. Pero esas críticas se han formulado de forma tal que han atacado las bases del arbitraje internacional en general, contribuyendo a crear una tendencia anti-arbitraje, sobre todo frente al público no especialista que no sabe o no tiene por qué saber distinguir entre el arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial.

Este rechazo al arbitraje de inversiones presenta su materialización más evidente en el rechazo por parte de los negociadores del Tratado transatlántico de libre comercio entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de aceptar el arbitraje como mecanismo para resolver las disputas. Según se puede ver en los medios de comunicación, la propuesta es crear una corte encargada de resolver estos asuntos.

En tercer lugar, algunas publicaciones importantes se han dedicado a retomar y difundir al público no especializado argumentos en contra del arbitraje.

Entre las publicaciones más recientes se encuentran 3 largos reportajes publicados por el *New York Times* a finales del año 2015¹⁰ en los que se hacen críticas a las cláusulas arbitrales en las relaciones entre empresas y consumidores en los Estados Unidos. Es cierto que estos artículos explotan los abusos de las cláusulas arbitrales por parte de empresas que prestan servicios o venden bienes de forma masiva en Estados Unidos de América. Es decir, tratan sobre problemas internos, relativos a los derechos de los consumidores norteamericanos. Pero no podemos perder de vista que el prestigio y sobre todo el alcance global que tiene una publicación como el *New York Times*, con un lenguaje y una finalidad de difusión masiva de noticias y opiniones, lo convierten en uno de los llamados creadores de opiniones a nivel global.¹¹ El efecto negativo que sus reportajes pueden tener sobre la apreciación del público en general sobre cualquier tipo de arbitraje (nacional, internacional, deportivo, etc.) es indiscutible.

En este sentido, más recientemente, en agosto 2016, (y no dudo que para el momento de la publicación de este trabajo ya hayan sido publicados más artículos anti arbitraje) un periodista llamado Chris Hamby, ganador de un premio Pulitzer por un reportaje de investigación dedicado a las condiciones

de trabajo de los mineros de carbón¹² publicó en un medio de comunicación llamado *BuzzFeed*¹³ cuatro largos reportajes dedicados a criticar el arbitraje.

Los artículos de Chris son muy interesantes y entretenidos. Sin embargo, no dejan de ser un clásico intento de desprestigiar una institución a partir del análisis de sus paradojas o inconvenientes. Nadie ha dicho que el arbitraje sea perfecto. Se trata de una creación humana, puesta en funcionamiento por humanos. Ninguna institución con estas características está exenta de críticas. Los artículos de Chris tratan de demostrar que el arbitraje es un sistema creado para defraudar. Algo así como tratar de demostrar que los aviones están hechos para cometer actos terroristas. Con el uso inteligente de casos puntuales es posible argumentar a favor de esas mentiras. Prueba de ello es que todos los artículos omiten deliberadamente mencionar que los casos de arbitraje con consecuencias exitosas son incomparablemente más numerosos.

Las críticas al arbitraje no son nuevas. Cíclicamente surgen voces que proponen revisar su uso y limitar sus efectos.¹⁴ Sin embargo, lo que parece distinto en este caso es la forma y el alcance de la crítica. Actualmente no encontramos frente a una estrategia

de difusión masiva y global de una visión satírica del arbitraje, sin antes haber divulgado de la misma forma su origen y virtudes. No es absurdo pensar que este ataque esté orquestado por intereses por ahora desconocidos. Pero esto es una especulación. Lo que sí podemos apreciar claramente es que esta nueva ola de críticas al arbitraje ha sacado ventaja de un hecho incuestionable: fuera de los círculos especializados, muy poco se ha hecho para dar a conocer las virtudes del arbitraje y que los legisladores de todos los países, quienes aprueban las leyes y los tratados que permiten el funcionamiento del arbitraje, forman parte de esa comunidad no especializada.

3. Trabajos sobre una verdadera Convención que permita la circulación de las sentencias judiciales

Para concluir, otro importante hecho parece sumarse a los elementos que en nuestra opinión muestran una tendencia por rescatar el rol de los jueces en la resolución de conflictos contractuales internacionales. El pasado mes de marzo de 2016 el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado decidió crear una comisión especial para la preparación de un proyecto de

Convención relativa al reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles y mercantiles. La primera reunión de la comisión especial fue del 1 al 9 de junio del 2016 y una segunda reunión está programada tentativamente del 16 al 24 de febrero de 2017.

Aunque a primera vista el proyecto de Convención disponible al público parece poco amigable por la cantidad de tecnicismos que contiene, es muy pronto para pronunciarse pues la Comisión Especial apenas comienza a trabajar y no ha habido aún ninguna discusión de fondo. Lo que sí podemos apreciar es la clara intención de mejorar las fallas de la Convención del 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro y elevar las sentencias judiciales al mismo nivel de eficacia que tienen hoy en día los laudos arbitrales. Es decir, una voluntad de lograr una Convención que facilite la ejecución de sentencias judiciales en el mayor número de países y con el menor número de formalidades, a fin de competir con el arbitraje.

IV. A modo de conclusión

Pareciera posible afirmar que actualmente es más favorable la resolución de las controversias contractuales

internacionales a través de tribunales arbitrales en lugar de tribunales judiciales. La razón de ello es fundamentalmente práctica. Gracias a la Convención de Nueva York, los laudos arbitrales pueden ser ejecutados en diferentes jurisdicciones sin mayores formalidades mientras que las sentencias judiciales deben pasar por un procedimiento de exequatur, diferente en cada país que se pretenda ejecutar. Sin embargo, esta situación podría cambiar. Cíclicamente surgen voces que explotan los aspectos perfectibles del arbitraje. Hoy, esas voces aprovechan las facilidades de la globalización y propagan sus críticas con mayor alcance y publicidad. Los receptores de esas críticas son fundamentalmente personas sin entendimiento previo sobre el arbitraje, tales como la mayor parte de los miembros del Poder Legislativo de todos los países. La difusión de una visión desproporcionadamente crítica sobre el arbitraje podría coincidir con la propuesta de reformar la Convención de Nueva York. Si esto sucede, no solo se verá afectado el arbitraje sino el comercio mundial y el sistema de justicia en general pues el arbitraje es históricamente la forma normal y más adecuada de resolver las controversias internacionales.

* El presente artículo es una versión mejorada de las notas utilizadas para mi intervención durante el X Congreso organizado por ASADIP en Buenos Aires, 10-12 de Noviembre de 2016, “Los contratos internacionales entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos”.

¹ En esta mesa participamos Eduardo Vescovi (Montevideo), Marilda Rosado (Río de Janeiro), José Alfredo Martínez de Hoz (h) (Buenos Aires), Pedro Saghy (Caracas), Margie Jaime (Panamá), Moderador: Máximo Bomchil (Buenos Aires)

² S. Reed, “Dutch Court Overturns \$50 Billion Ruling Against Russia in Yukos Case”, *New York Times, International Business*, 20/04/2016.

³ J. Paulsson, “International Arbitration is Not Arbitration”, *Stockholm International Arbitration Review*, vol. 2, 2008, p. 1.

⁴ http://assets.hcch.net/upload/text37_es.pdf

⁵ “Creating an optional worldwide judicial dispute resolution mechanism alternative to the existing arbitration system”. Ver Brussels, 30/01/2014, COM, 2014, 46 final 2014/0021 (NLE), *Proposal for a Council Decision on the approval, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, disponible en: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f8f73fa2-8a8a-11e3-87da-01aa75ed71a1.0022.01/DOC_1&format=PDF

⁶ Paradójicamente este artículo permita negar la ejecución de la sentencia a la parte que está solicitando su ejecución por haber ganado el juicio de fondo.

⁷ A.J. van den Berg, “Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards”, en: A.J. van den Berg (ed.), *50 Years of the New York Convention*, Kluwer Law International, 2009, pp. 649-678.

⁸ E. Gaillard, “The Urgency of Not Revisiting the New York Convention”, disponible en: http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2009/06/The-Urgency-of-Not-Revising-the-New-York-Convent___/Files/View-full-article-The-Urgency-of-Not-Revising-th___/FileAttachment/IA052611UrgencyofNotRevisingNewYorkConvention.pdf

⁹ Lord Thomas, the Lord Chief Justice of England and Wales, “Arbitration hindering development of common law”, *Bailii Conference on Rebalancing the Relationship between the Courts and Arbitration*, 09/03/2016. Ver H. Bor, “Comments on Lord Chief Justice Thomas’ 2016 Bailii Lecture which promotes a greater role for the courts in international arbitration”, *Kluwer Arbitration Blog*, 11/04/2016, disponible en: <http://kluwarbitrationblog.com/2016/04/11/comments-on-lord-chief-justice-thomas-2016-bailii-lecture-which-promotes-a-greater-role-for-the-courts-in-international-arbitration/>

¹⁰ J. Silver-Greenberg / R. Gebeloff, “Arbitration Everywhere, Stacking the Deck of Justice”, *Beware the fine print*, part I, 31/10/2015, disponible en: http://www.nytimes.com/2015/11/01/business/dealbook/arbitration-everywhere-stacking-the-deck-of-justice.html?_r=0; “In Arbitration, a ‘Privatization of the Justice System’”, *Beware the fine print*, part II, 01/11/2015, disponible en: <http://www.nytimes.com/2015/11/02/business/dealbook/in-arbitration-a-privatization-of-the-justice-system.html?action=click&contentCollection=DealBook&module=RelatedCoverage®ion=EndOfArticle&pgtype=article>; “In Religious Arbitration, Scripture Is the Rule of Law”, *Beware the fine print*, part III, 02/11/2015, disponible

en: <http://www.nytimes.com/2015/11/03/business/dealbook/in-religious-arbitration-scripture-is-the-rule-of-law.html?action=click&contentCollection=DealBook&module=RelatedCoverage®ion=EndOfArticle&pgtype=article>

¹¹ En el 2016, el *New York Times* ha continuado la publicación de otros artículos criticando el arbitraje comercial: J. Silver-Greenberg/M. Corkery, “Rule on Arbitration Would Restore Right to Sue Banks”, 05/05/2016 disponible en: <http://www.nytimes.com/2016/05/05/business/dealbook/consumer-agency-moves-to-assert-bank-customers-right-to-sue.html>; A. Carrns, “More Big Banks Are Using Arbitration to Bar Customer Lawsuits”, 17/08/2016, disponible en: <http://www.nytimes.com/2016/08/18/your-money/arbitration-bank-checking-accounts.html>

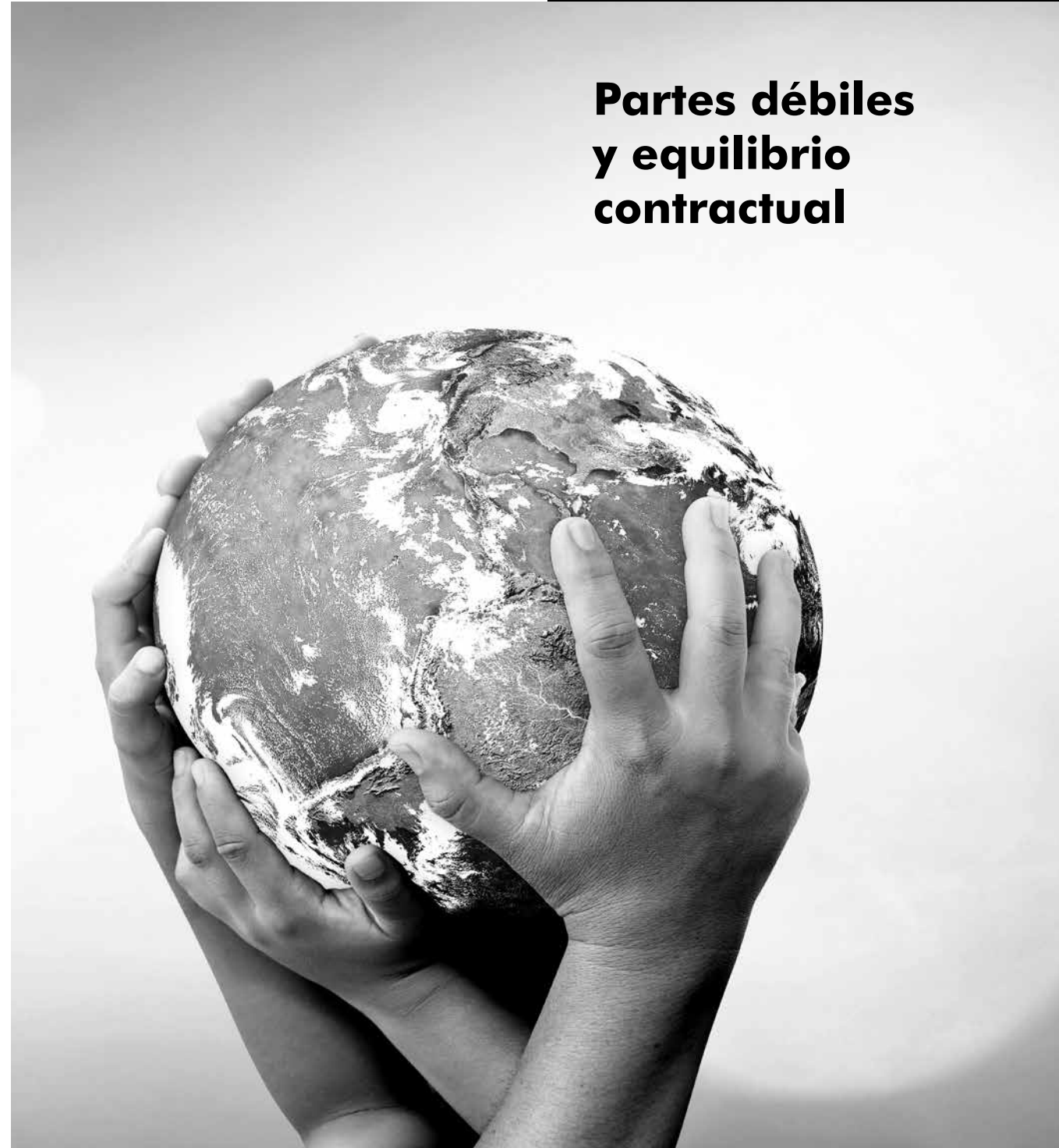
¹² <http://www.pulitzer.org/winners/chris-hamby>

¹³ C. Hamby, “The court that rules the world”, *Secrets of a Global Super Court. BuzzFeed News, Investigation*, Part I, 28/08/2016, disponible en: https://www.buzzfeed.com/chrishamby/super-court?utm_term=.ocma888q5#.prkqllan; C. Hamby, “The Billion-Dollar Ultimatum”, *Secrets of a Global Super Court. BuzzFeed News, Investigation*, Part II, 30/08/2016, disponible en: https://www.buzzfeed.com/chrishamby/the-billion-dollar-ultimatum?utm_term=.luemGGGOD#.khvByyy58; C. Hamby, “Let’s Make Them Poorer, and we’ll get riche”, *Secrets of a Global Super Court. BuzzFeed News, Investigation*, Part III, 31/08/2016: https://www.buzzfeed.com/chrishamby/not-just-a-court-system-its-a-gold-mine?utm_term=.qr2eaaaYn#.cvWrEEEW6 and C. Hamby, “A Homegrown Disaster”, *Secrets of a Global Super Court. BuzzFeed News, Investigation*, Part IV, 01/09/2016: https://www.buzzfeed.com/chrishamby/homegrown-disaster?utm_term=.vxw0xxxWA#.ppxnVVVNX

¹⁴ J. Paulsson (nota 4), p. 1

Parte V

Partes débiles y equilibrio contractual



Resumen

El presente trabajo pretende efectuar un análisis de la situación de algunos sectores que pueden ser considerados “en situación de vulnerabilidad” a la hora de encarar una relación contractual. En el desarrollo se encarará el relevamiento del origen y las consecuencias jurídicas de tal condición y las herramientas para lograr el mentado equilibrio contractual. En el desarrollo de la problemática se tomará en consideración el papel que juega en esa búsqueda, la cooperación internacional y los aportes del derecho público. Desde esa perspectiva se considerarán principalmente tres grupos que se seleccionaron particularmente por entender que pertenecen a sectores que pueden ser considerados en especial situación de vulnerabilidad. a) Los turistas; b) los migrantes; y c) los refugiados. Por otra parte, la óptica de desarrollo va a privilegiar el enfoque en la realidad sudamericana y en el marco de las respuestas normativo institucionales que se han instrumentado o que se sugiere evaluar su viabilidad, apuntando al desenvolvimiento sistemático de soluciones que tiendan a garantizar el respeto y equilibrio en los derechos esenciales de los individuos que habitan o circulan por la región y que en su interrelación deban contactarse con otras personas que sean nacionales de los países a los que se trasladan, tomada esta interacción como una manifestación última del respeto de sus derechos humanos.

Sumario

- I.** Introducción.
- II.** Perspectiva de abordaje.
- III.** Turistas, migrantes y refugiados y su condición de vulnerabilidad.
- IV.** Equidad de trato para la circulación de personas en situación de vulnerabilidad.
- V.** Los instrumentos de cooperación jurídica.
- VI.** Corolario.

Turistas, migrantes y refugiados en la relación contractual

Juan José Cerdeira*

I. Introducción

Como punto de partida del análisis se propone relevar la especial situación de ciertos sectores o grupos de personas humanas, que a la hora de contratar y sin prejuicio de una pregonada y reconocida identidad de derechos con los ciudadanos y residentes permanentes de un Estado con los de otro país extranjero, pueden verse afectadas en sus derechos, atento una especial situación de vulnerabilidad que conllevan al momento de encarar un vínculo contractual.

El abordaje internacional de la problemática de estos sectores partirá de su condición de extranjeros sujetos a una especial situación de vulnerabilidad por su inclusión en determinadas categorías, que en el presente análisis se enfocará en los turistas, migrantes y refugiados.

En la toma en consideración de estos sectores en particular, podrá advertirse

un grado de participación en su protección, tanto de la cooperación jurídica como, del derecho público, éste último a través de políticas específicas de garantía de sus derechos, reconocidos en convenciones de derechos humanos o por su inclusión en políticas públicas estatales. Se enfocará entonces el papel de la interacción de soluciones jurídicas, tomadas principalmente desde la transversalidad de su tratamiento mediante la aplicación de los derechos humanos.¹

II. Perspectiva de enfoque

En la actualidad, en la región sudamericana, la protección de los derechos de los vulnerables ha tomado una renovada dimensión jurídico-social que ha acompañado al proceso de integración económica.

En ese sentido, se ha podido corroborar que las regulaciones instrumentadas o en ejecución van más allá del universo comprendido por la mera relación jurídico económica de los

esquemas de integración entre países, para adentrarse en la necesaria protección de otros aspectos sustanciales como son, por ejemplo, los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, y dentro de estas se hará en el presente un enfoque de cómo se plasma esa protección hacia sectores como los de los turistas, los migrantes y los refugiados.

Las tres categorías seleccionadas tiene un profundo arraigo de protección en la región -incluso a nivel constitucional- producto de procesos de mayor libre circulación de personas, que conllevan la necesidad de contratar, trabajar o encarar emprendimientos económicos autónomos más allá de sus países de origen.

Esa protección ha tomado especialmente en cuenta la protección de sus derechos para los casos en que puede ser la parte más débil de la relación, por ejemplo un migrante que quiere conseguir un trabajo en otro país, o que contrata con un intermediario un trabajo temporario en el extranjero, o que quiere remesar las utilidades de su emprendimiento o trabajo a su país de origen.

Otro tipo de supuestos se da al constatar un gran incremento de los flujos turísticos y de visitantes extranjeros

entre países de la región que los llevan a comprar paquetes turísticos en sus países de origen o contratar a través de la internet y las nuevas tecnologías, servicios turísticos de diferente complejidad o directamente, a realizar consumos en ocasión de viajes de turismo, congresos o de estudios.

Una tercera categoría a consiedrar es la de los refugiados que traspasan fronteras por motivos de diferente índole, política, económica o ambiental y que una vez en su lugar de acogida deben contratar para conseguir un trabajo o una vivienda. Este tema de los refugiados toma mayor peso aun en nuestros días donde todos los países se encuentran encarando programas de acogida de extranjeros, que huyen de sus países de origen, principalmente por motivos de guerra.

Sin ninguna duda estas personas merecen una atención especial ya que, no obstante que en muchas situaciones, existe la letra de leyes específicas que los protegen y garantizan sus derechos, en la práctica ocurre que se han advertido situaciones de inequidad en las relaciones contractuales, que llevaron a los Estados a adoptar políticas públicas o a intervenir desde el derecho público para evitar esa situaciones manifiestas de desequilibrio y procurar

que se erradiquen definitivamente las distinciones desequilibrantes entre nacionales y extranjeros a la hora de contratar, más allá de los lógicos requisitos exigidos para cada tipo.

Las legislaciones nacionales de la mayoría de los países de la región han intentado con diferente intensidad procurar resolver estos dos primeros aspectos, pero la situación se complica al procurar extender los beneficios de sus legislaciones más allá de sus fronteras. Es en ese momento donde la cooperación jurídica y la armonización de normativas cobra un rol fundamental.

Esa cooperación internacional, desde la perspectiva del derecho internacional privado se centra en las soluciones aportadas en muchos convenios que promueven la comunicación fluida entre autoridades coordinadoras o centrales, quienes han permitido ensamblar el rompecabezas de normas y regulaciones habilitadas en cada Estado en situaciones diversas respecto a una misma materia, consiguiendo en la mayoría de los casos un excelente resultado.

Un elemento más a sumar al universo de respuestas que se vienen buscando en el esquema de trabajo del derecho internacional es la creciente utilización de las nuevas tecnologías y los TICs

(técnicas de la información y la comunicación), indispensables para difundir las opciones de las que pueden valerse las poblaciones más vulnerables y para el conocimiento de su derechos y canales de reclamo.

En ese marco resulta de interés pensar en la cooperación jurídica como instrumento de respuesta a desafíos internacionales y regionales en la materia, que permitan facilitar el deseado equilibrio dentro de un marco de seguridad jurídica armonizado, destinado a pensar un tratamiento equitativo de los derechos de los sectores apuntados.

III. Turistas, migrantes y refugiados y su condición de vulnerabilidad

A continuación se efectuará un cuadro de situación del estado en que se encuentra la preservación de derechos de los sectores que se han seleccionado por ser considerados en especial situación de vulnerabilidad en la región -turistas, migrantes y refugiados- a la luz de la realidad plasmada.

En ese marco se tomarán en cuenta las soluciones normativo institucionales que aporta el Derecho internacional privado y la interacción de sus soluciones con las aportadas por el derecho

público y las políticas encaradas por los Estados para equilibrar las relaciones y proteger sus derechos esenciales, pensando en plantear soluciones creativas e innovadoras, con el fin de aprovechar al máximo los elementos de la cooperación disponibles para su solución.

Se partirá entonces de procurar conceptualizar o definir cada una de las categorías solucionadas para pasar luego a considerar cuáles son las particularidades que las convierten en sectores en situación de vulnerabilidad y finalmente identificar aquellas soluciones que se han encarado para recuperar el equilibrio necesario para la garantía de sus derechos.

A) Turistas y visitantes extranjeros

Para conceptualizarlos en el marco de una propuesta que se viene trabajando justamente en el seno de las reuniones de la ASADIP, se acercará una definición contenida en el texto del proyecto de “Convención sobre cooperación y acceso a la justicia referente a turistas internacionales”. Dicho instrumento entiende por “turista internacional” a “cualquier persona que sea nacional o tenga su residencia habitual en un Estado Contratante que encare un viaje que tenga por destino otro Estado

Contratante, por un tiempo menor a un año, que tenga cualquier motivo específico (negocios, conferencias, ocio u otro propósito personal) siempre que no sea el de trabajo en una entidad establecida en el país visitado; y quien con esa adquiera o pretenda adquirir productos de consumo o sea beneficiario o transferente de tal adquisición en el Estado contratante visitado”.²

Sin ninguna duda esa persona deberá contar –para encontrarse en un pie de equilibrio con los contratante nacionales del país visitado– información clara y accesible de sus derechos a la hora de contratar, consumir o adquirir en el país, conocimiento cabal de las posibilidades de reclamo en caso de deficiencias en el bien adquirido, acceder en su idioma a las condiciones de la contratación y donde recurrir, la forma más expedita de hacerlo y los medios y resortes disponibles, atento a que muchas veces es muy corto su período de estada, además del desconocimiento de los sistemas legales del país visitado.

B) Migrantes

A los efectos del presente se consideran migrantes a aquellas personas que entran a un país diferente al de su origen con la intención de permanecer en él, ya sea en forma temporal o

definitiva. El carácter de migrante del que se ocupará el presente trabajo, contemplará a aquellos que ingresen en esa calidad, independientemente de la condición migratoria que revistan, sea ella “regular” o “irregular”.

En ese marco no se considerarán migrantes aquellos que lo hagan de forma transitoria, como lo son los turistas o aquellos que ingresen a otro país para someterse a un tratamiento médico.

La especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran estas personas surge principalmente de las disposiciones de las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad”, texto que los considera beneficiarios de las Reglas en el apartado 6., de la sección 2, del capítulo I.³ Cabe apuntar también, que la protección de sus derechos no se limita a la persona del migrante en si sino también a sus familiares.

Sobre el particular la ley argentina de migraciones habla de igualdad de trato y facultad de reclamo equitativo ante la justicia entre nacionales y migrantes.⁴

No obstante, en la práctica el equilibrio de sus derechos dependerá en gran medida de la condición migratoria (“regular o no”) a la hora de contratar,

por ejemplo, un trabajo. Es en ese segmento donde mayores situaciones de desigualdad se han detectado, provocadas principalmente por el trabajo en negro a que se les somete, con argumentación basada en su situación de irregularidad, o del conocimiento del idioma o de la falta de facilidades para aprenderlo y entonces acceder al trabajo en condiciones de mayor equidad, entre otras cuestiones.

C) Refugiados

De acuerdo con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, un refugiado es una persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él”.

La especial situación de vulnerabilidad de los refugiados va más allá –entonces– de la ayuda básica y los mismos

derechos que cualquier otro extranjero que sea residente legal, ambos garantizados por el Convenio referido, del que la República Argentina es parte. Así, los refugiados deben ser tomados en consideración especialmente para el equilibrio de sus derechos civiles económicos y sociales, que deben garantizárseles al igual que a los otros individuos nacionales de país de acogida, derechos como lo son el de asistencia médica, el de contrato laboral para los adultos, y el derecho a la escolarización para sus hijos, por ejemplo.

No puede pasarse por alto que la mayoría de los derechos económicos que se conceden a los refugiados –trabajo, vivienda, traslados– tienen un carácter temporario que en el mejor de los casos, alcanza a un año o dos pero que a partir de ese momento la búsqueda de una vivienda o un trabajo más definitivo quedará en manos del refugiado y en las posibilidades contractuales de su persona, circunstancia en donde la su protección y la de sus familiares vuelve a necesitar, nuevamente, de ese equilibrio para su ejercicio en condiciones equitativas.

IV. Hacia la búsqueda de la equidad de trato para la circulación de personas en situación de vulnerabilidad

La circulación de las personas es un fenómeno que desde su origen más remoto hizo pensar en potenciar el desarrollo de las diferentes ramas del derecho internacional, se llame el público, privado, comunitario, de la integración o de la cooperación internacional, a las que hoy se le ha sumado la necesidad de enfocar todo el desarrollo de esas ramas desde la perspectiva de los derechos humanos.⁵

Cabe recordar además, que desde la época del derecho romano se ha advertido la necesidad de resolver conflictos entre ciudadanos y peregrinos, hasta llegar a nuestros tiempos donde prevalece una tendencia a explorar la solución de conflictos interpersonales entre migrantes que se mueven en un mundo globalizado y entre esquemas de integración, estableciendo relaciones jurídico familiares entre personas de otros países. A ésta categoría se le sumará la de los turistas y los refugiados, dos sectores que han crecido notoriamente en las últimas décadas, con motivo del turismo y la globalización los primeros y, lamentablemente, en

forma exponencial y humanitariamente preocupante, los segundos.

Puede afirmarse entonces, que el aceleramiento de la globalización y su contracara la integración, desde fines del siglo pasado ha demandado otras respuestas del mundo jurídico para reglar el nuevo escenario, tomando en cuenta la creciente necesidad de preservar los derechos fundamentales del individuo en un contexto regional armado desde el esquema internacional. Pero esa demanda no es la única sino que se ha hecho prevalecer además, que las soluciones se encausen dentro de la óptica de la garantía de los derechos esenciales de las personas y el tratamiento equitativo para todos los habitantes de la región.

En ese camino, las respuestas que aportan el derecho internacional privado y la cooperación jurídica resultan relevantes para la interconexión de soluciones y su potenciación exponencial para dar verdaderas respuestas a los reclamos que se presentan a los habitantes de nuestras sociedades.

El reconocimiento de la mayor libertad de circulación de los habitantes, trabajadores y sus familias, con las necesidades que su interacción, ha motivado que las relaciones jurídicas cuyos

elementos se localizan en los distintos Estados, se multipliquen exponencialmente. Esta internacionalización de la vida de las personas explica el interés que adquieren tanto las cuestiones migratorias, de refugio o las relacionadas con los turistas o visitantes extranjeros de paso o radicándose en el territorio de otro país, transformándolos por sí mismos en grupos vulnerables.

En primer lugar, se tomarán como referencia las respuestas alcanzadas en el campo de la protección de los migrantes, tanto a nivel convencional como interno, para señalar en ese marco, el papel del derecho internacional privado en la facilitación de sus pretensiones, y su interacción con el derecho público, plasmado en diferentes convenios internacionales de protección de migrantes.

A) Al hablar de migrantes y de las respuestas dadas en el ámbito del espacio regional no pueden soslayarse las soluciones aportadas por los “Acuerdos sobre residencia del MERCOSUR” y los “Acuerdos sobre regularización migratoria interna, para los ciudadanos del MERCOSUR, y Estados asociados”. Los cuatro Acuerdos fueron aprobados en el año 2002; y han sido ratificados hasta la fecha por los cuatro miembros fundadores del

MERCOSUR, algunos de los asociados y se avanza hacia su puesta en vigencia hacia todo el resto de los países sudamericanos. El objeto de ambos pares de Acuerdos es diferente, aunque su finalidad sea la misma: fortalecer y profundizar el proceso de integración a través de la implementación de una política de libre circulación de personas en la región.

Sin perjuicio de haberse referido el autor “*in extenso*” a estos Acuerdos en ocasión de las pasadas Jornadas ASA-DIP de Panamá,⁶ solo se reiterará acá aquellos elementos que demuestran la especial consideración que se hace en esos instrumentos a garantizar el equilibrio de migrantes y nacionales en la región, proponiendo propuestas para erradicar justamente la distinción entre “migrantes regulares y no regulares”, y desequilibrio de sus derechos, como consecuencia.

Efectivamente, los Acuerdos sobre residencia permiten a los nacionales de un Estado Parte que desean residir en otro Estado Parte obtener una residencia legal en este último, sin necesidad de contar con una oferta de empleo o la admisión en una universidad o ser pariente de un nacional u otra de las causales exigidas por la legislación interna del país de recepción para

inmigrar. Por su parte, los Acuerdos de regularización migratoria permiten que los nacionales de un Estado Parte que se encuentran en otro Estado Parte, puedan tramitar la residencia en este último de conformidad con las categorías migratorias previstas en su legislación interna, pero sin necesidad de regresar a su país de origen ni que su situación migratoria irregular en el país de recepción lo inhabilite para obtenerla.

En ese camino y pensando en la salvaguarda de sus derechos esenciales de todos los habitantes del espacio (vivienda, trabajo, etc.), es que se hace necesario pensar en nuevas herramientas que los protejan de las consecuencias indeseadas de la globalización y de la libre circulación.

A continuación se pasará revista a algunos de los desafíos planteados, sobre los que deberá trabajarse en respuestas para su desarrollo. La búsqueda puede encarársela dentro del derecho internacional privado y la cooperación jurídica, conjuntamente con soluciones que puede aportar su interacción con el derecho público, en una manifestación de la protección de los Estados, con miras a preservar las garantías e igualdad de trato de los sectores más vulnerables y con la invalorable ayuda y

experiencia que aporta la cooperación internacional. En esa perspectiva se pasará revista a continuación a algunas herramientas y mecanismos que se van instrumentando:

a) Promoción de la cooperación jurídica en la implementación de programas de “migraciones temporarias” o “circulares”, mediante acuerdos entre los Estados

La realidad regional plantea un gran movimiento de flujos migratorios estacionales para el desarrollo de la actividad, agrícola ganadera o minera que requiere de soluciones expeditas y clara para regular las relaciones contractuales en un plano de equilibrio y respecto de consecuencias jurídicas que plantea.

B) Incentivo a la cooperación para el establecimiento y monitoreo de un sistema de licencias o registro de intermediarios involucrados en la contratación de migrantes.

Muchos de los contratos de personal temporario para las actividades arriba enumeradas o simplemente para trabajos domésticos o de otra categoría se hacen “por llamada” o publicidad en los países de origen. En consecuencia se hace necesaria la regulación

mediante registro o habilitaciones de intermediarios a las empresas o individuos encargados de los reclutamientos o contrataciones.

C) Impulso de la cooperación jurídica para facilitar las transferencias de remesas de los migrantes a sus familiares a su país de origen de una manera sencilla, ágil y no costosa.⁷

En esa sintonía, cobra relevancia la utilización de las nuevas tecnologías y el “*soft law*”, como contribuyentes a la garantía de derechos. Varias de estas soluciones están inspiradas justamente en un instrumento universal en la materia como lo es el Convenio de la OIT sobre trabajadores migrantes, que brinda pautas para el establecimiento de la relación laboral cuando una de las partes es un migrante. En su texto dispone “la necesidad de facilitar el establecimiento y manutención de un servicio gratuito de asistencia e información para los trabajadores migrantes, a la vez que promueve la adopción de medidas contra la publicidad engañosa, el impuso para reglamentar la facilitación de servicios médicos apropiados para los trabajadores migrantes y la transferencia de ingresos y ahorros. Asimismo insta a los Estados a aplicar un “trato no menos favorable” que el que se aplica a sus nacionales en lo

que respecta a condiciones de empleo, libertad sindical y seguridad social”.⁸

D) Por su parte y sobre las respuestas aportadas en materia de la búsqueda del equilibrio propiciado en las relaciones contractuales que pueden encarar turistas y visitantes extranjeros, este tópico fue también tratado en extenso en ocasión del artículo de la misma autoría del suscripto en las pasadas Jornadas ASADIP de Porto Alegre 2014.⁹

No obstante, y sólo a título recordativo se citará la propuesta que representa el “Acuerdo interinstitucional de entendimiento entre los Organismos de Defensa del Consumidor de los Estados Parte del MERCOSUR para la defensa del consumidor visitante”, del año 2005 –Acuerdo interinstitucional entre las autoridades responsables de defensa del consumidor de cada uno de los Estados Parte del MERCOSUR. En el mismo ámbito y previamente, se había elaborado “el Protocolo de Santa María de jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo”, en 1995; y finalmente a la resaltar especialmente la importancia que asume el Proyecto de “Convención sobre cooperación y acceso a la justicia referente a turistas internacionales”, presentado ante la Conferencia de La Haya para su estudio de viabilidad y análisis.

E) Por último y en lo que se refiere a la protección del equilibrio respecto al accionar de los refugiados a la hora de vincularse jurídicamente, merece recordarse la protección que aportan los Convenios internacionales en materia de protección de refugiados de los cuales la Argentina es parte y de las Convenciones internacionales de derechos humanos que se refieren a la preservación de sus derechos en condiciones de igualdad, que en la Argentina tienen rango constitucional.

Sin perjuicio de ello, no puede dejarse de mencionar el carácter programático que tienen la mayoría de esos convenios internacionales de protección y la consiguiente necesidad de llevarlos a tierra para tornarlos efectivamente operativos. En ese sentido la República Argentina ha dictado la ley general de reconocimiento y protección al refugiado,¹⁰ que justamente, como lo indica su nombre, tiende a tornar operativa esa protección. La autoridad de aplicación de la ley es la CONARE (Comisión Nacional de Refugiados) que tiene entre sus funciones: a) la protección de sus derechos; b) su inserción y la de sus familiares en la vida social y política del país; etc.

Para mayor abundamiento y para tornar más operativas aún sus disposiciones,

la CONARE se encuentra abocada a la reglamentación de la ley y ha venido celebrando una serie de acuerdos e instrumentos en sintonía con la protección de los derechos de los refugiados, como lo es el “Acuerdo de cooperación entre la CONARE y la Secretaría de Empleo de la Nación”, que propicia la inserción en el mercado laboral de los refugiados mayores de 18 años, desocupados; de generar acciones que incentiven a las empresas a la contratación de personas de esta categoría, de regulación de la intermediación laboral para su contratación privada y de generación de emprendimientos independientes entre los refugiados, además de articular acciones con las organizaciones representativas del sector empresarial y del sector sindical para promover compromisos que aseguren la oferta de prácticas calificantes.¹¹

V. Los instrumentos de cooperación jurídica y el derecho público

Del análisis efectuado respecto de la problemática planeada, se advierte que para avanzar en el equilibrio buscado en las relaciones contractuales entre los sectores señalados se advierte un destacado papel de la cooperación jurídica internacional, que actúa como

herramienta de acercamiento a los sectores vulnerables y da respuesta a las necesidades para su trato equitativo, canalizado a través de la intervención de las autoridades de aplicación de los convenios, colaborando, guiando y asesorando a los sectores involucrados en cuanto a la disponibilidad de herramientas para su mejor realización.

En similar sintonía, cabe resaltar también que derechos y prerrogativas de los que gozan estos sectores en sus países de origen, les deberían ser respetados y garantizados en los otros de acogida, tal como lo es “beneficio de la gratuidad” reconocido a los nacionales o residentes permanentes en un país, por ejemplo en el ámbito del MERCOSUR, les sea extendido a su accionar en otro Estado Parte.

El otro elemento determinante, que se refiriera en el presente y que aporta también respuestas para lograr el deseado equilibrio y superar la vulnerabilidad de los sectores involucrados, es aporte del derecho público, a través de políticas públicas implementadas por los Estados en cumplimiento de convenios internacionales (sobre derechos humanos, migrantes o refugiados) o directamente fortalecimiento la operatividad de esos convenios a través de acuerdos sectoriales o leyes específicas.

VI. Corolario

Como conclusión al análisis efectuado, cabe señalar que se han identificados tres sectores determinados –turistas, migrantes y refugiados– que presentan un rasgo común que es la calidad de extranjeros en los países a los que se trasladan, pero que ese rasgo común no pareciera ser el motivo determinante de su vulnerabilidad, ni el generador del consecuente peligro de desequilibrio en una relación contractual a encarar.

La distinción y elementos que se pudieron detectar y que se deberían superar resultan entonces principalmente orientados a la falta de información, al desconocimiento del idioma, del derecho y de las herramientas jurídicas disponibles en cada caso para enfrentar un vínculo contractual, en forma equitativa.

Resulta necesario, entonces, señalar las propuestas de solución que se han encarado, algunas desde la perspectiva de la metodología del derecho internacional privado (principalmente a través de las herramientas de cooperación jurídica) con la que puede equilibrarse la preservación de sus derechos en un vínculo contractual y otra mediante la interacción de soluciones y acompañamiento que aporta el derecho público estatal.

Como síntesis de las herramientas disponibles y las propuestas de las que se están encaminando o que se sugieren encarar, pueden concluirse la conveniencia de encarar las siguientes:

1. Encarar campañas de difusión de reglas y procedimientos disponibles dentro del sistema jurídico de cada uno de los países, que sea accesible también para los extranjeros, salvaguardando las dificultades de idioma o desconocimiento de derechos, principalmente para los sectores categorizados como “turistas o visitantes”.
2. Propiciar un incremento de la cooperación jurídica entre los países –más aun entre los integrantes de un espacio de integración regional– ya sea mediante la utilización de guías de buenas prácticas para la utilización de los convenios vigentes o a través de la promoción de otros nuevos que aprovechen la experiencia que aportan los convenios de cooperación internacional vigentes, para su instrumentación.
3. Impulsar una mayor interacción y comunicación entre las Autoridades de aplicación de convenios o celebrar “Memorandas de Entendimiento” sobre asuntos puntuales atinentes a sectores vulnerables que permitan a dichas autoridades –centrales o

intermediarias– facilitar la solución de los conflictos que se presenten.

4. Promover la armonización de reglas y principios en los ámbitos integrados y su correspondiente difusión y alcance para permitir el conocimiento de las posibilidades y derechos de todos los sectores, aún fuera de sus países de origen.

5. Fomentar el desarrollo y aprovechamiento de las nuevas tecnologías (TICS), para facilitar la comunicación entre autoridades, generación de registros y bancos de datos de eventuales sobre intermediarios o de requisitos de contratos, que pueden redactarse

en diferentes idiomas y que pueden facilitar el conocimiento por parte de los sectores analizados.

Para finalizar, entonces se puede resumir que la cooperación internacional y la proyección del derecho público en manos del poder administrador constituyen valiosas herramientas que contribuye a equilibrar las condiciones de las partes en una relación contractual, especialmente cuando una de ellas en ese relacionamiento pertenece a un sector que se identifica con algunas de las particulares de los sectores analizados y que jurídicamente son categorizados como sujetos a especial situación de vulnerabilidad.

* Abogado de la U.B.A., Doctor en Derecho Internacional Privado de la UNA, profesor de la materia en la Universidad de Buenos Aires (grado y posgrado) y en la Universidad de Flores. Becario e investigador del Instituto Max Planck de Hamburgo y del Instituto Asser de La Haya. Investigador de la Universidad Nacional del Litoral; autor de artículos en libros y revistas especializadas, representante y Negociador de convenios jurídicos sobre la materia en foros internacionales.

¹ E. Jayme, “Le Droit International Privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Recueil des Cours*, t. 282, 2000, pp. 9-40

² “Proyecto de Convención sobre cooperación y acceso a la justicia referente a turistas internacionales”, (Artículo 2. Definiciones), Documento presentado ante el Comité de Asuntos Generales y de Política de la Conferencia de La Haya, abril de 2015.

³ 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Iberoamericana, celebradas en Brasil en el año 2008.

⁴ *Ley n° 25871* del 21/01/2004, artículo 3°.

⁵ D.P. Fernández Arroyo, “Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público”, *Suplemento de Derecho internacional privado y de la integración*, Albremática, 2012.

⁶ J.J. Cerdeira, “El derecho internacional privado como herramienta del acceso a la justicia en sectores vulnerables”, en: aa.vv., *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado*, Asunción, CEDEP, 2015, pp. 295-308.

⁷ Reflexiones acerca de la utilidad de aplicar ciertas técnicas de la cooperación internacional desarrolladas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado como insumo para la migración internacional. Documento preliminar n° 7 del 07/02/2010. Nota presentada por el Bureau Permanente.

⁸ Estudio general sobre trabajadores migrantes, 1999; Estudio general sobre instrumentos de los trabajadores migrantes, 2016. Página temática de la OIT sobre migración laboral.

⁹ J.J. Cerdeira, “La protección al consumidor turista desde la perspectiva argentina”, en C. Lima Marques / D.P. Fernández Arroyo (dirs.), *Los servicios del derecho internacional privado*, Porto Alegre / Asunción, Gráfica Editora RJR, 2014, pp. 767-782.

¹⁰ Ley general de reconocimiento y protección al refugiado, n° 26.165.

¹¹ Acuerdo de cooperación entre la comisión nacional para los refugiados y la Secretaría de Empleo de la Nación, suscripto en Buenos Aires el 27/07/2012.

Resumen

Son muchos los consumidores que actúan con proyección transfronteriza. Sin embargo, el derecho internacional privado categoriza a todos ellos del mismo modo, como consumidores patrones, medios o comunes, que proceden de manera activa o pasiva, sin importar si algunos presentan condiciones o características especiales que puedan exponerlos a una situación en la cual su natural vulnerabilidad se ve aún más acentuada.

Abstract

There are many consumers who interact with each other in cross-border projected scenarios. Nevertheless, the private international law categorises all of them either in their active or passive behaviour phases in the same way as standard, medium or average consumers without taking into consideration that some of them have special conditions or qualities that can expose them to circumstances in which their natural vulnerability increases.

Sumario

- I. Introducción: la crisis en la tipicidad y el surgimiento de una nueva categoría de consumidor en el escenario internacional.** 1. El consumidor transfronterizo “hipervulnerable”. 2. El consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”: un nuevo approach al derecho internacional privado.
- II. La identificación de la debilidad diferenciada en las operaciones de consumo realizadas en el ámbito interno, con especial referencia al derecho de los países que integran el MERCOSUR.** 1. El subconsumidor, consumidor especial o consumidor particularmente débil. 2. El consumidor hipervulnerable o doblemente vulnerable. 3. La subcategoría de consumidor en el derecho material de los países del MERCOSUR.
- III. El traslado de la debilidad acentuada al contexto internacional: el apareamiento de la figura del consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”.**
- IV. Conclusión: las consecuencias prácticas del reconocimiento de la hipervulnerabilidad del consumidor que actúa con proyección transfronteriza.**
- V. Bibliografía.**

El consumidor “especialmente hipervulnerable” y el derecho internacional privado

Luciane Klein Vieira*

I. Introducción: la crisis en la tipicidad y el surgimiento de una nueva categoría de consumidor en el escenario internacional

Es imposible reducir el concepto de consumidor a una abstracción general que no respeta la heterogeneidad de la sociedad de consumo, formada por distintos sujetos, que pertenecen a distintas culturas, y, por fin, basada en distintos intereses y/o dificultades. “Ante todo hay que considerar que los consumidores no pueden ser vistos como un grupo homogéneo, porque existen diversas especies de consumidores, por ejemplo, el que objetivamente tiene posibilidades de estar informado, y el que no las tiene; el que tiene libertad de elección, porque goza de disponibilidad económica y el que no la tiene; quien tiene reflexión y quien es un hipoconsumidor, como los niños”.¹

Siendo así, para llegar a la construcción de una categoría de consumidor, conforme al grado de vulnerabilidad presentada, es preferible recurrir al método concreto, abandonándose la mera abstracción, por resultar sumamente arriesgada, ya que no toma en cuenta la realidad cuando pretende adoptar un modelo ideal.² Para ello, el tipo, categoría o modelo de consumidor debe ser construido observándose los seres reales, sus dificultades, su comportamiento y extrayendo de esa observación los elementos que les son comunes, por medio de un proceso inductivo.³

Corroborando lo expuesto, parte de la doctrina advierte que no hay un “consumidor-tipo” o patrón, que pueda ser utilizado como referencial exclusivo y único,⁴ para todas las relaciones de consumo. Por esta razón, es necesario distinguir el consumidor en diferentes categorías, conforme a su grado o nivel de vulnerabilidad y al

escenario en el cual actúa, lo que permitirá, al final, percibir la necesidad de diferenciar estas categorías a partir de un nuevo criterio relacionado con las condiciones especiales del consumidor que interactúa más allá de las fronteras nacionales.

Respecto al tema, es importante referir que el derecho privado confiere al consumidor que actúa dentro de los límites del territorio de un país una presunción de debilidad o vulnerabilidad, partiendo del presupuesto de que todos los consumidores son iguales, y por lo tanto, presentan las mismas vulnerabilidades técnicas, jurídicas, fácticas e informativas. Sin embargo, se le debe reconocer a este sujeto débil una “hipervulnerabilidad”⁵ o vulnerabilidad reforzada, cuando actúa en un mercado extranjero, en general, desconocido. Esta diferenciación posibilitará la creación de una protección más eficaz, en la práctica, como instrumento apto a corregir la disparidad de fuerzas⁶ que tradicionalmente caracteriza a los contratos de consumo.

Esta perspectiva trabaja con las características especiales de la relación internacional de consumo, que se torna cada día más compleja y difícil para los sujetos que en ella actúan, en

virtud de la realidad global cambiante y de las particularidades de ciertos grupos de consumidores, aún más débiles, que exigen la adecuación de la tipología como garantía o sinónimo de efectividad en la protección normativa.

En este contexto, a fin de conferir un nuevo ropaje al derecho internacional privado (DIPr) en pro de la efectividad de su función de derecho protectorio de la parte débil, propongo la diferenciación del consumidor que actúa en el escenario internacional en dos categorías distintas a las señaladas anteriormente, conforme al grado de hipervulnerabilidad presentada.

La primera categoría, denominada consumidor “hipervulnerable”, se refiere al consumidor transfronterizo común, que contrata con un proveedor extranjero, de forma activa (turista) o pasiva,⁷ sin poseer características especiales que puedan acentuar aún más su fragilidad en el mercado internacional.

No obstante, la segunda categoría, designada consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”, no está contemplada como tal en ninguna legislación de fuente interna o convencional de los países que componen el MERCOSUR (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela)

lo que demuestra su carácter novedoso y al mismo tiempo expone las dificultades para su identificación. Esto exigirá, para posibilitar su configuración, un previo análisis de algunas condiciones especiales de grupos de consumidores para, luego, poder firmarse como propuesta insoslayable de un nuevo tipo de consumidor transfronterizo, teniendo en cuenta la necesidad de conferirles un tratamiento aún más diferenciado a estos sujetos, que de por sí ya se encuentran en un estado de vulnerabilidad o debilidad agravada.

1. El consumidor transfronterizo “hipervulnerable”

Los aportes doctrinarios que se refieren al consumidor activo y pasivo fueron construidos para diferenciar el comportamiento del consumidor conforme a las situaciones en las que actúa internacionalmente para, a partir de allí, ofrecerle o no protección legal. Esta categorización, sin embargo, es insuficiente, siendo necesario, de antemano, identificar al consumidor transfronterizo, a partir de su particular vulnerabilidad, vinculada al contexto en que está inserido.

Siendo así, en primer lugar, es importante establecer cómo se da la internacionalidad de la relación de

consumo. Para ello, se utiliza el criterio del domicilio de las partes para determinar si una relación jurídica es interna o internacional. En esta medida, una relación de consumo será transfronteriza cuando consumidor y proveedor están domiciliados en distintos Estados, lo que configura o caracteriza la internacionalidad del contrato, que puede estar conectado a dos o más ordenamientos jurídicos.⁸

Considerado bajo este enfoque, el consumo internacional parece no ofrecer mayores problemas. El consumidor transfronterizo debe estar domiciliado en un Estado distinto al del proveedor y ser el destinatario final del producto o servicio extranjero adquirido, pudiendo actuar de modo pasivo o activo, conforme ya referido. Sin embargo, la relación entablada entre las partes de un contrato de consumo con elementos de extranjería no está desprovista de sus peculiares complejidades.

En el ámbito del derecho del consumidor, no está demás reiterar que, ya sea por presunción legal, por un simple análisis o constatación empírica, el consumidor (generalmente, persona física) es considerado vulnerable en función de su debilidad o fragilidad, representada por una serie de factores.⁹ Luego, para atenuar y así compensar

esta disparidad o desigualdad existente entre los dos polos de la relación jurídica contractual, ocupados por el consumidor y el proveedor, el derecho creó el principio de la vulnerabilidad, para asegurar que el Estado sancione reglas y adopte medidas que aseguren al consumidor un equilibrio en la relación de consumo, para evitar perjuicios y así neutralizar la condición de débil jurídico.

Si esta máxima de la aplicación del principio de la vulnerabilidad fue creada por el derecho interno de algunos Estados para proteger al consumidor que contrata la adquisición de mercaderías y servicios de proveedores nacionales, dentro de los límites territoriales del país, ¿cómo queda el consumidor transfronterizo, que va más allá de las fronteras para contratar?; ¿cómo queda el consumidor que no sale del territorio de su Estado, pero que pacta, a través de medios electrónicos, la entrega de mercadería comprada en el extranjero en su domicilio, situado dentro de las fronteras estatales antes referidas?

Conforme bien advierte la doctrina, “el reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en la relación jurídico-económica con el proveedor supera las características que le son

atribuidas en el plano nacional en la medida en que el consumidor pasa a actuar directa o indirectamente en el mercado internacional. La generalización del consumo internacional, denominada (...) globalización del consumo, deja al consumidor aún más vulnerable ante las particularidades de la relación internacional de consumo, en la cual proveedor y consumidor están domiciliados en diferentes países, sujetos a legislaciones y sistemas jurídicos distintos”.¹⁰

Siendo así, en tiempos de gobernanza global, cuya principal consecuencia es la expansión y masificación del consumo, la vulnerabilidad del consumidor transfronterizo¹¹ puede ser fácilmente constatada en virtud de la incidencia de algunas de las siguientes características: a) por la falta de información¹² respecto al producto o servicio adquirido, ya que el negocio es celebrado de forma eventual por el consumidor, en la medida en que no ostenta una relación de continuidad; b) por la dificultad de volver a ejecutarse un servicio ya prestado, notoriamente cuando se trata de contratos turísticos; c) por la existencia de una barrera idiomática entre el proveedor y el consumidor; d) por las diferencias de protección legal existentes entre las normas del Estado del domicilio del consumidor y las del

domicilio del proveedor;¹³ e) por la efectividad de la garantía del producto y servicios post venta, que pueden no estar disponibles en el Estado del domicilio del consumidor; f) por el desconocimiento respecto al derecho del Estado en donde se contrata; g) por las dificultades de llevar a cabo un proceso judicial en el extranjero.¹⁴

Ante estas nuevas características de la relación de consumo, cabe al DIPr buscar mecanismos y alternativas destinadas a proteger al consumidor transfronterizo. En este sentido, debe incorporar, entre sus postulados, una regla que asegure la protección al consumidor internacional, que es mucho más débil¹⁵ que el consumidor que está habituado a realizar sus compras dentro de las fronteras estatales, para quien el sistema jurídico de los países mercosureños, bien o mal, ya se preocupó en ofrecerle tutela legal.¹⁶

2. El consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”: un nuevo *approach* al derecho internacional privado

Ya se ha mencionado que es indudable “la insuficiencia de los tipos jurídicos clásicos para satisfacer adecuadamente todas las nuevas y cambiantes

exigencias de la compleja vida económica y social contemporánea”.¹⁷ Siendo así, ante la insuficiencia del tipo abstracto “consumidor transfronterizo” para la satisfacción de las exigencias prácticas y concretas de protección se justifica la creación de una nueva categoría de consumidor que actúa internacionalmente, pautada en valores como la dignidad de la persona humana y la igualdad material, generada a partir de criterios extraídos de la realidad en la cual está inserida la persona física.

Sin embargo, para configurar los elementos que dan sostén a esta nueva categoría, es necesario, en primer lugar, identificar quiénes son los consumidores que actúan en el contexto internacional, y que presentan una debilidad diferente de la del consumidor medio, abstracto. Para esto, partiré de los conceptos ya empleados por la doctrina y jurisprudencia, aunque referentes al ámbito interno, para llegar a la propuesta que hago, de construcción de la categoría denominada “consumidor transfronterizo especialmente hipervulnerable”, como nueva calificación a emplearse en el DIPr.

II. La identificación de la debilidad diferenciada en las operaciones de consumo realizadas en el ámbito interno, con especial referencia al derecho de los países que integran el MERCOSUR

1. El subconsumidor, consumidor especial o consumidor particularmente débil

En el ámbito nacional o interno de algunos países, la doctrina suele denominar a los consumidores que poseen características o condiciones personales¹⁸ particulares como “subconsumidores”,¹⁹ “consumidores especiales”²⁰ o aún “consumidores particularmente débiles”,²¹ en un intento de reconocer que la debilidad general del consumidor, vinculada a una falla estructural del mercado, no es la única vulnerabilidad existente en el plano social.²² De hecho, el problema no radica en el reconocimiento aislado de la debilidad del consumidor, sino más bien en lograr que el derecho se haga cargo de las diferentes manifestaciones de la vulnerabilidad social.²³

De este modo, es cierto que la debilidad del consumidor se percibe de manera especialmente sensible en función de las particulares características del

individuo. Así, se ha utilizado la expresión “subconsumidor”, para referirse a un sector de los consumidores en situación de mayor fragilidad e inferioridad respecto a los productores de bienes y servicios. “Esta debilidad particular puede venir determinada por sus condiciones físicas (niños,²⁴ minusválidos²⁵ o ancianos),²⁶ o por sus deficiencias intelectuales o culturales, o de falta de formación, o por desconocimiento del idioma del país en el que viven. En todos estos casos la regulación general en materia de consumo provoca, indefectiblemente, una ‘subprotección’ en la práctica (una señalización de obras en la vía pública puede ser la adecuada y percibida normalmente por un ciudadano medio, pero puede pasar desapercibida para un niño, un anciano o para un ciego,²⁷ con fatales consecuencias en todos los casos) que precisa de un *plus* de protección legal”.²⁸

Siguiendo esta línea de razonamiento, Ricardo Lorenzetti destaca que los subconsumidores son los menores de edad,²⁹ los ancianos,³⁰ los enfermos graves y los analfabetos,³¹ además de aquellos que estén en situaciones de urgencia que dan lugar a un estado de necesidad. Ante estos grupos, según el autor, es necesaria la adopción de medidas de ayuda, para poder ubicarlos en pie de igualdad, lo que justifica la existencia de una discriminación legal

positiva.³² En otras palabras, en estos casos, se justifica con más intensidad la necesidad de establecer, por medio de normas protectorias, un límite aún mayor a la libertad del proveedor, asegurando el tratamiento desigual a favor de estos consumidores (*favor debilis*), como forma de compensar la fragilidad o vulnerabilidad agravada, para que se reequilibre, hipotéticamente, la situación fáctica y jurídica.³³

2. El consumidor hipervulnerable o doblemente vulnerable

Otra parte de la doctrina, partiendo de los presupuestos *supra* referidos, clasifica, en el ámbito interno, a estos subconsumidores –ancianos, niños, analfabetos, discapacitados y enfermos– como hipervulnerables.³⁴ Esta hipervulnerabilidad estaría asociada a una situación social,³⁵ fáctica y objetiva, que agrava la vulnerabilidad de la persona física consumidora, por circunstancias personales aparentes o conocidas por el proveedor.³⁶ Además, sería especial esta situación de hipervulnerabilidad si condicionada a una situación personal del consumidor, sea permanente, como por ejemplo una incapacidad,³⁷ o temporaria, como una enfermedad, la edad, el embarazo o el analfabetismo.³⁸

Por último, existen aquellos que pugnan por el reconocimiento de la existencia de consumidores “doblemente vulnerables”³⁹ a las prácticas del mercado de consumo, encontrándose, en estas circunstancias, el consumidor-niño, el consumidor-anciano, el consumidor-analfabeto y el consumidor-enfermo, quienes presentan un nivel de fragilidad más acentuado ante la falta de discernimiento (niños),⁴⁰ percepción (ancianos), información (analfabetos) o ante el estado de necesidad en el que se encuentran (enfermos),⁴¹ tornándose, por lo tanto, más susceptibles a determinados llamados publicitarios.

En otras palabras, la doctrina coincide, bajo distintas designaciones, que los ancianos, niños, adolescentes, analfabetos y discapacitados, entre otros, forman parte de un mismo subgrupo de consumidores, que necesita un refuerzo en la tutela del Estado, en virtud de su especial fragilidad.

3. La subcategoría de consumidor en el derecho material de los países del MERCOSUR

Tras haber identificado como la doctrina clasifica a los consumidores que se encuentran en especial situación

de debilidad, resta considerar si este reconocimiento también se hace presente en el derecho de fuente interna de los Estados que conforman el MERCOSUR.

En este sentido, Argentina, en el art. 60⁴² de la Ley de defensa del consumidor, habla de consumidores en situación desventajosa, para los cuales deben ser implementados programas especiales de educación para el consumo. Igualmente, respecto a éste país, la Ley de servicios de comunicación audiovisual, ley n° 26.522,⁴³ en su art. 17, se refiere a las funciones de control del Consejo Asesor de la comunicación audiovisual y la infancia, respecto a la publicidad e información dirigida a niños y adolescentes y, en el art. 70, dispone que la programación de los servicios audiovisuales deberá evitar contenidos que inciten tratos discriminatorios y comportamientos perjudiciales para niños, adolescentes y discapacitados, entre otros vulnerables.⁴⁴ Asimismo, de forma muy superficial, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1.097, al disponer sobre el trato digno determina que los proveedores deben garantizar condiciones de dignidad a los consumidores, con base en los criterios acogidos en los tratados de derechos humanos, debiendo, por lo

tanto, abstenerse de adoptar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. El art. 1.098 aborda el trato equitativo y no discriminatorio, haciendo mención a la prohibición del establecimiento de diferencias, por parte del proveedor, basadas en la nacionalidad de los consumidores.

Bolivia, a su vez, aunque no reconozca el criterio general de la vulnerabilidad del consumidor trata a una determinada categoría de consumidores como vulnerables, que serían las mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con discapacidad, niños y adolescentes, en el art. 15⁴⁵ de la Ley general de los derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores, determinando que a estas personas el proveedor está obligado a prestar informaciones especiales.

El Código de Defensa del Consumidor brasileño consolida la noción de vulnerabilidad agravada, para las relaciones de consumo internas, cuando se refiere a los niños (art. 37, párrafo 2º)⁴⁶ y a la fragilidad derivada de la edad, salud, conocimiento o condición social de algunos consumidores (art. 39, IV),⁴⁷ respecto a la prohibición de la práctica de la publicidad abusiva o engañosa.

Paraguay, de una forma muy genérica, en el art. 37⁴⁸ de la Ley de defensa del consumidor y del usuario, reconoce al niño como la categoría de consumidor más expuesta a las relaciones de consumo, al prohibir la publicidad abusiva que se aproveche de su falta de madurez. Esta prohibición es resultado de lo dispuesto en el art. 27, último párrafo, de la Constitución Nacional del país, que determina que la ley regulará la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer.

Por fin, Uruguay y Venezuela no presentan en sus legislaciones de fuente interna ninguna norma que haga referencia a la condición especial de debilidad de determinados grupos de consumidores.⁴⁹

Como se puede notar, aunque varios países del MERCOSUR reconozcan en su legislación, en diferentes contextos, la existencia de consumidores con debilidades acentuadas, que actúan en el mercado interno, este reconocimiento es muy incipiente y necesita ser ampliado para ofrecer un incremento efectivo en la protección legal.

III. El traslado de la debilidad acentuada al contexto internacional: el apareamiento de la figura del consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”

Como se ha verificado, pese a las distintas denominaciones, hay un cierto consenso en el sentido de reconocer que existen determinados consumidores con características especiales, y que por lo tanto merecen un estándar de protección más amplio.

A partir de esta perspectiva, en este artículo, al consumidor que se encuentra ante las circunstancias señaladas, que se amplían cuando actúa en el escenario internacional, lo denomino consumidor “especialmente hipervulnerable”, lo que autoriza que haya un tratamiento diferenciado⁵⁰ para esta clase de sujetos.⁵¹ Esto porque lo que se quiere lograr es la protección del consumidor concreto, real y no la protección de un tipo ficticio, hipotético, abstracto. Luego, el consumidor transfronterizo especialmente hipervulnerable es el consumidor anciano, portador de necesidades especiales,⁵² analfabeto, niño y adolescente, que tiene su natural vulnerabilidad agravada

fuertemente cuando participa de la relación internacional de consumo, por las dificultades que ésta conlleva.

Con base en lo expuesto, no se puede aplicar el mismo concepto legal de consumidor a todos los consumidores, pues basado en una igualdad formal, aparente, inexistente, que presupone que todos son iguales y presentan las mismas características, ya que poseen en común la expectativa de recibir productos y servicios de buena calidad. Debe hacerse una diferenciación, a partir de la propia noción de consumidor medio o estándar, teniendo en cuenta que, como bien advierte Alberto do Amaral Júnior, el término consumidor no designa a una única realidad, apunta, por otro lado, a una multiplicidad de situaciones.⁵³

Bajo esta perspectiva, por ejemplo, la Unión Europea abrió las discusiones sobre el tema en la década pasada, buscando una reglamentación especial para este “grupo particular de consumidores” contra las prácticas comerciales abusivas,⁵⁴ considerándolo como distinto al consumidor medio.⁵⁵

Finalmente, ante este escenario, lo que se verifica es que al Estado social deben interesarle no solamente los vulnerables, sino y principalmente

los sujetos que son especialmente hipervulnerables. De esta forma, a estos consumidores especialmente hipervulnerables, es imperioso que se les ofrezca una protección superior y diferenciada, distinta de aquella que debe ser dispensada al consumidor transfronterizo común, quien, subráyese, también es un protagonista olvidado en la actualidad, en el derecho de fuente convencional autónoma del MERCOSUR⁵⁶ y, por lo tanto, igualmente debe ser objeto de tutela legal.

Bajo esta perspectiva, es necesario que el DIPr, por medio de sus herramientas, cree esta categorización diferenciada, no concibiéndose la aplicación, sin mayores recaudos, del concepto de consumidor medio a los consumidores que presentan una especial debilidad. En otras palabras, la disciplina iusprivatista referida, al no reconocer, ni siquiera contemplar, esta nueva categoría jurídica, termina por desproteger a quienes más necesitan la protección estatal, no pudiendo, de la forma cómo está actualmente estructurada, impartir justicia. Confirmando lo expuesto, se ha dicho que “la construcción de un régimen justo⁵⁷ en materia de consumo exige –de manera imprescindible– superar una visión sesgada de consumidor o usuario, captando en profundidad sus concretas debilidades.

No basta con mirar al consumidor medio, sino que es necesario reconocer sus particulares vulnerabilidades. Lo contrario importaría prescindir de un dato de la realidad valorado con frecuencia por los propios proveedores a la hora de diseñar sus estrategias de comercialización. Afortunadamente, cierto grado de apertura hacia estos nuevos horizontes es ya un fenómeno reconocible”.⁵⁸

A partir de lo expuesto, el especialmente hipervulnerable es aquel consumidor transfronterizo que, además de contratar con un proveedor situado en un Estado distinto al de su domicilio o residencia habitual, como destinatario final de bienes y servicios, posee características que lo diferencian del consumidor transfronterizo hipervulnerable, común o medio, tales como la edad avanzada (a partir de 60 años),⁵⁹ la poca edad (hasta 18 años),⁶⁰ la deficiencia física, el analfabetismo, etc., que deben garantizar la incidencia de reglas especiales de protección, en materia de DIPr.

IV. Conclusión: las consecuencias prácticas del reconocimiento de la hipervulnerabilidad del consumidor que actúa con proyección transfronteriza

En el MERCOSUR, aunque esté fuertemente presente el fenómeno de la extraterritorialidad de las relaciones privadas, lo que se observa, en contrapartida, es un vacío normativo que no se coaduna con la nueva realidad y exigencias del mundo globalizado. Este déficit normativo lleva a una complejidad jurídica insostenible, fuente generadora de ambigüedad, incertidumbre e inseguridad, responsable por instaurar un verdadero caos en las relaciones de consumo con elementos de extranjería en perjuicio de la parte débil.

Ante este escenario, el DIPr posmoderno se revela como un instrumento apto a promover la protección de la persona humana⁶¹ en el espacio integrado, ya que sitúa al individuo en su núcleo teórico y lo eleva como finalidad última. Es decir, el consumidor pasa a ser el centro de la protección sustantiva que se requiere en las relaciones multiconectadas realizadas en el bloque.

Siendo así, el reconocimiento de una nueva categoría de consumidor transfronterizo permite contemplar un tratamiento diferenciado para el sujeto vulnerable,⁶² conforme se trate del consumidor común o del consumidor que presenta características o condiciones especiales, con base en el principio de la mayor protección al consumidor especialmente hipervulnerable, que puede efectivizarse por medio de la adopción de un sistema de conexión, en materia de ley aplicable al contrato internacional de consumo, que prime por la aplicación de la ley más favorable a éste consumidor. Con ello habrá un incremento en las transacciones comerciales internacionales llevadas a cabo, además de solucionar el problema jurídico derivado de la completa ausencia de normas en la materia.

El MERCOSUR, como bloque económico, debe adoptar estándares superiores, comunes y diferenciados de protección al consumidor transfronterizo, que posibiliten generar un tratamiento más benéfico a aquellos consumidores especialmente hipervulnerables, que necesitan una mayor presencia del Estado en pro de su tutela y

que al mismo tiempo brinden bases de protección sustantiva al consumidor común hipervulnerable, como forma de garantizar la seguridad jurídica y fomentar las negociaciones privadas que se desarrollan fuera del ámbito interno de cada Estado. Igualmente, estas reglas permitirán que el proveedor pueda adaptarse a las nuevas exigencias, lo que generará un mayor patrón de calidad en la oferta de los productos y servicios, previsión constante del Preámbulo del Tratado de Asunción, y un consecuente incremento en el consumo, cuestiones que llevarán, finalmente, a la codiciada profundización del proceso de integración.

En este escenario, el DIPr, a partir del reconocimiento de la categoría especial de consumidor transfronterizo, podrá ejercer con plenitud su rol de disciplina que se interesa por la protección de los débiles, en las transacciones con proyección transfronteriza. Con base en ello, se construye un “DIPr del consumidor” y no un “DIPr del consumo”, ya que el objeto específico de tutela es la persona humana y sus especiales necesidades y no el mercado o el comercio internacional.

* Doctora en Derecho y Magíster en Derecho Internacional Privado (Universidad de Buenos Aires – UBA). Magíster en Derecho de la Integración Económica (Universidad del Salvador – USAL/ Université Paris I – Sorbonne). Profesora de Derecho Internacional de las Facultades de Campinas – FACAMP y de la Pontificia Universidade Católica de Campinas - PUCAMP. Docente de la UBA. Abogada.

¹ N.L. Nicolau. “La protección del consumidor argentino en la economía de mercado frente a empresas transnacionales”, en: *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, p. 390.

² N.L. Nicolau, “La autonomía de la voluntad como factor de resistencia a la tipicidad en el sistema de derecho privado argentino”, *El Derecho*, t. 163, 1995, p. 873.

³ N.L. Nicolau (nota 2), p. 873.

⁴ A.H. Benjamin, “A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos”, en: C.L. Marques / B. Miragem (orgs.), *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Doutrinas Essenciais*, vol. I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1122-1123.

⁵ El prefijo *hiper* deriva del griego *hypér* y sirve para designar algo que excede la medida normal. Cuando se suma el prefijo a la palabra vulnerabilidad, se obtiene la representación gráfica de una situación de intensa fragilidad, que supera los límites de lo que sería una situación común de debilidad.

⁶ A.C. Efig, “El reconocimiento jurídico de la vulnerabilidad del consumidor como factor de cambio social”, *El Otro Derecho*, n° 39, 2008, p. 112.

⁷ Tradicionalmente, la doctrina europea suele distinguir el consumidor entre aquel que se traslada hacia el establecimiento comercial del empresario, en busca de mercaderías o servicios, motivando por sí mismo la contratación, de aquel que es invadido o atacado por la ofensiva contractual del empresario en su propio domicilio o residencia habitual. En el primer caso, se está ante el concepto de consumidor activo y en el segundo, de consumidor pasivo.

⁸ E.A. Klausner, “Reflexões sobre a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo”, en: C. Tibúrcio / L.R. Barroso (orgs.), *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 382.

⁹ Además de los factores mencionados, que están vinculados a la inexperiencia y/o inaptitud técnica, el consumidor se encuentra ante una necesidad de consumo, circunstancia que lo hace estar subordinado al proveedor. (A. Amaral Júnior, *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 106.)

¹⁰ E.A. Klausner, *Direito Internacional do Consumidor. A Proteção do Consumidor no Livre-comércio Internacional*, Curitiba, Juruá, 2012, p. 176. (Traducción propia)

¹¹ Desde otra mirada, el consumidor extranjero puede ser calificado como sub-consumidor o consumidor particularmente frágil, por no conocer la lengua ni las prácticas locales. A. Kemelmajer De Carlucci, “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, en: R. S. Stiglitz (dir.), *Suplemento Especial. Código civil y comercial de la Nación. Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 249.

¹² Aquí se podría añadir el uso exagerado del tecnicismo en la redacción del contrato, lo que impide una comprensión o una evaluación más minuciosa por parte del consumidor sobre las ventajas y desventajas del negocio. Esta dificultad desestimula la lectura previa del instrumento contractual, generalmente complejo y de una considerable extensión.

¹³ E.A. Klausner (nota 9), p. 177.

¹⁴ Entre estas dificultades están el desconocimiento respecto al juez competente y a la ley aplicable, el alto costo de un proceso judicial en el extranjero, los gastos de traslado y traducción de documentos, el posterior reconocimiento y ejecución de la decisión judicial extranjera. Sobre el tema ver: E.A. Klausner, “Jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no Mercosul – sugestões para a reedição do Protocolo de Santa Maria”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 54, 2005, p. 118. En el mismo sentido, Perugini destaca que: “no es tarea fácil litigar en el extranjero. Cualquiera que haya tenido la experiencia de litigar fuera del país puede comprender el cúmulo de problemas con los que se enfrenta y que van desde la elección del abogado, el seguimiento del proceso, el desconocimiento del derecho y la inseguridad que produce depender de una autoridad extranjera, los costos del transporte y del alojamiento. Este temor a lo extranjero no tiene que ver con la xenofobia y sí con lo desconocido, costoso y en gran medida incontrolable”. A. Perugini Zanetti, “Derecho internacional privado del consumidor”, en: *XVIII Congreso ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección derecho internacional privado*, Rosario, 2005, p. 38.

¹⁵ Conforme destaca la doctrina, el consumidor, parte vulnerable en un litigio nacional, será aún más vulnerable cuando se trate de un litigio transfronterizo. De hecho, la ignorancia de sus derechos y la complejidad del DIPr, ante un litigio de pequeño monto, son motivos que podrán llevarlo a renunciar a sus derechos. B.E. Fellous, *Proteção do Consumidor no MERCOSUL e na União Européia*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 141.

¹⁶ Excepuado el caso de Venezuela, que recientemente derogó la ley que protegía al consumidor.

¹⁷ N. Nicolau (nota 2), p. 878.

¹⁸ Pese a ello, cabe destacar que “la sociedad de consumidores no reconoce diferencias de edad o género ni las tolera (por contrario a los hechos que parezca) ni reconoce distinciones de clase (por descabellado que parezca). Desde los centros geográficos de la red de la autopista informática hasta las periferias sumidas en la pobreza”. Z. Bauman, *Vida de consumo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 81. Este hecho corrobora la necesidad de darle tratamiento diferenciado a cada subgrupo de consumidores, en razón de sus peculiaridades.

¹⁹ También se ha llamado subconsumidores a las personas que no tienen acceso al consumo, por cuestiones de pobreza. C.A. Ghersi, “La historia socioeconómica y cultural del consumo”, en: C.A. Ghersi (dir.), *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 19.

²⁰ J. Mosset Iturraspe / R.L. Lorenzetti, *Defensa del Consumidor, Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1993, p. 82.

²¹ C.A. Hernández, “Reflexiones sobre el derecho del consumidor (a propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldaní)”, en: A.A. Alterini / N.L. Nicolau (dirs.), *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 374.

²² C.A. Hernández (nota 20), p. 374.

²³ Es interesante referir, conforme advierte la doctrina, que el derecho privado de la posmodernidad debe encargarse de reconocer las vulnerabilidades sociales, en todas sus dimensiones, que abarcan tanto el ámbito patrimonial como extrapatrimonial. C.A. Hernández (nota 20), p. 374.

²⁴ Respecto a la clasificación de los niños como “hipoconsumidores”, por tener menor grado de reflexión, ver N.L. Nicolau (nota 1), p. 390.

²⁵ Ver D.R. Vítolo, “Personas afectadas por una discapacidad y los derechos del consumidor de servicios financieros y bancarios. Una mirada transversal”, *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, t. 2013-3, pp. 129-145.

²⁶ Respecto al consumidor anciano, la Recomendación n° 18, del Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento, aprobado por la Asamblea General de la ONU por medio de la Resolución n° 33/52, del 1978, revisada en 1982 (texto disponible en: <http://www.redadultosmayores.com.ar/buscador/files/ORGIN001.pdf>, consultado el 10/8/2016) destaca que debe ser limitada la publicidad intensiva y otras técnicas de venta destinadas fundamentalmente a explotar a los ancianos. En este sentido, el gobierno, juntamente con las organizaciones no gubernamentales, debe promocionar acciones destinadas a proteger a estos consumidores. En el año 2002 fue aprobado el Plan de Acción de Madrid, que pugna por la adopción de medidas restrictivas respecto al fraude cometido contra ancianos en el mercado de consumo. Sobre el tema ver C. Heineck Schmitt, *Consumidores Hipervulneráveis. A Proteção do Idoso no Mercado de Consumo*, São Paulo, Atlas, 2014, pp. 218-219.

²⁷ Sobre el tema, ver el interesante dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, caso “*Szilvia Nyusti y Péter Takács c/ Hungría*”, juzgado el 16/04/2013, en el cual los autores, dos ciudadanos húngaros con grave discapacidad visual, tras haber agotado los recursos judiciales internos, en Hungría, para la obtención de la adaptación para no videntes de los cajeros automáticos de la entidad de crédito privada con la cual habían contratado, demandan al Estado por violación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>, consultado el 10/8/2016, en vigor desde el 3/5/2008). El Comité señaló que la demanda interpuesta por los autores iba más allá del agravio particular, en la medida en que planteaba una reclamación más amplia, pautada en la falta de accesibilidad de toda la red de cajeros automáticos de la entidad financiera para las personas con discapacidad visual. Finalmente, el dictamen determinó que el Estado Parte había incumplido las obligaciones de la Convención referida, teniendo el deber de poner remedio a la falta de accesibilidad de los actores a los servicios de tarjeta bancaria, además de indemnizarlos. Del mismo modo, el Estado debería establecer normas mínimas sobre accesibilidad a los servicios bancarios para personas con discapacidad visual, impartir formación adecuada y periódica a los jueces y otros funcionarios que resuelvan causas pautadas en la discapacidad y velar para que su legislación y el modo de aplicación de la misma sean acordes con la obligación del Estado de asegurar que la ley no tenga el propósito de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos de las personas con discapacidad. Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Dictamen del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad a tenor del artículo 5 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (noveno período de sesiones) respecto de la Comunicación n° 1/2010”, *Revista de los contratos, los consumidores y derecho de la competencia*, t. 2013-3, pp. 107-127.

²⁸ A. Acedo Penco, “La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico, breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, n° 18, 2000, pp. 302-303.

²⁹ K. Rick Danilevicz Bertoncello, “Os efeitos da publicidade na ‘vulnerabilidade agravada’: ¿como proteger as crianças consumidoras?”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 90, 2013, pp. 75-79. Es interesante recalcar que la especial hipervulnerabilidad de los niños y adolescentes viene en constante aumento, en virtud de la gran cantidad de productos y servicios que son ofrecidos por internet, teléfonos móviles, etc., y que se destinan especialmente a este público. Además, en palabras del sociólogo alemán Zygmunt Bauman, los niños están en una posición central en la sociedad de consumo, que es ocupada por ellos desde muy temprano, y que termina por encuadrarlos en los nuevos patrones excluyentes de conducta, impuestos por el mercado. Estas imposiciones fragilizan al público infante y lo transforma en un blanco fácilmente alcanzable. Para el autor, desde que aprenden a escribir, o quizá antes de esto, la “dependencia de los locales” ya se instala en los niños. Bombardeados desde todos lados por sugerencias de que necesitan este o aquel producto vendido en un determinado local para ser el tipo adecuado de persona, o alguien capaz de cumplir con su deber social y ser visto haciendo precisamente esto, se sienten inadecuados, deficientes y por debajo del estándar si no pudieren atender prontamente al llamado. Z. Bauman, *Vida líquida*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 2007, p. 146.

³⁰ Respecto al consumidor anciano, se ha destacado que en el campo contractual es donde se nota su intensa vulnerabilidad ante el proveedor, de allí que se hable de “hipervulnerabilidad” como un paradigma a adoptarse para la protección del individuo más débil. C. Heineck Schmitt, “A ‘hipervulnerabilidade’ do consumidor idoso”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 70, 2009, p. 151. En el mismo sentido, se ha sostenido que el anciano es un consumidor que tiene más de 60 años y que posee una vulnerabilidad potencializada. C. Lima Marques, “Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso”, en: I. Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 194. Luego, este consumidor pertenece a una categoría jurídica en la cual se debe presumir la existencia de un sumatorio de vulnerabilidades. B. Graeff, “Direito do consumidor idoso no Brasil”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 86, 2013, p. 68.

³¹ Respecto a la necesidad de reconocimiento de la hipervulnerabilidad del consumidor analfabeto en el mercado de consumo, ver: C. Lima Marques, “Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos”, *Revista de direito do consumidor*, n° 95, 2014, pp. 99-142. Es dable referir que la autora también apunta a la existencia de un nuevo tipo de excluido de la sociedad de consumo e información: el analfabeto digital. C. Lima Marques, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.

³² R.L. Lorenzetti, “La relación de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor”, en: R.L. Lorenzetti / G.J. Schötz (coords.), *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, p. 78.

³³ Sobre el tema ver C. Lima Marques, *Observaciones y propuestas sobre las reglas generales y el campo de aplicación del proyecto de Convención interamericana de derecho internacional privado sobre la ley aplicable a algunos contratos de consumo de Brasil*, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/art1consideracionesgenerales4-env_lima_marques.pdf, consultado el 20/4/2015.

³⁴ También la jurisprudencia viene adoptando el concepto de hipervulnerabilidad del consumidor. Véase este trecho de la decisión del STJ, de Brasil: “Los ‘hipervulnerables’ (...) son aquellos que, exactamente por constituir una minoría y ser a menudo discriminados o ignorados, más sufren con la masificación del contrato y con la ‘pasteurización’ de las diferencias que caracterizan y enriquecen la sociedad moderna (...). Ser diferente o ser minoría, por enfermedad o por cualquier otra razón, no significa ser menos consumidor, ni menos ciudadano, tampoco ser merecedor de derechos de segunda clase o de protección solamente retórica del legislador”. STJ. SEGUNDA TURMA. Recurso Especial n° 586.316/MG. “*Ministério Público do Estado de Minas Gerais c/ Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABLA*”, Min. Ponente Antonio Herman Benjamín, juzgado el 17/4/2007, publicado en: *DJe*, el 19/3/2009. Disponible en: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=683195&num_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF, consultado el 22/7/2016.) Traducción propia.

³⁵ Lima Marques considera que los consumidores sobreendudados también son hipervulnerables. C. Lima Marques (nota 32). Para desarrollar una forma de protección a estos consumidores, en 2011, la *Consumers International* aprobó una ley modelo sobre insolvencia familiar. Su texto completo puede ser visto en: <http://www.consumersinternational.org/media/880967/texto%20ley%20modelo%20final%206%20de%20diciembre.pdf>, consultado el 3/2/2015.

³⁶ C. Lima Marques / B. Miragem, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 188-189; R. Densa / A. Mamoru Nishiyama, “A proteção dos consumidores hipervulneráveis. Os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes”, en: C. Lima Marques / B. Miragem (orgs.), *Direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. Doutrinas Essenciais*, vol. II, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 431-461.

³⁷ Para la doctrina, la hipervulnerabilidad del consumidor portador de deficiencia física se encuentra justamente en la dificultad que tiene en el acceso a los bienes de consumo. Su integración social depende de la facilitación de su desplazamiento a los locales de consumo, sin necesitar de la dependencia de terceros. R. Densa / A. Mamoru Nishiyama (nota 35), p. 438. Añado a la observación de los autores la dificultad del consumidor no vidente, que necesita, mucho más que los demás consumidores, confiar plenamente en el proveedor para adquirir el producto o servicio que desea y/o necesita. En este sentido, ver reciente fallo del STJ, de Brasil, que condenó institución bancaria a redactar los contratos de adhesión en braille, para atender a las dificultades de acceso a la información de los consumidores no videntes, *in verbis*: STJ. TERCERA TURMA / Recurso especial n° 1.315.822/RJ. “*Banco do Brasil S/A c/ Associação Fluminense de Amparo aos Cegos*”. Min. Ponente Marco Aurélio Bellizze. Juzgado el 24/3/2015. Publicado en: *DJe*, el 16/4/2015. Disponible en: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1394865&num_registro=201200593220&data=20150416&formato=PDF, consultado el 23/7/2016.

³⁸ C. Lima Marques / B. Miragem (nota 35), p. 189.

³⁹ B. Miragem, *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 64.

⁴⁰ Con relación a los infantes hay que tener en cuenta, para fines de regulación del mercado de consumo, la necesidad de efectivizar el principio del mejor interés del niño, previsto en instrumentos internacionales y en los textos constitucionales de los Estados mercosureños.

⁴¹ Respecto al tema de los enfermos, es interesante traer a colación la otra parte del fallo emitido por el STJ de Brasil, al cual ya hice alusión oportunamente, en donde, el Ministro Antonio Herman Benjamín, al analizar el caso de un consumidor celíaco, dejó sentado que: “17. En el campo de la salud y de la seguridad del consumidor (y con mayor razón con relación a los alimentos y medicamentos), en el cual las normas de protección deben ser interpretadas con mayor rigor, por causa de los bienes jurídicos involucrados, sería un despropósito hablar de deber de informar basado en el *homo medius* o en la generalidad de los consumidores, lo que llevaría a que la información no alcance a quien más de ella necesita, pues los que padecen de enfermedades o de necesidades especiales son frecuentemente la minoría en el amplio universo de los consumidores. (...) 20. El proveedor tiene el deber de informar que el producto o servicio puede causar maleficios a un grupo de personas, aunque no sea perjudicial a la generalidad de la población, pues lo que el ordenamiento pretende resguardar no es solamente la vida de muchos, sino también la vida de pocos.” (STJ, SEGUNDA TURMA, Recurso especial n° 586.316/MG. “*Ministério Público do Estado de Minas Gerais c/ Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABLA*”. Min. Ponente Antonio Herman Benjamín. Juzgado el 17/4/2007, publicado en: *DJe*, el 19/3/2009. Disponible en: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=683195&num_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF, consultado el 22/7/2016.) Traducción propia.

⁴² Según el artículo referido: “Planes educativos. Incumbe al Estado nacional, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las provincias y a los Municipios, la formulación de planes generales de educación para el consumo y su difusión pública, arbitrando las medidas necesarias para incluir dentro de los planes oficiales de educación inicial, primaria, media, terciaria y universitaria los preceptos y alcances de esta ley, así como también fomentar la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y usuarios y la participación de la comunidad en ellas, garantizando la implementación de programas destinados a aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa, tanto en zonas rurales como urbanas.” (Artículo sustituido por art. 30 de la Ley n° 26.361.) El destacado me pertenece.

⁴³ Ley publicada en el Boletín oficial de la República Argentina, n° 31.756, el 10/10/2009, pp. 1 ss. Entró en vigencia el 18/10/2009.

⁴⁴ Es interesante destacar que la Comunicación “A” n° 5.460 del Banco Central de la República Argentina, del 19/7/2013, sobre Protección de los Usuarios de Servicios Financieros, dispone en su art. 2, apartado 2, sobre los casos especiales de usuarios que necesitan de mayor protección, que serían las personas con movilidad reducida, deficiencias motrices o dificultades de acceso y/o permanencia en los puntos de atención al usuario y las personas con dificultades visuales. A ellos se les debe conceder prestaciones especiales y atención prioritaria en los bancos del país. Ver el texto de la norma, que entró automáticamente en vigencia, en: <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A5460.pdf>, consultado el 05/08/2015.

⁴⁵ Dicta el art. 15: “Información para personas vulnerables. El proveedor de productos o servicios alimenticios, está obligado a proporcionar información: a) de alimentos que causen daños o riesgos a la salud de las mujeres gestantes, al embrión, al feto o al recién nacido, adultos mayores

y personas con discapacidad; b) sobre los beneficios de la leche materna; c) de los daños o riesgos a la salud de las niñas, niños y adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad”.

⁴⁶ Dicta el párrafo referido: “es abusiva, entre otras, la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, la que incite la violencia, explote el miedo o la superstición, se aproveche de la falta de juicio y experiencia de los niños, desprecie valores ambientales, o que sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad” (Traducción propia).

⁴⁷ Determina el art. 39: “está prohibido al proveedor de productos o servicios, entre otras prácticas abusivas (...) IV - aprovecharse de la debilidad o ignorancia del consumidor, teniendo en cuenta su edad, salud, conocimiento o condición social, para imponerle sus productos o servicios”. (Traducción propia).

⁴⁸ Conforme el artículo referido: “queda prohibida la publicidad abusiva, entendida como aquella de carácter discriminatorio de cualquier naturaleza, o que incite a la violencia, explote el miedo, se aproveche de la falta de madurez de los niños, infrinja valores medioambientales o sea capaz de inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

⁴⁹ Respecto al reconocimiento de la especial debilidad del consumidor, es interesante mencionar el caso de Perú, Estado Asociado al MERCOSUR. El país, en su código de protección y defensa del consumidor, determina, en el art. VI, numeral 4, que entre las políticas públicas establecidas, “el Estado reconoce la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo, orientando su labor de protección y defensa del consumidor con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza”.

⁵⁰ Con relación a lo expuesto, es dable señalar que para que se concrete el principio de igualdad entre los ciudadanos, en este caso, entre los consumidores, la ley debe garantizar una igualdad jurídico-material, donde debe tratarse de forma equivalente a aquel que es igual y garantizarle un tratamiento desigual a aquel que no lo es. Ver J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 426-428. Esta máxima, bastante conocida y aplicada en la teoría constitucional, sirve de apoyo para justificar la necesidad de existencia de una previsión legal que permita un trato diferenciado al consumidor especialmente hipervulnerable, como medida de protección brindada por el Estado. De este modo, el Estado, sea por medio de reglas internas o convencionales, estaría compensando las desigualdades fácticas generadas por las condiciones que son peculiares a cada grupo de consumidores, buscando, así, alcanzar un resultado más cercano a una zona de equilibrio entre las partes involucradas en la relación internacional de consumo. De allí la necesidad del establecimiento de un *status* diferenciado para el individuo que presenta una vulnerabilidad agravada en el mercado de consumo.

⁵¹ En sentido contrario, incluso reconociendo la existencia de diferencias entre los diversos grupos de consumidores, Rubén Stiglitz destaca que es necesario que la ley ofrezca la misma protección a todos ellos, sin establecer un *plus* de tutela al consumidor especialmente hipervulnerable. En palabras del autor: “acontece que existe una gran diversidad de consumidores, desde los que son suficientemente agudos, perspicaces, conocedores, informados, astutos y avispados

para defenderse eficazmente, hasta los que, contrariamente, son particularmente confiados, incautos, crédulos y vulnerables. La respuesta es, en principio, positiva, lo que significa que se debe suministrar a todos la misma protección. El derecho del consumo protege, indistintamente, a todos los consumidores. La presunción de debilidad es irrefragable. Tener en cuenta aptitudes particulares de cada consumidor suscitara litigios sin fin y restaría eficacia al derecho de los consumidores”. R.S. Stiglitz, “La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, t. 2012-C, p. 1303. Como se puede verificar, el autor basa su negativa en la conducta del consumidor y no en sus condiciones o características especiales.

⁵² Respecto a las personas portadoras de necesidades especiales, a fin de calificar lo que debe entenderse por tales, es necesario recurrir al concepto amplio dispuesto en el art. 1º de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, antes referida, según el cual “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

⁵³ A. Amaral Júnior (nota 8), p. 103.

⁵⁴ Por ejemplo, la Directiva nº 2005/29/CE, en sus considerandos, para determinar diferentes conductas como prácticas engañosas, determina que: “es adecuado incluir en la lista de prácticas que se consideran desleales en cualquier circunstancia una disposición por la cual, sin prohibir totalmente la publicidad dirigida a los niños, los proteja frente a exhortaciones directas a comprar. (...) Cuando determinadas características como la edad, una dolencia física o trastorno mental o la credulidad hagan que los consumidores sean especialmente sensibles a una práctica comercial o al reducto correspondiente y, con toda probabilidad, únicamente el comportamiento económico de tales consumidores sea susceptible de distorsión merced a la práctica en cuestión en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, debe garantizar que estén adecuadamente protegidos, para lo cual es necesario que la práctica se evalúe desde la perspectiva de un miembro medio de este grupo”.

⁵⁵ En el ítem nº 60 de las Conclusiones del abogado general Dr. Melchior Wathelet, presentadas el 14/11/2013, se ve la importancia que aún hoy tiene el uso de la noción de consumidor medio en la UE: “(...) al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos. A la luz de dicha elección, puede no tratarse necesariamente del mismo consumidor medio para toda la Unión. Por ello, dado que ‘la prueba del consumidor medio no constituye una prueba estadística’, ‘los tribunales y las autoridades nacionales tendrán que ejercer su propia facultad de juicio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso determinado’”. Ver TJ/UE. Asunto C-609/12, “*Ehrmann AG c/ Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*”, juzgado el 10/04/2014. Publicado en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150787&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=621283>, consultado el 10/7/2016.) Es interesante destacar que la primera vez que fue utilizada la noción de consumidor medio en el Tribunal de Justicia de la UE fue en la sentencia “*Mars*”, del 11/11/1993. Ver: J.C. Villalba Cuellar, *Introducción al derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2012, p. 70. En el mismo sentido, el Reglamento (UE) nº 1.924/2006,

sobre las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos (publicado en: *Diario oficial de la Unión Europea*, nº L404/9, el 30/12/2006 y en vigor desde el 19/01/2007) acoge la orientación del TJ/UE, destacando en sus considerandos que “el presente reglamento con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos, según la interpretación que de este concepto ha hecho el Tribunal de Justicia”.

⁵⁶ En el bloque, hay un proyecto de Acuerdo sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo, que se ocupa del consumidor transfronterizo común, sea él activo o pasivo. Sobre las diferentes versiones del proyecto y su estancamiento, ver L. Klein Vieira, “El Proyecto de Acuerdo del MERCOSUR sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo”, *Revista de direito do consumidor*, nº 99, 2015, pp. 159-181.

⁵⁷ Conforme Ciuro Caldani, “como en todos los casos de protección para construir un régimen justo, hay que ‘fortalecer’ a los propios individuos consumidores y ‘debilitar’ al régimen y a los proveedores en tanto pueden agredirlos, aunque en el tiempo actual se debe tener en cuenta que el régimen puede ser incluso un instrumento del poder de los grandes proveedores”. M.A. Ciuro Caldani, “La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo”, *Investigación y docencia*, nº 28, 1997, p. 36. Resaltado en el original y entrecorrido simple nuestro.

⁵⁸ C.A. Hernández (nota 20), p. 378.

⁵⁹ Tomé la referencia a este limitador temporal del “Estatuto del anciano”, Ley nº 10.741, del 01/10/2003, publicada en el *Diario Oficial de la Unión (D.O.U)*, el 03/10/2003, p. 1 ss., art. 1º, vigente en Brasil desde el 01/01/2004. La ley mencionada justifica el límite señalado a partir de las orientaciones de Naciones Unidas que determinan ser anciano la persona mayor de 65 años, en países desarrollados y mayor de 60 años, en países en desarrollo. Sobre el tema, ver World Health Organization, *Active Ageing. A Policy Framework. A Contribution of the World Health Organization to the second United Nations World Assembly on Aging*, Madrid, 2002, disponible en: http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/who_nmh_nph_02.8.pdf, consultado el 20/7/2016.)

⁶⁰ Elegí esta edad, en virtud de la calificación de niño o persona no adulta, contenida, respectivamente, en el art. 1º de la Convención sobre los derechos del niño, del 20/11/1989 (disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, consultado el 10/08/2016. En vigor desde el 2/9/1990 – art. 49) y 2º de la Convención sobre la protección internacional de los adultos, del 13/01/2000 (disponible en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=71, consultado el 10/08/2016. En vigor desde el 01/01/2009).

⁶¹ R. Carvalho de Vasconcelos, “Soberania, direitos humanos e a finalidade do direito internacional privado”, en: J.A. Moreno Rodríguez / C. Lima Marques (coords.), *Los servicios en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre / Asunción, Gráfica e Editora RJR, 2014, pp. 337-371.

⁶² Este sería un nuevo patrón axiológico a ser empleado por el sistema conflictual, pautado en la protección de la persona humana y en el reconocimiento de sus diferencias. Sobre el tema, ver J.D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, pp. 22-23.

V. Bibliografía

- Acedo Penco, A., “La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico, breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, n° 18, 2000.
- Amaral Júnior, A., *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- Bauman, Z., *Vida de Consumo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Bauman, Z., *Vida Líquida*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 2007.
- Benjamin, A.H., “A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos”, en: C.L. Marques / B. Miragem (orgs.), *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Doutrinas Essenciais*, vol. I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- Carvalho de Vasconcelos, R., “Soberania, direitos humanos e a finalidade do direito internacional privado”, en: J.A. Moreno Rodríguez / C. Lima Marques (coords.), *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre / Asunción, Gráfica e Editora RJR, 2014.
- Ciuro Caldani, M.A., “La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo”, *Investigación y Docencia*, n° 28, 1997.
- Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a tenor del artículo 5 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (noveno período de sesiones) respecto de la Comunicación n° 1/2010”, *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, t. 2013-3.
- Densa, R. / Mamoru Nishiyama, A., “A proteção dos consumidores hipervulneráveis. Os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes”, en: C. Lima Marques / B. Miragem (orgs.), *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. Doutrinas Essenciais*, vol. II, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- Efnng, A.C., “El reconocimiento jurídico de la vulnerabilidad del consumidor como factor de cambio social”, *El Otro Derecho*, n° 39, 2008.
- Fellous, B.E., *Proteção do Consumidor no MERCOSUL e na União Européia*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- Ghersi, C.A., “La historia socioeconómica y cultural del consumo”, en: C.A. Ghersi (dir.), *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.
- Gomes Canotilho, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- González Campos, J.D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 287, 2000.
- Graeff, B., “Direito do consumidor idoso no Brasil”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 86, 2013.
- Heineck Schmitt, C., “A ‘hipervulnerabilidade’ do consumidor idoso”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 70, 2009.
- Heineck Schmitt, C., *Consumidores Hipervulneráveis. A Proteção do Idoso no Mercado de Consumo*, São Paulo, Atlas, 2014.
- Hernández, C.A., “Reflexiones sobre el derecho del consumidor (a propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani)”, en: A.A. Alterini / N.L. Nicolau (dirs.), *El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- Kemelmajer De Carlucci, A., “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, en: R. S. Stiglitz (dir.), *Suplemento Especial. Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- Klausner, E.A., “Jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no Mercosul – sugestões para a reedição do Protocolo de Santa Maria”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 54, 2005.
- Klausner, E.A., “Reflexões sobre a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo”, en: C. Tibúrcio / L.R. Barroso (orgs.), *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- Klausner, E.A., *Direito Internacional do Consumidor. A Proteção do Consumidor no Livre-comércio Internacional*, Curitiba, Juruá, 2012.
- Klein Vieira, L., “El Proyecto de Acuerdo del MERCOSUR sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 99, 2015.
- Lima Marques, C. / Miragem, B., *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Lima Marques, C., "Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos", *Revista de Direito do Consumidor*, n° 95, 2014.

Lima Marques, C., "Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de 'ações afirmativas' em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso", en: I. Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

Lima Marques, C., *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Lima Marques, C., *Observaciones y Propuestas sobre las Reglas Generales y el Campo de Aplicación del Proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la Ley Aplicable a Algunos Contratos de Consumo de Brasil*. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/art1consideracionesgenerales4-env_lima_marques.pdf, consultado el 20/4/2015.

Lorenzetti, R.L., "La relación de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor", en: R.L. Lorenzetti / G.J. Schötz (coords.), *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Ábaco, 2003.

Miragem, B., *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Mosset Iturraspe, J. / Lorenzetti, R.L., *Defensa del Consumidor, Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1993.

Nicolau, N.L., "La autonomía de la voluntad como factor de resistencia a la tipicidad en el sistema de derecho privado argentino", *El Derecho*, t. 163, 1995.

Nicolau, N.L., "La protección del consumidor argentino en la economía de mercado frente a empresas transnacionales", en: *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013.

Perugini Zanetti, A., "Derecho internacional privado del consumidor", en: *XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado*, Rosario, 2005.

Rick Danilevicz Bertoncetto, K., "Os efeitos da publicidade na 'vulnerabilidade agravada': como proteger as crianças consumidoras?", *Revista de Direito do Consumidor*, n° 90, 2013.

Stiglitz, R.S., "La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley*, t. 2012-C.

Villalba Cuellar, J.C., *Introducción al Derecho del Consumo*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2012.

Vítolo, D.R., "Personas afectadas por una discapacidad y los derechos del consumidor de servicios financieros y bancarios. Una mirada transversal", *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, t. 2013-3.

World Health Organization, *Active Ageing. A Policy Framework. A Contribution of the World Health Organization to the second United Nations World Assembly on Aging*, Madrid, 2002. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/who_nmh_nph_02.8.pdf, consultado el 20/7/2016.

Resumen

En el contrato de hoy la voluntad de las partes sigue siendo necesaria pero no resulta suficiente. A su lado debe considerarse el equilibrio contractual, tanto desde el punto de vista de la prestación, como desde el punto de vista de las partes. De tal manera si entre las partes no hay equilibrio, una parte es fuerte —por su poder económico o por la información que posee— y la otra débil—independientemente de su consideración como consumidor— el ordenamiento debe intervenir para restablecer el equilibrio. Con estas breves líneas queremos plantear los problemas que generan los contratos no bilateralmente negociados, aquellos en los que una parte impone y la otra acepta, pero que, objetivamente no pueden ser calificados como contratos de consumo.

Sumario

- I.** El rol de la voluntad en el contrato de hoy.
- II.** Contratos no bilateralmente negociados.
 - 1. La protección a través del concepto de consumidor.
 - 2. La protección del cliente.
- III.** Los contratos no bilateralmente consentidos.
¿Cuál es la regulación más eficiente?
- IV.** Una idea final.

Los contratos no bilateralmente negociados: más allá del consumidor

Claudia Madrid Martínez*

I. El rol de la voluntad en el contrato de hoy

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, el rol de la autonomía de la voluntad como fundamento de la fuerza vinculante del contrato ha ido decreciendo. En efecto, tal como lo reseña Caro Gándara, la pérdida de protagonismo de los Códigos y la aparición de leyes sociales condujeron al abandono de la concepción del contrato como realización de la libertad para dar paso a la consideración de su función social. El contrato —continúa la autora haciéndose eco de la opinión de Volpe— constituye una relación obligatoria compleja que va más allá de las meras contraprestaciones entre las partes, y “(...) expresa una ética contractual material que exime al deudor de su obligación en caso de excesiva onerosidad, que busca restablecer el equilibrio material entre las prestaciones y que considera inadmisibles el ejercicio abusivo o antisocial de los derechos”.¹

Además, el siglo XX ha visto al Estado convertirse en otro jugador de la dinámica contractual y ello, desde luego, ha impactado la estructura y contenido del contrato. En efecto, el tránsito del estado de derecho al estado social de derecho ha dejado profundas huellas en las relaciones privadas y, aunque tal como hemos sostenido en otras oportunidades,² la proporcionalidad habría de guiar la intervención del Estado, lo cierto es que su predominio sobre la vida privada es tan importante en nuestros días, que ha provocado una expansión hacia cualquier elemento referente a la organización jurídica que interese directamente a la sociedad estatal, cubriendo de esta manera todas las áreas que, aun no siendo de su competencia directa, representan algún interés vital para él.

Algunos autores atribuyen esta situación a la noción de “socialización”, fenómeno definido como causa y efecto de la creciente intervención de

los poderes públicos en sectores privados y, a la vez, como fruto y expresión de una tendencia natural del hombre a asociarse, para la consecución de objetivos que superan la capacidad y medios de que pueden disponer los individuos aisladamente.³

En el caso de las relaciones contractuales, la socialización se refleja, básicamente, en tres aspectos. El primero referido a la creciente contratación colectiva en detrimento de la contratación individual; el segundo, consecuencia de éste, es la aceleración de los ciclos económicos de producción y, con ello, de bienes y servicios; y, finalmente, la aparición de cláusulas generales de contratación que vienen a determinar el contenido de la relación contractual.⁴

Ahora bien, tradicionalmente, la relatividad de la voluntad en materia contractual se ha manifestado a través de ciertos límites y limitaciones, derivados los primeros de la intrínseca significación de los actos que de ella emanan y, las limitaciones, provenientes de circunstancias externas de carácter político, económico o social.⁵ Los límites encuentran su principal fuente en la ley y en la noción de orden público, figura esta última dirigida a impedir toda clase de actos y negocios jurídicos

que pudieran implicar renunciaciones o relajamientos de ciertos principios considerados como base de nuestra organización política, social, económica o moral, calificados por algunos autores, como la “postulación individualista de un ‘Estado-policía’”.⁶

Tengamos además en cuenta que, en la actualidad, el orden público está llamado a desempeñar una nueva función, en el marco de una política social que ha desechado el individualismo para avocarse a la protección de los débiles jurídicos, categoría especialmente dirigida a designar a los trabajadores, los inquilinos y los consumidores y usuarios, entre otros.⁷

Con el orden público, la intervención estatal no parece obedecer a los elementos intrínsecos del contrato, sino a causas exógenas a él que dependen de la experiencia histórica, con lo cual deja de ser un límite, para convertirse en una limitación. De esta manera, se afirma la tendencia a establecer una ecuación, no siempre exacta, entre la idea de limitación a la libertad contractual y la corrección del desequilibrio que, como una injusta desigualdad entre las partes contratantes, provoca el reconocimiento de una libertad contractual sin límites.⁸ Se hace entonces referencia a un orden público

de dirección, que ordena el sistema económico, y a un orden público de protección, para garantizar los derechos de los más débiles.

Así las cosas, el contrato parece haber perdido la función que tradicionalmente se le había otorgado, de ser el instrumento a través del cual los particulares expresan su fuerza contractual entre ellos, en una relación de recíproca competencia. Ahora la regulación de la relación no nace dentro del contrato, sino que viene dispuesta desde el exterior. El contrato moderno carecería de la libertad e igualdad que alguna vez lo caracterizó.⁹

Para entender el contrato de hoy, tal como afirma Ghestin, es necesario hacer una síntesis de la concepción propiamente jurídica que hace del acuerdo de voluntades su elemento subjetivo esencial, y de la concepción, a la vez ética y económica, deducida de nuestra tradición greco-latina y judeo-cristiana, que hace de lo útil y lo justo las finalidades objetivas del mismo. Así, el contrato representa un equilibrio entre libertad, seguridad y justicia. La voluntad, aunque necesaria para el nacimiento del contrato, se ve desplazada como fundamento de su fuerza vinculante. El contrato es obligatorio porque es útil y es justo.¹⁰

La utilidad, en opinión de Ghestin, ha de apreciarse en sentido social, de manera que el ordenamiento solo protege operaciones socialmente útiles. Por su parte, la justicia contractual ha de entenderse en el sentido de no destruir el equilibrio existente entre los patrimonios, lo que implica que cada una de las partes recibe el equivalente de lo que ha aportado, en una clara referencia a la justicia conmutativa.

Sin embargo, la determinación de lo que es equivalente y, por ello, justo en la dinámica contractual, no resulta sencillo, pues, para empezar, es posible apreciar la equivalencia desde un punto de vista objetivo y desde un punto de vista subjetivo, sin que ambas perspectivas se conciben como absolutamente separadas. Así, tal como afirma Caro Gándara, “La dificultad de determinar el valor objetivo de cada prestación ha llevado a poner de manifiesto cierto carácter subjetivo de su valor de cambio. Partiendo de la idea de que cada una de las partes ha de tener cierto interés por celebrar el contrato, que le hace encontrar en él una utilidad particular, resulta necesario que cada parte pueda racionalmente considerar que mediante la celebración del contrato obtiene una ventaja”.¹¹

Así, hemos de considerar que si bien el consentimiento sigue siendo el punto

de partida de la relación contractual –aunque sea para expresar la aceptación de un clausulado predispuesto por una de las partes–, la verificación de la existencia de un contrato no se limita a la determinación de si hubo o no consentimiento, sino que debe también determinarse si hay un equilibrio entre los intereses contrapuestos de las partes.¹² De hecho, el margen de juego que pueda tener la autonomía de la voluntad dependerá del grado de equilibrio de que gocen las partes en la relación concreta.

Con semejante panorama, difícilmente pueda seguirse hablando del “dogma de la voluntad” en los términos de la doctrina clásica. Por un lado, el derecho ha estructurado remedios para facultar al juez a intervenir la voluntad de las partes e, incluso, para suplirla, a través de reglas de integración de lagunas que le permiten recurrir a la ley, al uso o al indeterminado concepto de equidad. Su intervención se fundamenta, justamente, en el restablecimiento de un equilibrio contractual inexistente –rescisión por lesión– o perdido –imprevisión. Por otro lado, el Estado interviene, sea a través del poder legislativo –intervención *a priori*– sea a través del poder judicial –intervención *a posteriori*– para proteger a la parte débil de la relación contractual.

Se trata, en primer lugar, de proteger el equilibrio objetivo, o la simetría que habría de existir entre las prestaciones de las partes. Esto pasa por determinar el valor objetivo de cada prestación, y pone de manifiesto, paradójicamente, la necesidad de considerar el carácter subjetivo de su valor de cambio, lo cual, al menos en los Estados del *civil law*, depende del complejo concepto de buena fe.¹³ Es la buena fe “(...) la que permite integrar el contenido contractual en su dinámica, según un criterio de justicia, con el fin de reequilibrar las posiciones de los contratantes eventualmente desequilibradas y de impedir lucros injustificados”.¹⁴

En segundo lugar, se protegería también el equilibrio subjetivo, el cual depende de la posición que ocupan las partes en la relación, en función de su poder de negociación. Aparecen entonces relaciones desequilibradas o asimétricas con una parte fuerte y una débil, relaciones en las que la parte fuerte impone sus condiciones y la parte débil se limita a aceptarlas. Se trata, en definitiva, de contratos no bilateralmente negociados.

II. Contratos no bilateralmente negociados

Actualmente, cualquier referencia al contrato pasa, necesariamente, por una distinción estrechamente vinculada

con la igualdad o desigualdad en el poder de negociación de las partes contratantes. En efecto, la forma de regular las negociaciones precontractuales, el deber de información, la interpretación de las cláusulas contractuales, los remedios ante el incumplimiento y, desde luego, los problemas propios del derecho internacional privado, pasa, necesariamente, por la previa determinación de si las partes tienen o no el mismo poder de negociación.

Tal como afirma Roppo, la falta de negociación individual “(...) evidencia que la posición de superioridad en el mercado de una parte, le otorga el poder de imponer unilateralmente las cláusulas contractuales a la otra parte. Éste es el factor de asimetría que nos conduce a ver a la parte que sufre tal imposición unilateral, como la parte débil y por tanto aquella que necesita protección legal”.¹⁵

Ahora bien, la fortaleza o debilidad de las partes, elemento con influencia decisiva en su poder de negociación, puede derivar de su poder económico, de su conocimiento sobre el bien o servicio comercializado o, incluso de su conocimiento jurídico. Aunque estas características suelen recaer concurrentemente sobre el proveedor de bienes y servicios, hay casos en los cuales, las partes tienen un poder

económico similar, pero la información que posee una de ellas desequilibra de alguna manera la relación y la convierte, a pesar de tratarse de una relación aparentemente paritaria o B2B –*Business to Business*–, en una relación definitivamente asimétrica, con un débil jurídico muy particular que también podría necesitar protección, a pesar de no ser propiamente un consumidor.

Pensemos en un ejemplo sencillo, comúnmente recurrido por la doctrina: el usuario del sistema financiero frente al banco. Generalmente la relación bancaria enfrenta al banco, un profesional que presta de manera masiva un servicio para el cual requiere una preparación particular, frente a una comunidad que lo reconoce como tal y que aspira a obtener de él bienes y servicios de calidad y está dispuesta a reclamar en caso contrario, con el usuario de sus servicios, el lego y vulnerable consumidor. Nuestro consumidor podría ser, sin embargo, una gran empresa de construcción con un poder económico similar al del banco que, entre otras cosas le permite pagar servicios jurídicos de calidad, pero que sigue siendo vulnerable respecto de su conocimiento del sector financiero.

Consideremos además que el sector bancario desarrolla una actividad

generalmente sometida al control, vigilancia y supervisión de los órganos del Estado, así como a específicas reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, con el fin de garantizar la tutela del interés colectivo, representado por los derechos de los usuarios del sistema bancario, lo cual torna las relaciones que en él se desarrollan aún más complejas, debido al intervencionismo estatal.

1. La protección a través del concepto de consumidor

Ahora bien, en estos casos, un primer elemento a considerar es el propio concepto de consumidor que, en función de su carácter amplio o restrictivo, puede contribuir a equilibrar la posición de las partes en relaciones contractuales asimétricas, al llamara a la aplicación de las normas sobre protección al consumidor. Nos referimos, en definitiva, a la posibilidad de incluir a las personas jurídicas en el concepto de consumidor.

Esta posibilidad está vedada en Europa, sistema que concibe al consumidor como una persona física que actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional. Concepción que está presente desde el Convenio de Bruselas relativo a la competencia

judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 1968, hoy sustituido por el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I),¹⁶ cuyo artículo 17 se refiere a los contratos en los cuales una persona física –el consumidor– contrate la adquisición de bienes y servicios para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional.

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ratificado que no debe tratarse de personas jurídicas –aunque se trate de asociaciones de protección de consumidores¹⁷– que no estén comprometidas en actividades comerciales o profesionales,¹⁸ de manera que los contratos que tuvieren una doble finalidad, profesional y privada, quedarán excluidos de la aplicación del Reglamento.¹⁹

También el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)²⁰ asume una definición similar, al establecer, en su artículo 6,1, que el contrato de

consumo es “(...) el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (‘el consumidor’) con otra persona (‘el profesional’) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional (...)”.²¹

En Venezuela, por su parte, la definición de consumidor, que ha girado tradicionalmente en torno al concepto de destino final, ha incluido a las personas jurídicas. Sin embargo, hemos de apuntar que, lamentablemente, con la derogatoria de la ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios,²² normativa que regulaba en Venezuela la protección de consumidores y usuarios, y que representaba la continuidad en esta materia desde que, en 1974,²³ se promulgara la primera ley de protección al consumidor,²⁴ también se derogó el concepto de consumidor que había estado presente en el sistema venezolano.

Su sucesor, el decreto con fuerza, valor y rango de ley orgánica de precios justos,²⁵ se limita reconocer una serie de derechos a las personas en el acceso a los bienes y servicios,²⁶ y a establecer sanciones frente a su violación, menoscabo, desconocimiento u obstaculización (art. 47). Por ello, para

analizar lo que había venido siendo la tendencia sobre la materia en Venezuela, haremos algunas referencias a la ley derogada.

La ley derogada, que había sustituido los clásicos términos “consumidor y usuario” por la genérica expresión “personas”,²⁷ destacaba el destino final como elemento característico de las relaciones de consumo, al definir al consumidor en su artículo 4, como “Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiera, utilice o disfrute bienes y servicios de cualquier naturaleza como destinatario final”. Esta norma incluía expresamente a las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor, lo cual parece ser común en América Latina,²⁸ y se debería, en opinión de Lorenzetti, a la llamada “parasubordinación”, es decir, supuestos de pequeñas empresas que no entran en la definición tradicional de consumidor, pero que están en la misma situación fáctica de vulnerabilidad frente a los grandes proveedores de bienes y servicios y que, por ello, requieren de cierta protección por parte del ordenamiento jurídico.²⁹

Ahora bien, el silencio actual de la legislación venezolana no sugiere un cambio en esta concepción, pues la jurisprudencia parece seguir sujeta al

concepto comentado. En efecto, sin entrar en un análisis exhaustivo y sin el auxilio de la doctrina que poco o nada ha dicho al respecto, es frecuente que las decisiones judiciales, incluso las emanadas del Tribunal Supremo, hagan uso de la expresión “destinatario final” o “consumidor final” para referirse a los consumidores y no se ha excluido expresamente a las personas jurídicas.³⁰

Finalmente, resulta conveniente destacar el giro que da, en el ámbito interamericano, el artículo 1 de la Propuesta Buenos Aires, que contiene el proyecto de Convención interamericana sobre derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo,³¹ al definir al consumidor como “(...) cualquier persona física que, frente a un profesional o proveedor de bienes y servicios, actúe con fines personales, familiares o domésticos o que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional o con fines de reventa”. Esta norma, que prefiere inclinarse hacia la línea seguida por el sistema europeo, constituiría sin duda un cambio significativo en el ámbito interamericano, en primer lugar, por preferir el criterio de la no profesionalidad al del destino final predominante en la región; y, en segundo término, al dejar fuera a las personas jurídicas del concepto de consumidor.

2. La protección del cliente

La protección en los casos de relaciones asimétricas en las que la parte débil no pueda ser calificada como consumidor puede lograrse también con la extensión del ámbito de aplicación de las normas sobre protección de consumidores a estos casos. Tal como afirma Roppo, “(...) los consumidores no tienen el monopolio de la necesidad de protección como partes débiles en los contratos con una empresa, sino que esta necesidad también concierne a otros sujetos del mercado (especialmente pequeñas empresas), que padecen al igual que los consumidores, una asimetría en el poder contractual en sus relaciones con partes contractuales más fuertes”.³²

Por tal razón, el propio autor propone extender la protección de los consumidores a los casos de contratos asimétricos, como una manera de intervenir contra las fallas del mercado e introducir en estos “(...) preciosos elementos de justicia/corrección y de racionalidad/eficiencia”.³³ Extensión que, de hecho, ya se ha producido en algunos instrumentos europeos.

Consideremos, por ejemplo, el caso de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo

de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE,³⁴ instrumento que admite, en dos de sus artículos, el 38,2 y el 61,3, que sus disposiciones en materia de protección de los consumidores “(...) se apliquen a las microempresas de la misma forma que a los consumidores”, de manera que su aplicación no pueda excluirse por voluntad de las partes.

En la identificación de las microempresas deberá tomarse en cuenta la definición contenida en el artículo 4.36 de la propia Directiva 2015/2366, norma de conformidad con la cual, se trata de “(...) una empresa que, en la fecha de celebración del contrato de servicios de pago, cumpla las condiciones definidas en el artículo 1 y en el artículo 2, apartados 1 y 3, del anexo de la Recomendación 2003/361/CE”,³⁵ es decir, una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.³⁶

A pesar de estar justificada en el desigual poder de negociación de la

microempresa frente al prestador de servicios de pago, su equiparación con los consumidores, a los efectos de su protección, no parece haber sido bien aceptada por los sistemas europeos. Por ejemplo, en España, la ley 16/2009 de servicios de pago incluye el concepto de consumidor de la Directiva, pero no se refiere a las microempresas. En situación similar se encuentre la *loi relative aux services de paiement* belga. En Alemania, por su parte, la ley sobre supervisión prudencial de los servicios de pago (*Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten – ZAG*) ni incluye el concepto de consumidor ni hace referencia a las microempresas, probablemente debido a la definición de consumidor que, en el § 13 del BGB, limita a las personas físicas la posibilidad de ser calificadas como tales.³⁷

En el caso del Reglamento Roma I podemos también apreciar algo de esta protección en relaciones no bilateralmente consentidas o asimétricas. Tengamos en cuenta que, de acuerdo con su regla general, las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato (art. 3) y que, si éstas no lo eligieren o lo hicieren de manera ineficaz, el propio Reglamento establece una serie de conexiones rígidas para diversos tipos contractuales, la mayoría de las cuales gira en torno al derecho

del lugar donde tiene su residencia la parte que tiene a su cargo la prestación característica (art. 4). Además, este instrumento regula de manera especial los contratos de consumo en su artículo 6, norma que se aleja, por su fin tuitivo, de la regla general y se acerca, más bien, a la aplicación del derecho de la residencia del consumidor.

Pero hay dos soluciones que nos interesan particularmente porque, tal como admite Roppo, están referidas a dos contratos típicamente calificados como B2B, pero que presentan asimetrías: el contrato de franquicia y el de distribución. En efecto, a falta de elección del derecho aplicable, el contrato de franquicia se rige por el derecho del Estado donde el franquiciado tenga su residencia habitual (art. 4.1.e); y el de distribución por el derecho del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual (art. 4.1.f). En estos casos, continúa Roppo, justamente el franquiciado y el distribuidor son las partes débiles y es su debilidad la única justificación para evitar la regla general de favorecer el derecho de la residencia de quien tiene a su cargo la prestación característica.³⁸

También destaca, en el marco del Reglamento Roma I, la regulación de

los contratos de seguros (art. 5) y de los contratos de transporte (art. 7), a través de normas que tendrían aplicación preferente sobre la regulación general de los contratos de consumo. En ambos casos, el objetivo es proteger a quien contrata el transporte o el seguro, independientemente de su condición de consumidor. Se trata, en palabras de Roppo, de contratos B2C –*Business to Client*– en los cuales la protección no se centra ya en el consumidor sino en el cliente.³⁹

La extensión de las normas sobre protección de los consumidores a otras partes débiles ha sido incluso reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, en una decisión de 20 de septiembre de 2001, en el caso “*Courage*”,⁴⁰ el tribunal admitió la posibilidad de que en un contrato entre dos empresas, una de ellas pueda hallarse “(...) en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición”.

III. Los contratos no bilateralmente consentidos. ¿Cuál es la regulación más eficiente?

Cuando los contratos no bilateralmente consentidos tienen carácter internacional, la aproximación a su regulación puede darse desde la perspectiva material, desde la perspectiva conflictual o en una conjunción de ambas.

El caso europeo nos muestra con claridad una interacción de ambos métodos. En efecto, la Unión Europea ha adoptado, por una parte, una serie de resoluciones, recomendaciones, directivas y decisiones,⁴¹ a través de las cuales se busca proteger la salud, seguridad y bienestar económico de los consumidores, garantizando el derecho a la información y la educación de sus consumidores y usuarios, contribuyendo a proteger sus intereses y animándolos a crear sus propias organizaciones de consumidores.⁴² Protección que, como hemos afirmado *supra*, se extiende en ciertos casos a algunos contratos no bilateralmente negociados. A esta regulación material, se unen normas conflictuales especiales que giran en torno a la aplicación del derecho de la residencia de la persona que requiere protección.

En nuestra opinión, no obstante, el éxito de la Unión Europea en materia

de protección de partes débiles se debe más a la regulación material que a la conflictual, aunque de cierta manera la primera dependa de la segunda. Así, si el débil de la relación tiene su residencia en la Unión Europea tiene garantizados sus derechos conforme al ordenamiento material de que se trate. Por ello –ya lo destacaba Lima Marques– el consumidor europeo preferirá el bien comercializado o el servicio prestado en su propio Estado o en la Unión Europea, de manera de poder litigar de forma accesible y hacer efectivos sus derechos materiales de consumidor europeo.⁴³

Sin embargo, preferir *a priori* el derecho de la residencia habitual del débil sugiere que éste es el sistema que mejor le protege, lo cual no necesariamente es así. Ya Pocar ha advertido que tal criterio puede resultar contraproducente en el caso del consumidor, pues en algunas ocasiones, a la vez que el derecho impuesto por el proveedor puede ser más beneficioso para éste que el de su residencia habitual,⁴⁴ y a semejante conclusión solo puede llegar el juez después de analizar el caso concreto.

En el ámbito interamericano, por el contrario, a pesar de los intentos⁴⁵ y de las soluciones introducidas por recientes normas estatales, en el ámbito de la codificación convencional interamericana nos encontramos aún

frente a un silencio importante en materia de relaciones internacionales de consumo y, más aún, de relaciones no bilateralmente negociadas. Los sistemas internos deben trabajar con las normas de derecho internacional privado diseñadas para contratos paritarios y con las normas de consumo diseñadas para contratos domésticos, generalmente signadas por una fuerte dosis de orden público.⁴⁶

La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDACI)⁴⁷ nada establece al respecto y algunos incluso consideran que, ante semejante laguna, hubiera sido mejor excluir los contratos de consumo de su ámbito de aplicación,⁴⁸ sobre todo considerando el éxito de la norma especial del entonces vigente Convenio de Roma, modelo seguido por el codificador interamericano.⁴⁹ Además, consideremos que la Convención interamericana está diseñada para regular los contratos paritarios, y ante su silencio podría resultar aplicada a un contrato no bilateralmente negociado, con todas las consecuencias que una aceptación tan amplia de la autonomía conflictual acarrearía en estos supuestos.

Ante este panorama, no queda más que recurrir a las normas de aplicación necesaria para proteger a las partes

débiles, limitando *a priori* el juego de las conexiones generales, especialmente, de la autonomía conflictual, de manera de no arriesgarse a la aplicación de un derecho extranjero desfavorable para el consumidor.

En efecto, a semejanza de lo que ocurre en el derecho interno, en derecho internacional privado la autonomía de las partes puede convertirse en un elemento que contribuya al desequilibrio existente entre éstas. Así, este factor de conexión, cuyas bondades han sido universalmente reconocidas en materia de contratos internacionales, muestra su peor rostro frente al débil jurídico, facilitando su sometimiento a un derecho que suele ser más favorable para el fuerte y resultando incluso en algunas ocasiones totalmente desconocido para él.⁵⁰ Si ambas partes no tienen el mismo poder de negociación, el derecho aplicable podría resultar en una imposición del fuerte al débil, quien no tendría más remedio que aceptarla.⁵¹

Ahora bien, esta restricción de la autonomía conflictual representa, de alguna manera, una proyección del derecho material sobre el derecho internacional privado, de manera que tal como las normas materiales protectoras de consumidores, o de débiles jurídicos en general, excluyen toda capacidad

negociadora de las partes, las normas de conflicto que indican el derecho aplicable a los contratos internacionales concluidos con consumidores harían lo propio con la autonomía conflictual.⁵² Neuhaus pone de manifiesto ese paralelismo al afirmar que si las partes tienen autonomía material, puede haber autonomía en derecho internacional privado; mas, si las partes no tienen autonomía material porque una de ellas es estructuralmente más fuerte y otra más débil, entonces la autonomía de las partes pierde su sentido como factor de conexión principal. En estos casos no hay verdadera libertad material y no puede haberla desde el punto de vista conflictual.⁵³ Y este razonamiento, debemos añadir, no se limita a los contratos de consumo, sino que ha de extenderse a todos los contratos no bilateralmente consentidos.

Basedow anota también una razón económica para limitar la autonomía conflictual en estos casos: los costos prohibitivos generados por la información y comprensión de los distintos ordenamientos jurídicos vinculados al caso. Si bien estos costos podrían justificarse desde el punto de vista de la parte fuerte, para quien, generalmente, la estandarización de sus relaciones lleva a considerar su efecto masivo a la hora de determinar el derecho aplicable, esta

característica no se materializa del lado del débil —sea un consumidor o una microempresa. En efecto, para estos suele tratarse de una relación aislada, no equiparable a transacciones análogas, con lo cual serían impagables los costos de información y consejo legal, con relación a cada una de ellas.⁵⁴

Ahora bien, el recurso a las normas de aplicación necesaria supone —en opinión de Lima Marques— un fundamento simplista a la aplicación de la *lex fori*, que no brinda una respuesta oportuna ni suficiente. No es oportuna, pues no promueve la armonía de soluciones y acaba por aumentar las tensiones propias del comercio internacional. No es suficiente porque deja desamparada a buena parte de los consumidores nacionales. El turista o el consumidor, que adquiere un bien o servicio por teléfono o vía internet, no tiene conciencia precisa del derecho que debe aplicarse a su relación, ni de sus derechos o garantías materiales.⁵⁵

Sin embargo, ésta parece ser la única herramienta de que dispone, por ejemplo, un juez venezolano para atemperar los rigores de la voluntad conflictual en los contratos con consumidores, dificultada en su aplicación, por la ya comentada derogatoria de las normas sobre protección de los consumidores en el

derecho interno. Ante un caso semejante, corresponderá al juez atender al mandato establecido expresamente en el artículo 117 de la Constitución de la República,⁵⁶ desoído por el legislador de garantizar el derecho de todas las personas a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno.

Así, sobre la base de esta norma y de los derechos escuetamente enunciados por la Ley orgánica de precios justos, el juez ha de ir más allá de las sanciones favorables al Estado establecidas por la ley, y garantizar una verdadera y adecuada protección a los consumidores, incluso en los casos en que la relación se encuentre, por obra del sistema venezolano de derecho internacional privado, sometida a un ordenamiento jurídico extranjero.

IV. Una idea final

A través de este breve recorrido, que más que ofrecer respuesta busca plantear interrogantes, es una invitación a repensar la concepción del contrato y el rol de la voluntad en esa concepción. La voluntad sigue siendo necesaria pero no suficiente para entender y regular el contrato de

hoy. La posición de las partes —una frente a la otra— resulta fundamental.

Los diversos ordenamientos jurídicos han diseñado fórmulas de intervención del Estado en situaciones particulares, como ocurre en el caso de los consumidores, tanto desde el punto de vista material como desde el punto de vista del derecho internacional privado. Sin embargo, hay relaciones que sin involucrar a consumidores también requieren cierta atención particular, situaciones que enfrentan a un fuerte —económicamente o por la información que posea— y a un débil que, sin ser consumidor, requiere protección.

¿Cómo lograr esa protección? Tal como ha ocurrido en materia de consumidores, los diversos Estados han organizado su sistema a través de normas conflictuales especiales, limitando la autonomía conflictual o estableciendo normas de aplicación necesaria. Algo similar podría ocurrir en el caso de los contratos no bilateralmente negociados. Lo que en todo caso resulta necesario, es entender que incluso dentro de los contratos B2B hay asimetrías que pueden traducirse en abusos e imposiciones por parte de quien detenta una posición de fortaleza en el contrato y que, frente a ella, la parte débil requiere protección.

* Doctora en Ciencias Mención Derecho, *Magister Scientiarum* en Derecho internacional privado y comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora Asociado en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universität zu Köln, 2012-2014.

¹ R. Caro Gándara, “En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional”, en: S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2º ed., Universidad de Granada, Civitas / Thomson Reuters, 2013, pp. 53 ss., especialmente p. 75. La autora cita a E. Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Roma Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, pp. 23 ss.

² C. Madrid Martínez, “La libertad contractual: su lugar en el derecho venezolano de nuestro tiempo”, en: C. Madrid Martínez (ed.), *Derecho de las obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, pp. 105 ss.

³ L. Legaz y Lacambra, *Socialización*, Madrid, Civitas, 1964, pp. 10-11.

⁴ E. Lalaguna Domínguez, *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 1993, pp. 54-55.

⁵ Distinción tomada en E. Lalaguna Domínguez (nota 4), p. 48.

⁶ J. Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 4º ed. corregida y ampliada, Serie Estudios n° 61, 2006, p. 22.

⁷ Así lo reconoce M. Albaladejo, *Compendio de derecho civil*, 10º ed., Barcelona, Bosch, 1997, p. 196.

⁸ E. Lalaguna Domínguez (nota 4), p. 52.

⁹ El contrato es un momento del proceso productivo, en el cual se realiza la transformación del producto en términos monetarios, el resultado de reacciones psicológicas en el cual la intensidad de la necesidad depende de la fuerza del estímulo, y éste, en muchos, casos es fruto de la propaganda. Ver N. Scannicchio citado por J.L. Lacruz Berdejo, *Manual de derecho civil*, 2º ed., Barcelona, Librería Bosch, 1984, p. 610.

¹⁰ J. Ghestin, “Le contrat en tant qu'échange économique”, *Revue d'économie industrielle*, 2000, 92, n° 1, pp. 81 ss., especialmente pp. 84 y 91.

¹¹ R. Caro Gándara (nota 1), p. 92.

¹² N. Scannicchio, “Il perfezionamento del contratto nel Diritto privato europeo”, en: N. Lipardi (cur.), *Trattato di Diritto privato europeo*, vol. III, 2º ed., Padova, 2003, pp. 134 ss., especialmente p. 135.

¹³ R. Caro Gándara (nota 1), p. 92.

¹⁴ Cardilli citado en: M. Neme Villareal, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 228.

¹⁵ V. Roppo, “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”, *Revista de derecho privado*, 2011, n° 20, pp. 117 ss., especialmente p. 206.

¹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:es:PDF>. Este Reglamento, que entró en vigencia el 10/01/2015, sustituyó al Reglamento 44/2001 y, al menos en esta materia, no aporta cambios sustanciales (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20070101:ES:PDF>).

¹⁷ TJCE, Asunto C-89/91, 19/01/1993, “*Shearson Lehman Hutton Inc. c. TVB Treuhandgesellschaft*”.

chaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbHP, en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97667&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3558670>. En sentido similar: TJCE, Asunto C-167/00, 01/10/2002, “*Verein für Konsumenteninformation c. Kerl Heinz Henke!*”, en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47727&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3558039>.

¹⁸ TJCE, asunto C-89/91, citado en nota 25; TJCE, asunto C-269/95, 03/07/1997, “*Franco Benincasa c. Dentalkit S.R.L.*”, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=43682&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3559054>.

¹⁹ “(...) en el caso de los contratos con doble finalidad, no es necesario que el uso del bien o del servicio con fines profesionales sea preponderante para que no sean aplicables los artículos 13 a 15 de dicho Convenio”. Ver TJCE, Asunto C-464/01, 20/01/2005, “*Johann Gruber c. Bay Wa AG*”, en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49857&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3559235>.

²⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>.

²¹ Comentando esta norma, Martiny estima que no queda claro si la determinación de lo que se considera ajeno a la actividad comercial o profesional del consumidor depende de elementos objetivos (propósitos perceptibles) o subjetivos (voluntad de las partes). En efecto, la voluntad unilateral del beneficiario no parece un elemento suficiente, puesto que puede no ser perceptible para la otra parte. Lo recomendable es, en su opinión, atender en primer lugar a la voluntad expresa de las partes y, en ausencia de ésta, deberá considerarse la perspectiva del proveedor, en el sentido del conocimiento que éste pueda tener de la intención del consumidor en relación con el uso del bien o servicio suministrado. Ver D. Martiny, VO (EG) 593/2008 Art. 6 “*Verbraucherverträge*”, en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, 5. Auflage, 2010, Rn 6-11.

²² Gaceta Oficial n° 39.358, 01/02/2010.

²³ Esta ley fue reformada en 1992 y en 1995, luego fue derogada en 2004 con la promulgación de la Ley de protección al consumidor y al usuario. En 2008 se dicta el decreto con rango valor y fuerza de ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios. En 2009 se convierte en ley y es reformada en 2010.

²⁴ Gaceta Oficial n° 1.680, extraordinario, 02/11/1974.

²⁵ Esta ley se publicó originalmente en la gaceta oficial n° 40.340 de 23/01/2014, luego fue reformada y publicada en la gaceta oficial n° 6.156 extraordinario 19/11/2014. En 2015 la ley fue objeto de una nueva reforma, publicada en la gaceta oficial n° 6.202 extraordinario 08/11/2015 y nuevamente publicada, con correcciones materiales, en la gaceta oficial n° 40.787, 12/11/2015.

²⁶ Entre los derechos de las personas en el acceso a los bienes y servicios, el artículo 7 de la ley incluye los siguientes: la protección de su vida, salud y seguridad en el acceso de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los servicios básicos; la oferta de bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y elegirlos con libertad; recibir servicios básicos de óptima calidad; información adecuada, veraz, clara, oportuna y

completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieran derivarse de su uso o consumo; la protección contra la publicidad falsa, engañosa, o abusiva y a los métodos comerciales coercitivos o desleales; la educación en la adquisición de los bienes y servicios, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada sobre sus derechos; la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios; acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa de sus derechos e intereses, que conduzcan a la adecuada prevención, sanción y oportuna reparación de los mismos; la promoción y protección jurídica de sus derechos e intereses económicos y sociales en las transacciones realizadas, por cualquier medio o tecnología; la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos o intereses; retirar o desistir de la denuncia y la conciliación en los asuntos de su interés, siempre que no se afecten los intereses colectivos; la protección en las operaciones a crédito; la disposición y disfrute de los bienes y servicios, de forma continua, regular, eficaz, eficiente e ininterrumpida; y los demás derechos que la Constitución de la República y la normativa vigente establezcan, inherentes al acceso de las personas a los bienes y servicios.

²⁷ No conocemos las razones exactas que llevaron al legislador a preferir la expresión “persona”, mas lo cierto es que no apreciamos en esta situación un razonamiento más allá del meramente terminológico.

²⁸ También incluyen a las personas jurídicas las legislaciones de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

²⁹ R.L. Lorenzetti, *Consumidores*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 86.

³⁰ Ver, entre las decisiones más recientes: TSJ/SPA Sent. n° 0069, 11/02/2015, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174153-00069-11215-2015-2011-0424.HTML>; TSJ/SPA Sent. n° 0706, 17/06/2015, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178569-00706-17615-2015-2014-1375.HTML> (15/05/2015); TSJ/SPA Sent. n° 0707, 17/06/2015, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178569-00706-17615-2015-2014-1375.HTML>.

³¹ OEA/Ser.G, CP/CAJP-2652/08 add. 4 corr.1, 19/03/2010 <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VIIIdoctrabajogtproteccionconsumidorversionsimplificadabrasil.pdf>. Este documento es el resultado de las discusiones que se han dado en el ámbito interamericano, desde 2007, con miras a la regulación de las relaciones internacionales de consumo, a través de la Organización de Estados Americanos. Lamentablemente, tal regulación aún no se ha logrado. Ver desarrollo de los trabajos de C. Madrid Martínez, “Determinación del régimen de los contratos de consumo internacionales: perspectiva interamericana”, en: F. Esteban de la Rosa, (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 147 ss.

³² V. Roppo (nota 15), p. 210.

³³ V. Roppo (nota 15), p. 217.

³⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2366&from=ES>.

³⁵ Recomendación 2003/361/CE de 06/05/2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas. Texto disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:ES:PDF>.

³⁶ En una nota considerada como “divertida” por Burns, esta definición de microempresa en la que la cuestión clave es el momento de la celebración del contrato, una compañía como Google, que comenzó con dos personas en un garaje, todavía hoy podría ser clasificada como una microempresa. Ver J. Burns, “The Payment Services Directive: A view from the UK regulator”, *Journal of Payments Strategy & Systems*, 2009, vol. 3, n° 3, pp. 204 ss., especialmente p. 209.

³⁷ BGB, § 13 “*Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann*” (Resaltado nuestro).

³⁸ V. Roppo (nota 15), p. 203.

³⁹ V. Roppo (nota 15), p. 204.

⁴⁰ Asunto C-453/99, 20/09/2001, “*Courage Ltd vs. Bernard Crehan y Bernard Crehan vs. Courage Ltd y otros*”, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc-30d55c33928055e844ffada4cc3cb92e9a60.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTchr0?text=&docid=46604&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=598840>

⁴¹ Ver una muestra en: http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/index_es.htm

⁴² http://europa.eu/pol/cons/index_es.htm

⁴³ C. Lima Marques, “O novo direito internacional privado e a proteção processual dos consumidores de bens e serviços estrangeiros ou no exterior”, *DeCita*, vol. 04, 2005, pp. 261 ss., especialmente pp. 285-286.

⁴⁴ F. Pocar, “La protection de la partie faible en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 188, 1984, pp. 339 ss., especialmente p. 373.

⁴⁵ Ver evolución en: C. Madrid Martínez (nota 31), pp. 147 ss.

⁴⁶ Así, puede verse reseña en: C. Lima Marques, “La insuficiente protección del consumidor en las normas del derecho internacional privado – De la necesidad de una Convención interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”, http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf, pp. 40-44.

⁴⁷ Suscrita durante la CIDIP-V, México 1994, ratificada por Venezuela y publicada en la Gaceta Oficial N° 4.974 Extraordinario, 22/09/1995.

⁴⁸ Tal fue la propuesta de Siqueiros. Ver J.L. Siqueiros, “Ley aplicable en materia de contratación internacional”, en: *Proyecto de Convención Interamericana sobre ley aplicable en materia de contratación internacional*, OEA/Ser.Q/CJI/RES.II-6/91, de fecha 31/07/1991, pp. 10, 18 y 37.

⁴⁹ “(...) Algunos han criticado la omisión; sin embargo, debe considerarse acertado que en su momento 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, tal cual debería ocurrir también, eventualmente, en el continente americano”. Ver J. Moreno Rodríguez, “La CIDIP VII y el tema de la protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual de expertos”, en: <http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIPVIIproteccionconsumidorjosemorenorodriguez.pdf>.

⁵⁰ Neuhaus entiende que la posibilidad de escogencia dada a las partes pierde su sentido si se convierte en un instrumento de dominio de los más débiles por los más fuertes, pues en una relación en que las partes no tengan el mismo poder de negociación, será la parte fuerte la que elija el derecho aplicable e imponga sus intereses a la otra. Ver P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2. Auflage, 1976, pp. 257-258.

⁵¹ j. Carrascosa gonzález / p. Blanco morales-limones, “Capítulo XXV. Contratos internacionales (II), Algunos contratos”, en: A.L. Calvo Caravaca y otros, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 1998, pp. 437 ss., especialmente p. 442.

⁵² En este sentido: O. Lando, Ole, “The EC draft convention on the law applicable to contractual and non contractual obligations”, *RabelsZ*, 1974, pp. 6 ss., especialmente p. 15.

⁵³ Neuhaus (nota 50), p. 257.

⁵⁴ J. Basedow, “*Lex mercatoria* and the Private International Law of the contracts in economic perspective”, en: J. Basedow / T. Kono, (eds.), *An economic analysis of Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 57 ss., especialmente p. 68.

⁵⁵ C. Lima Marques (nota 46), p. 25.

⁵⁶ Art. 117: “Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos”.

Resumen

Los casos laborales aumentan exponencialmente en número y en complejidad. El paradigma de la internacionalidad muta del lugar de prestación de tareas hacia una mirada principalmente a la figura del empleador. La comunidad jurídica ha logrado asentar un orden público internacional con basamento en los derechos humanos y los principios fundamentales de la OIT. La carencia de fuente internacional y la disparidad de las regulaciones estatales signadas por concepciones territorialistas colocan a la autonomía de la voluntad en todos sus despliegues como vía superadora. Sin embargo, la asimetría en el desarrollo del derecho comercial y del derecho laboral, sumado a la orfandad de regulación, hacen evidente la necesidad de un marco jurídico adecuado que sirva de contención a los fines protectorios. El rol de la OIT es protagónico y los académicos pueden acompañar en pos de la efectivización de los derechos laborales alcanzados.

Abstract

Labor cases increase exponentially in number and complexity. The paradigm of internationality mutates from the place of execution of tasks to a look mainly appointed to the figure of the employer. The legal community has managed to settle an international public order with base in human rights and the fundamental principles of the ILO. The lack of international sources and the disparity of state regulations marked by territorialist conceptions, place party autonomy in all its deployments as an overcoming way. However, the asymmetry in the development of commercial law and labor law, coupled with regulatory orphanhood, make clear the need for an adequate legal framework able to contain protective purposes. The role of the ILO is leading, and academics can accompany in order to the effectuation of the labor rights achieved.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Los casos y su nota de internacionalidad.
- III. La respuesta de la comunidad jurídica. 1. Nivel internacional. A) Dimensión universal. B) Dimensión regional. C) Dimensión internacional. 2) Nivel nacional.
- IV. La autonomía de la voluntad. 1. En general. 2. En el derecho laboral. A) La autorregulación empresarial: responsabilidad social empresaria. B) Los acuerdos. a) Tipos de acuerdos. b) Acuerdos destacados. c) El rol de la OIT. C) La autonomía individual.
- V. En síntesis.
- VI. Reflexiones finales.

La autonomía de la voluntad vs. el atroz encanto de la *lex fori* laboral

Mariela C. Rabino*

I. Introducción

Las X Jornadas de ASADIP nos convocan a reflexionar sobre la actualidad de los contratos internacionales. Siempre tomados como el terreno natural para el despliegue de la voluntad de las partes, los contratos se ven sometidos también a las pulsiones regulatorias de los Estados y de las organizaciones internacionales y supranacionales.

Agradecemos la convocatoria y nos proponemos analizar el contrato de trabajo, donde el trabajador como parte débil requiere protección¹.

Preliminarmente debemos señalar que la calificación del contrato de trabajo es entendida como una relación laboral, cuyos elementos contractuales se presentan desdibujados y prima la subordinación del trabajador. Tal calificación ha sido universalmente aceptada y justifica la autonomía del derecho laboral del civil², a pesar de

mantenerse la denominación de “contrato de trabajo”.

Las relaciones laborales presentan cada vez con mayor frecuencia elementos internacionales que reclaman atención. La nueva organización empresarial y las tecnologías, sumado al creciente número de organizaciones internacionales, cambian el paradigma de su internacionalidad.

La comunidad jurídica ha brindado un marco protectorio basado en principios consagrados mediante una rica trama en distintos niveles: universal, continental, regional y nacional. Sin embargo, la complejidad de los casos requiere soluciones concretas a fin de que los derechos fundamentales alcanzados logren efectividad, sin convertirse en meras fuentes espectáculos.

Asistimos a tiempos signados por un exponencial crecimiento del derecho mercantil internacional, que no encaja

dentro de las áreas jurídicas tradicionales, y se advierte en él una expansión de la codificación privada a través de la actividad de particulares (autorregulación) y un protagonismo en la producción de su propia normativa directamente por los representantes de los intereses privados³. Caracterizado por normas de derecho blando o *soft law*⁴ constituye la fuente material y convive con la fuente formal (*hard law*) al receptarse por los operadores jurídicos. El intérprete deberá verificar la presencia de los requisitos objetivo y subjetivo constitutivos del derecho espontáneo consuetudinario antes de abrir las puertas que el derecho formal autoriza⁵. Máxime cuando ya no surgen espontáneamente de la conducta descoordinada de ciertos círculos de negocios sino de asociaciones organizadas que representan a proveedores de ciertos bienes y servicios o a los intereses empresariales en general⁶.

Por su parte, los Estados nacionales parecen ceder en sus concepciones territorialistas, pero aún quedan resabios que se manifiestan a través del orden público y de la exclusividad jurisdiccional.

El proceso regulatorio ha sido extenso, con altibajos y plagado de obstáculos por la simple razón que las empresas

transnacionales representan un poder económico de magnitud equiparable o quizás superior al poder estatal. En consecuencia tuvieron una fuerte injerencia en los foros internacionales al momento de su tratamiento⁷.

Los indicadores señalados nos permiten contextualizar someramente el marco social, económico, político e internacional en el cual surge la autonomía de la voluntad como una vía superadora del fraccionamiento transfronterizo, al involucrar a todos sus protagonistas: trabajadores, empresarios y Estados. Sin perder de vista que resulta necesario precisar su marco y alcance, pues no puede extenderse ilimitada como sucede en materia contractual, y este será nuestro objetivo en el presente trabajo.

II. Los casos y su nota de internacionalidad

En el universo laboral asistimos a una gran variedad de casos. Algunos desde su inicio presentan elementos internacionales, otros devienen y un tercer grupo alcanza la internacionalidad por la figura del empleador o la utilización de las tecnologías.

Dentro del primer grupo encontramos, por ejemplo, a los trabajadores

del transporte internacional, tanto marítimo como aéreo, los cuales han recibido desde temprano un tratamiento específico.

Aquellos en los cuales el desarrollo de la relación los torna internacionales, nacen como un contrato local y luego frente al ejercicio del *ius variandi* internacional los trabajadores son trasladados a prestar tareas en filiales, sucursales, subsidiarias o asociadas ubicadas en el extranjero.

La organización empresarial ha mutado de su clásico sistema piramidal hacia una estructura en red o laberinto, donde procura descentralizar y reservar solo aquella actividad que la distingue (*core business*), tiende a pasar de tecnoestructura integrada a una red extendida de unidades semiautónomas o autónomas con formas elásticas de coordinación. Dicha descentralización ocurre no solo en el territorio de un solo Estado nacional sino que involucra una pluralidad de territorios nacionales transformándose en internacional y mutando su denominación a empresa transnacional. El propósito de los procesos de externalización que pueden abarcar fases de expulsión y fases de *insourcing* y sus múltiples vertientes –tercerización, *outsourcing*, *franchising*, grupo de empresas y

unidades de empresas, etc.– se centra en optimizar recursos en búsqueda de países con menores costos. Pese al traslado, puede ocurrir que el trabajador continúe sujeto al marco regulatorio primario u original, en calidad de personal expatriado.

El tercer grupo rompe la nota característica de la internacionalidad que en principio requiere del trabajador la prestación de tareas en por lo menos dos territorios nacionales distintos, por cuanto solo lo hace en el lugar de su propio domicilio o residencia sin necesidad de trasladarse. Aquí el elemento internacional viene dado por la figura del empleador o la utilización de tecnologías. El empleador reviste el carácter de empresa multinacional, Estado extranjero u organización internacional, y las tecnologías posibilitan el teletrabajo, es decir que el trabajador presta tareas en su propio Estado pero la relación se internacionaliza.

La clasificación que intentamos pone de resalto la plurilocalización y también deslocalización del lugar de ejecución o prestación de tareas, entendido como el centro de gravedad, la sede del caso, cuyo derecho se presume como próximo y en consecuencia se elige como justo. Mientras las prestaciones circunstanciales o esporádicas

no revisten relevancia a la hora de establecer el derecho aplicable⁸.

III. La respuesta de la comunidad jurídica

1. Nivel internacional

A) Dimensión universal

Los esfuerzos de la comunidad internacional han dado sus frutos desde la creación de una organización internacional hasta su concepción como derecho humano fundamental.

Los derechos del trabajador han sido entendidos como derechos fundamentales, consagrados en los tratados de derechos humanos tanto universales como regionales⁹. Asimismo la jurisprudencia de los tribunales competentes para su control ha provocado la modificación de los derechos internos y la instauración de canales aptos para su salvaguarda¹⁰. En particular, muchos Estados han reconocido la importancia de la normativa sobre derechos humanos otorgándole rango supra legal o incluso, constitucional y considerando vinculante la jurisprudencia de sus órganos de aplicación¹¹.

La Organización Internacional del Trabajo¹² nace en 1919 como una organización de Estados, que crea

vínculos entre ellos y tiene como propósito crear un sistema de normas que garanticen pisos mínimos, que cada Estado se compromete a establecer internamente de modo que los países no compitan entre sí apoyados en las malas condiciones de trabajo (*dumping social*). A partir del año 1948 empieza a producirse un cambio que se proyecta hasta nuestros días. Aquella idea inicial de instalarse en la órbita del DIP es superada y se empieza a instalar como garantía de derechos individuales de los trabajadores en las relaciones con los empleadores, lo cual sucede por la influencia de la Declaración del mismo año que formaliza el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales. Es decir que la OIT se hizo eco y conformó a partir de su meta de justicia social consignada en su fundacional Tratado de Versalles un concepto dinámico¹³ que en la actualidad puede entenderse como una suerte de orden público internacional¹⁴. Más tarde y en forma progresiva, los convenios de la OIT pasaron a ser aplicados no solo a través de la legislación, sino que los tribunales empezaron a recoger las reglas y la doctrina de sus órganos de control¹⁵ (aplicación inmediata y efecto directo). El debate sobre el futuro de las normas aún no está cerrado pero existe consenso sobre la línea a seguir, se acepta de manera evidente

que la elaboración de las normas debería abordarse desde una perspectiva universal, con un examen metódico y sistemático de las diferentes fórmulas de flexibilidad¹⁶.

B) Dimensión regional

En el ámbito del derecho de la integración observamos distintos niveles de regulación. En la CAN se destaca la Decisión 545 que crea el Instrumento andino de migración laboral, ciertamente de bajo nivel de implementación práctica. La Declaración sociolaboral del MERCOSUR¹⁷ es de las pocas muestras que puede dar el otro bloque sudamericano en la materia. En el NAFTA se destaca el Acuerdo de cooperación laboral, en que las obligaciones de los Estados pasan por cumplir su propia normativa laboral y sostiene como principios generales once reglas básicas de protección que incluyen la vigencia de la negociación colectiva y el derecho de afiliación entre otros.

La UE dispuso en el reglamento 593/2008, conocido como Roma I, que el contrato de trabajo se rige por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente (art. 8.2). Cuando no pueda determinarse la ley aplicable,

el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador (art. 8.3). Y la norma culmina con una cláusula escapatoria que permite apartarse del derecho designado cuando del conjunto de las circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto y se aplicará la ley de ese otro país. La jurisdicción regulada en el reglamento 44/2001 otorga competencia al tribunal del Estado del domicilio del trabajador, en forma exclusiva cuando sea demandado (art. 20), en cambio el trabajador posee una pluralidad de foros concurrentes: el domicilio del empleador cuando lo tengan en un Estado miembro, y cuando lo tuvieran en otro Estado: el lugar de prestación de tareas habitual o del último lugar de desempeño, y si no se hubiera desempeñado en un único Estado habitualmente, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador (art. 19).

Cabe agregar la regulación material¹⁸ respecto de los desplazamientos temporales de trabajadores que garantiza la protección laboral del Estado miembro en el que se encuentran, independientemente del derecho que resulte aplicable al contrato; y paralelamente

además de otros foros competentes, abre la jurisdicción del país donde se encuentre temporalmente desplazado (art. 6°).

Ahora bien, al revisar la relación con la globalización no aparecen posiciones que formalmente se opongan y, aunque podemos ver posturas más o menos flexibles, lo cierto es que la debilidad de la legislación laboral de un país suele leerse con frecuencia como una deslealtad en la competencia. Sin embargo ello no trae aparejados cambios en la normativa laboral de los esquemas de integración y ciertamente tampoco a sus Estados.

C) Dimensión internacional

De los derechos fundamentales, como el acceso a la jurisdicción, surge una flexibilización de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados y de las organizaciones internacionales¹⁹. En cuanto a los Estados se alcanzó una inmunidad jurisdiccional restringida, basada en la distinción de los actos *iure imperi* o *iure gestionis* y a las organizaciones se les exigió un sistema de resolución de controversias neutral que garantice el derecho de defensa del trabajador. En materia laboral, el Estado directamente carece de inmunidad de jurisdicción²⁰. No sucedió lo mismo con la inmunidad de ejecución

que mantiene la distinción de actos y dificulta la ejecución. En el supuesto de los Estados será gravoso para el trabajador reconocer y ejecutar la sentencia ante los jueces extranjeros²¹. La dificultad resulta mayor cuando se trata de organizaciones internacionales al carecer de jurisdicción propia y puede alcanzar la denegación internacional de justicia. Todavía hay mucho camino por andar para alcanzar una tutela judicial efectiva.

La OIT puso a disposición su propio tribunal a fin que las organizaciones internacionales de menor envergadura que no pueden afrontar los costos de un sistema permanente e incluso *ad hoc* puedan recurrir²². Destacamos que en el Tribunal de la OIT el trabajador no necesita representación legal y posibilita su tramitación a distancia.

A su vez, las organizaciones internacionales cuentan con una regulación autónoma al establecer los estatutos y reglamentos de su personal, una suerte de derecho administrativo-laboral que contempla no solo normas procesales sino también sustanciales.

En DIPr el tradicional conflicto de leyes, la armonía de las leyes y las decisiones, han perdido prioridad y abren

su camino otras consideraciones, principalmente la solución sustancial²³, signada por el principio protectorio de la parte débil, un claro impacto de la constitucionalización.

Sin embargo, los contratos laborales han quedado huérfanos de regulación internacional. La fuente en materia contractual los excluye expresamente²⁴ o, lo que es peor, no los excluye²⁵, y al carecer de la orientación material tuitiva del trabajador requiere mucho más que una adaptación.

2. Nivel nacional

En el DIPr de fuente interna, observamos normas de conflicto que en su mayoría presentan una concepción territorialista²⁶, solo les interesa las prestaciones de servicios que ocurren en sus territorios, salvo en el ámbito de la UE. La falta de aggiornamento es suplida por la interpretación jurisprudencial y doctrinaria²⁷, pero conserva vestigios del territorialismo que aparecen en el control del orden público y a veces, en una jurisdicción exclusiva²⁸.

Así, aceptan la prórroga de jurisdicción siempre y cuando sea a favor de sus propios jueces; rechazan la aplicación del derecho extranjero por su falta de invocación, prueba o por resultar

contrario al orden público interno²⁹. Solo ante una real dificultad de acreditar el contenido del derecho resulta lógico recurrir a la *lex fori*³⁰. Asimismo recurren con frecuencia al principio de favorabilidad para aplicar su propio derecho, sin siquiera conocer las soluciones que brinda el derecho extranjero bajo la presunción que no puede existir otro derecho más beneficioso para el trabajador que el propio.

En otras ocasiones se fuerza el tipo legal de las normas a fin de lograr la aplicación del derecho y la competencia de la *lex fori*. La jurisprudencia uruguaya ha enfrentado este problema con relación a los contratos de ajuste de gente de mar³¹. El criterio es aplicar la ley nacional como ley del lugar de cumplimiento, en función de su peculiar interpretación del art. 2399 CC y del art. 32 del TMDCI de 1889. Ello implicaba remitirse a la ley y tribunal del domicilio del deudor (el trabajador) al celebrar el contrato y fijando por tanto no sólo la jurisdicción nacional sino la aplicación de la ley local. Sciarra³² considera absolutamente inadecuada esa solución a la realidad de la navegación ya que un mismo barco tendría personal con distintos estatutos laborales según el lugar de domicilio original de sus empleados al ser contratados. Obviamente la

solución correcta es la de considerar a la ley de bandera como ley del lugar de cumplimiento³³. Pero al mismo tiempo se debe permitir a los trabajadores demandar al armador ante los tribunales locales, según la regla del art. 2401 CC (jurisdicción del tribunal del domicilio del demandado) aceptando que un armador tiene su domicilio en el país del local de la agencia marítima que lo representó en la firma del contrato. Lo contrario implicaría dejar desprotegido a los trabajadores, enfrentándolos a una denegación de justicia, al obligarlos a iniciar acciones en jurisdicciones lejanas y absolutamente fuera de su alcance.

A dicha postura hemos denominado “el atroz encanto de la *lex fori* laboral” que termina imponiendo el territorialismo por sobre cualquier beneficio que brinda un derecho extranjero conectado y se aleja de la protección que intenta buscar. El territorialismo puede producir un fraccionamiento del caso al desatender que la relación laboral es una y así debería ser su solución; y también puede obstaculizar la efectividad al impedir el reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, en base al control jurisdiccional o de orden público.

Malintoppi aporta una visión positiva del territorialismo en el derecho laboral

al entenderlo como el dominio de la *lex fori* en el territorio del Estado³⁴. Ciertamente es que algunos aspectos de la relación laboral se encuentran gobernados por la ley del lugar de prestación de tareas con carácter de normas de policía, excluyendo la aplicación de cualquier otro derecho, como por ejemplo, la regulación en materia de seguridad e higiene.

La doctrina argentina, consciente de la complejidad de los casos y su falta de regulación recomienda calificar el punto de conexión “lugar de ejecución” de la norma de conflicto de fuente interna (art. 3 ley de contrato de trabajo³⁵ que presenta una redacción territorialista³⁶), como el lugar de cumplimiento habitual de la prestación del trabajador. Los lugares de cumplimiento, temporarios u ocasionales, no provocan su deslocalización, en concordancia con el criterio de la CSJN en el caso “*Willard*”³⁷. En el supuesto de pluralidad de lugares de cumplimiento, ya sea sucesiva o simultánea, se recomienda entender como aplicable la ley del país en el que se encuentra el establecimiento que contrató al trabajador sin desmedro de la posibilidad de aplicar otro derecho manifiestamente más próximo a la relación e incluso más favorable al trabajador³⁸.

Actualmente el art. 3 de la LCT puede flexibilizarse mediante el recurso a la norma de excepción o cláusula escapatoria contenida en el art. 2597 del Código Civil y Comercial de la Nación, que permite incorporar la interpretación doctrinal apuntada.

En materia de jurisdicción puede acudir a la aplicación analógica de la norma de jurisdicción interna mediante su bilateralización³⁹. En el mismo sentido, la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) propicia un abanico de posibilidades a opción del trabajador que comprenda los siguientes foros: lugar de celebración, lugar de ejecución o domicilio/establecimiento del empleador. Por su parte el empleador sólo podrá demandar ante los jueces del domicilio del trabajador⁴⁰.

IV. La autonomía de la voluntad

1. En general

Ante el panorama descrito, la autonomía de la voluntad se presenta como una vía superadora.

Si bien Dolinger postula la autonomía como uno de los principios más antiguos del DIPr, no siempre ha sido aceptada⁴¹.

Fernández Arroyo sostiene que se viene desarrollando un marcado proceso de “privatización” del poder regulador, fenómeno que puede analizarse en dos niveles: el referido a las personas físicas o jurídicas, y el vinculado a la actividad de alcance general elaborada fuera de los círculos oficiales⁴².

Respecto del primer nivel que podríamos denominar como individual, la autonomía de la voluntad posibilita a la partes auto regularse mediante la elección del derecho aplicable (autonomía conflictual) y la creación de sus propias normas/cláusulas (autonomía material). Mientras que la prórroga de jurisdicción permite elegir la jurisdicción competente.

La fuente internacional evidencia un avance progresivo en materias o ámbitos antes impensados como la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV) cuyo art. 8 posibilita la prórroga tácita. En sucesiones, la Convención de La Haya de 1.989 (no vigente) autoriza la *professio iuris*, faculta al testador a elegir entre los derechos designados por la norma de conflicto general. Otro tanto ocurre en la fuente interna, por ejemplo en insolvencia transfronteriza, la ley 25.589 de Argentina crea el APE, acuerdo preventivo extrajudicial, cuya

regulación y posterior aplicación contempla casos internacionales⁴³.

Jayne postula la autonomía en todos los campos, al entenderla como vía superadora de la globalización y de la efectivización del derecho fundamental⁴⁴. En la doctrina argentina, Menicocci la propone con alcance amplio en materia de estatuto personal⁴⁵.

Parecería que la autonomía, tal y como es concebida en materia contractual, dificulta su traslado a otros ámbitos, pues requiere un pleno conocimiento de todas las consecuencias, información a un costo razonable⁴⁶, el acuerdo debe alcanzar a todas las partes involucradas, implica una elección a futuro cuando se desconocen las modificaciones probables de la situación fáctica o no se cuenta con los elementos necesarios para una evaluación que solo podría ocurrir frente al hecho litigioso⁴⁷.

De allí que el legislador prohíba su ejercicio o lo limite en cuestiones determinadas, entre ellas los contratos con partes débiles. La limitación puede operarse en torno a los derechos permitidos, aquellos que el legislador presupone como próximos; al momento en que puede ejercerse (*post litem natam*, por ej.) o mediante el establecimiento

de derecho/s que funcionen como base mínima de protección.

2. En el derecho laboral

La autonomía de la voluntad alcanza distintos despliegues: la autorregulación empresarial (A), los acuerdos (B), y la individual (C).

A) La autorregulación empresarial o responsabilidad social empresaria⁴⁸

La autorregulación empresarial es la facultad que tiene toda empresa de establecer sus propias normas, su modalidad más frecuente el código de conducta. Actualmente recibe el nombre de “responsabilidad social empresaria” y extiende su ámbito al exterior involucrando a la sociedad en la cual se desempeña.

Ha sido receptada por la OIT⁴⁹, la ONU⁵⁰ y la OCDE⁵¹, en ésta última con mayores niveles de control. También la ALI alcanzó en 1992 los Principios sobre gobierno corporativo luego de quince años de investigación, análisis y desarrollo.

Su conceptualización recibe múltiples matices, destacamos la definición que brinda la Comisión UE como “la integración voluntaria, por parte de

las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”. Existe consenso en cuanto a sus ejes: transparencia política, respeto por el medio ambiente, los derechos del consumidor y los derechos internacionalmente reconocidos de los trabajadores

En el tema laboral consagra los principios fundamentales, especialmente aquellos establecidos por la OIT.

A los fines prácticos, destacamos su utilidad en el ámbito empresarial donde la multinacional exige a su contratante local el respeto de los derechos laborales que incluso alcanza su participación activa en la resolución de casos concretos⁵².

Mediante organizaciones internacionales privadas se establecieron certificaciones de cumplimiento externas⁵³.

La responsabilidad social empresaria depende de la voluntad propia del sector, recordemos que la empresa busca su propio beneficio y sin el debido control sindical y/o estatal que funcione de contrapeso, queda a su libre albedrío.

B) Los acuerdos

El presente ámbito es privativo del derecho laboral y posibilita que las partes involucradas empresarios y trabajadores negocien y celebren acuerdos con alcance sectorial, bajo la órbita del Estado, quien homologa y controla su cumplimiento.

El presupuesto necesario es la representación de los sectores patronal y sindical, en cuya habilitación también intervienen los Estados.

La OIT ha recopilado alrededor de trescientos instrumentos mediante los cuales se expresa la responsabilidad social empresaria⁵⁴. Ellos corresponden a dos tipologías, a saber, una mayoría de países miembros de la UE cuenta con un modelo de relaciones de trabajo basado en el diálogo social y el reconocimiento recíproco de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, mientras que en los Estados Unidos de América las empresas y organizaciones sindicales se perciben mutuamente como antagonistas antes que interlocutores, y a menudo la empresa rehúsa reconocer al sindicato⁵⁵

la hora de suscribir los acuerdos, los trabajadores se organizan en sindicatos a nivel internacional. Nos encontramos

ante la inexistencia de normativa que regule la organización sindical en dicho nivel⁵⁶. Aunque la laguna legislativa no ha sido obstáculo para la configuración de organizaciones y uniones sindicales tanto sean regionales como globales⁵⁷.

a) Tipos de acuerdos

Existen acuerdos tanto de dimensión regional como universal. Los acuerdos de dimensión regional provienen del marco de algún proceso de integración, nos referiremos a la UE y al MERCOSUR⁵⁸, que brindan un contexto adecuado.

La UE si bien propicia dichos acuerdos no les brinda efectividad jurídica hasta tanto resulten adoptados mediante los procesos legislativos pertinentes a los cuales sirven de sustento. Las Directivas 94/45/CE y 2009/38/CE limitan a los Comités Europeos a la información y consulta sin poder de negociación⁵⁹.

Sin embargo el MERCOSUR con un sistema normativo quizás más débil que la UE, ha alcanzado un Contrato Colectivo del 16 de abril de 1999 entre VW Argentina-Brasil y los Sindicatos metalúrgicos do ABC, Sindicato de Mecánicos y afines del transporte automotor y las Comisiones Internas de fábrica, el cual regula el intercambio de

información, el compromiso de mantener la competitividad, las comisiones internas de solución de conflictos y los sistemas de formación profesional⁶⁰.

Por su parte, aquellos acuerdos de dimensión global son denominados AMI, Acuerdos Marco Internacional⁶¹. Estos a su vez pueden clasificarse en acuerdos de derechos que solo abordan derechos fundamentales y acuerdos que incluyen disposiciones sobre: salud, seguridad laboral, salario vital, duración de la jornada, etc.

La mayoría de los AMI posee disposiciones con redacciones ambiguas y carecen de plazos y condiciones. Solo establecen un marco general a fin de poner en marcha campañas de formación y concientización.

Hemos logrado recabar la existencia de ochenta AMI en el mundo, cuarenta y ocho de ellos fueron negociados con éxito por UNI (Internacional de redes sindicales) con aquellas empresas multinacionales que figuran en su lista de “Compañías donde se practica el trabajo decente”.

Los AMI son suscriptos por los representantes de la empresa principal del grupo mientras que las filiales, subcontratadas y proveedores se mantienen al

margen, resguardados por su propia personalidad jurídica.

Otro tanto ocurre con el sector sindical. No sería legal ni legítimo que los representantes sindicales de la empresa principal negocien en nombre de todos los trabajadores, incluidos aquellos pertenecientes a las filiales, subcontratadas y proveedores por quienes carecen de representación. Además intervienen una o más federaciones sindicales internacionales, cuya representación gremial carece del marco regulatorio y de certificación que les otorgue personería.

Mientras que en la dimensión regional, los procesos de integración brindan un marco mínimo de regulación, en la dimensión universal los AMI se alcanzan en un marco completamente huérfano de normas.

Es decir que estamos en presencia de acuerdos sin carácter jurídico que mucho menos podemos considerar convenios colectivos⁶² ya que:

- i. Un número importante carece de protocolos de actuación o planes de acción concretos.
- ii. Muchos no abordan procedimientos de supervisión e inspección.
- iii. Las instancias sindicales suscriptoras tienen derecho a fiscalizar

su cumplimiento, por ejemplo mediante reuniones conjuntas con la dirección empresarial que en este ámbito son escasas. Aparecen dificultades en su cumplimiento sobretudo en países sin organizaciones sindicales o con organizaciones sin libertad, en condiciones precarias o falta de recursos y capacidad de control. Resulta necesaria la presencia sindical a lo largo de toda la cadena de valor de las compañías a los efectos de controlar su cumplimiento.

- iv. Sin especificaciones sobre planes de acción correctivos en caso de incumplimientos.

Una vía superadora podría alcanzarse mediante la ratificación del AMI en cada Estado donde exista una filial con las correspondientes representaciones sindicales. Así fue el caso de Peugeot-Citröen Argentina⁶³, quien el 10/05/2006 ratificó en el país su Acuerdo Marco Mundial mediante un acta suscripta por la dirección de la empresa y las tres organizaciones sindicales vinculadas a la actividad automotriz (UOM 3 de febrero, UOM La Plata y ASIMRA), en presencia de los Ministros de Trabajo de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires⁶⁴.

b) Acuerdos destacados

Ahora bien, existen algunos acuerdos que podemos destacar precisamente por su efectividad jurídica⁶⁵.

En primer lugar el Convenio sobre trabajo marítimo (2006), sesión marítima de la Conferencia internacional del trabajo, un convenio colectivo realmente supranacional⁶⁶.

En segundo lugar algunos AMI paradigmáticos en orden a:

- i. Representatividad: el AMI PSA Peugeot Citroën y Grupo EDF (Electricité de France) del 2005 firmados conjuntamente con los sindicatos nacionales en los cuales existen filiales, involucra a 47 federaciones sindicales internacionales y 20 sindicatos nacionales.
- ii. Carácter jurídico: tanto el acuerdo Falck que indica como aplicable la legislación danesa como el acuerdo de Acelor que se rige por las leyes y prorroga la jurisdicción en los tribunales de Luxemburgo.
- iii. Planes de acción correctivos: El AMI de Peugeot reseñado contiene planes de acción en cada filial y cuenta con mecanismos de seguimiento y balance de cumplimiento denominado Observatorios Sociales Locales, instalados en países con más de 50 trabajadores y con

funciones de informes anuales y planes de acción correctivos. Asimismo el Grupo Inditex suscribió con FITTVA en mayo de 2012 el Protocolo para concretar la participación sindical en el fortalecimiento del AMI en su cadena de producción y cuenta con planes de formación (trabajadores, directivos y gerentes de subcontratadas y proveedores) y planes de acción correctivos.

c) El rol de la OIT

Una compulsión de las legislaciones estatales pone en evidencia el carácter selectivo de los derechos protegidos además de la ausencia de uniformidad en las definiciones. Sin lugar a dudas no es casual que la libertad sindical y la negociación colectiva están ausentes en la mayoría de ellas (85%)⁶⁷.

Parecería que no puede dejarse librado a las normas del mercado que promueven una suerte de estandarización privada o semiprivada, como es el caso de las normas técnicas (ISO). La intervención de la OIT puede ser solicitada de dos maneras: sea por la vía contractual del empresariado, sea para ejercer de manera más clásica una forma de magisterio al enunciar las condiciones en las cuales estas iniciativas pueden contribuir mejor al progreso social⁶⁸.

Por ejemplo puede crear un modelo de código de conducta (*soft law*). Ciertas federaciones europeas de empleadores alegan la posibilidad que la OIT pueda jugar el rol en materia de certificación.

Mientras la Confederación Sindical Internacional (CSI) se ha congratulado y ha apoyado la concreción de AMIs en las Decisiones Adoptadas por el II Congreso Mundial, ha hecho un llamamiento a los sindicatos de los países de origen de las empresas transnacionales, y de los países donde estas se instalan, para que incorporen la acción sindical internacional a sus actividades cotidianas y colaboren estrechamente a través de las federaciones sindicales internacionales. Además esta Confederación se ha fijado el objetivo de entablar conversaciones con las organizaciones empresariales internacionales con el fin de promover la negociación colectiva a escala internacional.

C) Autonomía individual

En material laboral, fue consagrada legislativamente en la UE, tanto la prórroga de jurisdicción *post litem natam* que permite al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la norma de jurisdicción (art. 21 del reglamento 44/2001), como la autonomía conflictual (art. 8.1 del reglamento 593/2008, Roma I).

No obstante, la elección del derecho no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable.

Resulta importante mencionar que la Corte europea en el caso “*Mazzolini*”⁶⁹ indicó el siguiente criterio: la comparación entre los derechos confrontados debe realizarse por conglobamiento, y no por institutos.

En la mayoría de los Estados recibe consenso doctrinal y jurisprudencial la autonomía conflictual y material, sin embargo, el derecho indicado por la norma de conflicto funciona como límite mínimo, es decir que el derecho elegido sólo puede ser más beneficioso para el trabajador que el derecho aplicable subsidiariamente⁷⁰.

En dicho sentido, la AADI recomienda la admisión de la autonomía de la voluntad tanto en su despliegue conflictual como material, preservando la orientación del favor hacia el trabajador característica del derecho laboral argentino. Su ejercicio se encuentra limitado por el derecho excluido por la cláusula de elección. Ello sin perjuicio del posterior control del orden

público internacional de la *lex fori*. Con respecto al acuerdo o prórroga de la jurisdicción se recomienda una regulación específica por la naturaleza de la relación que excede la materia estrictamente patrimonial y disponible. En tal sentido se propone admitirla en los casos de prestación ejecutada fuera de la República en tanto y en cuanto sea invocada por el trabajador⁷¹.

V. En síntesis

Es un valor admitido en el derecho laboral que las normas de protección al trabajador son de orden público y que se encuentra fuera del alcance de la voluntad de las partes, siendo nulos los pactos en contrario. Y si no se puede renunciar a la tutela protectora tampoco puede vaciarse de contenido mediante pactos de elección de ley aplicable. Por eso es que se ha dicho que, en el campo de las relaciones laborales, en el cual las disposiciones legales incluyen prácticas de negociación colectivas, la autonomía de la voluntad “es casi una especie extinguida” (De-laume)⁷². Así lo entendió la SCJ de los Estados Unidos en el conocido caso “*Alaska Packers Association v. Industrial Accident Commission of California*”⁷³, quien aplicó el *California Workmen’s Compensation Act* en vez del de Alaska, como se establecía en el contrato de

trabajo firmado por el trabajador reclamante.

La obsesión por la prohibición absoluta de la autonomía de la voluntad respecto de la regulación laboral, puede resultar más perjudicial para el trabajador que una libertad con límites a su favor. Además de una flagrante contradicción, por cuanto si las legislaciones nacionales autorizan mejoras o beneficios mediante los convenios colectivos y también por los contratos individuales⁷⁴, entonces por qué negarlo a nivel internacional.

El enfoque territorialista de la norma de conflicto es históricamente asociado a la Edad Media. Pero corresponde a una realidad profunda, lo que explica su permanencia. Ella procede en efecto de la idea simple que, en un país determinado, es en principio la ley local la que gobierna, a menos que exista una buena razón para otorgar efecto a una ley extranjera cuya aplicación debe justificarse. Incluye principalmente las materias personales pues la autoridad de soberanía sobre las personas que se domicilian en su territorio entra en su órbita, no obstante su desplazamiento. El territorialismo se ha perpetuado en los países del *common law*, pero su influencia debe retroceder considerablemente en los países de tradición

savigniana, incluso en los que encontró sus orígenes, en razón de una nueva concepción teorizada en el siglo XIX en un contexto político nuevo⁷⁵.

En la actualidad ningún sistema se puro, coexisten, porque tanto el derecho privado como el público reclaman exclusividad. El territorialismo del *common law* integró a la autonomía de la voluntad sin dificultades, que decanta de la *proper law* del contrato⁷⁶. Mientras el intervencionismo legislativo en materia de derecho privado persigue otros objetivos, citaremos el respeto de los fines colectivos de la propiedad privada; o en materia contractual, la protección de la parte débil, entre otros.

La evolución del DIPr muestra una clara tendencia al universalismo y se refleja en varias de las últimas convenciones y legislaciones internas, como la consideración a las normas de policía de terceros Estados y la materialización del principio protectorio en asuntos laborales y de consumo, y, sobretodo, en el orden público internacional, el cual manda respecto a políticas públicas e incluso, más alto, a políticas públicas internacionales reales, las cuales representan el interés de la humanidad⁷⁷.

Los criterios de localización de la norma de conflicto pierden neutralidad y se muestran materialmente orientados a la solución, prima el criterio de proximidad que se manifiesta mediante la cláusula de excepción. Ello ha verdaderamente contribuido a declinar los razonamientos abstractos para aprovechar la puesta en consideración de las finalidades subyacentes al conflicto de leyes; justificando un regreso a la visión teleológica, al realismo y a la equidad.

La aplicación del derecho del lugar de prestación de tareas, universalmente aceptado, contiene una elección justa, pero carece de orientación material y de la flexibilización necesaria para dar respuesta a todos los casos, sin perder de vista que dicho criterio localizador muestra sesgos de territorialismo.

En cambio, el principio de proximidad contiene una importante enseñanza sobre modestia al demostrar que ningún deseo político, ningún juez, aunque inspirados en buenas intenciones, puede pretender aplicar sus propias leyes para gobernar relaciones que se encuentran fuera de su ámbito⁷⁸.

Si el derecho establecido por el legislador funciona como un límite mínimo, el derecho elegido por las partes debe

propiciar mayores beneficios para el trabajador y la comparación entre ambos se basa en consideraciones de justicia material, es decir, contempla la solución justa del caso⁷⁹ y aporta previsibilidad.

El DIPr, impactado por los derechos humanos, evoluciona hacia los derechos materiales con un plus de protección del débil contractual⁸⁰ y reformula todos sus razonamientos en pos de su efectivización (por ejemplo: orden público atenuado, reenvío- equidad, etc.).

En el entendimiento que los principios de proximidad y el protectorio tienen jerarquía por sobre la autonomía de la voluntad⁸¹, la combinación del poder regulador de las personas y los límites legislativos optimizan el resultado entre: los derechos fundamentales, la previsibilidad y el paradigma protectorio.

VI. Reflexiones finales

Las relaciones laborales con elementos multinacionalizadores aumentan exponencialmente, no solo en número sino también en complejidad.

La nota de internacionalidad pierde carácter territorial y adquiere un nuevo paradigma basado en la figura del empleador y las nuevas tecnologías.

Los esfuerzos de la comunidad jurídica alcanzaron logros en la concreción de la OIT; el establecimiento de un orden público internacional basado en los tratados de derechos humanos y los principios de la OIT; y la morigeración de la inmunidad de jurisdicción de Estados y Organizaciones Internacionales.

Sin embargo, la legislación no acompañó los cambios de la realidad, carecemos de fuente internacional y la fuente interna conserva aún los vestigios del territorialismo.

El atroz encanto de la *lex fori* debe ceder en pos de la constitucionalización de los derechos fundamentales del trabajador.

El avance progresivo de la autonomía de la voluntad en materia laboral se presenta como una vía superadora de las soluciones locales pero requiere una contención que en un nivel internacional debería ser provista por la OIT. El tripartidismo que la caracteriza le permite ensanchar hacia un rol protagónico, en el marco de su obligación sinalagmática de ayudar a los Estados en sus esfuerzos⁸².

La interdependencia de las economías nacionales, desde ya muy estrecha,

viene a demostrar que la defensa de los trabajadores no puede continuar en ignorancia de las realidades económicas y debe entonces necesariamente considerar la integración de los objetivos sociales en la política económica internacional. La integración y la globalización tienen un impacto sobre el mundo del trabajo. Ciertas industrias o servicios pueden desaparecer o relocalizarse (de hecho ocurrió en la UE, el NAFTA y el MERCOSUR).

Asistimos a tiempos de asimetría⁸³ en el desarrollo del derecho comercial internacional que alcanza una eficacia plena por un lado y del derecho de los trabajadores que tiende a las declaraciones y los principios en búsqueda de universalidad y flexibilidad, en clara pérdida de efectividad.

La OIT (desde arriba) ofrece un marco útil, con posibilidad de adaptación y de razonable credibilidad para debatir la justicia social y definir las exigencias a nivel global⁸⁴. También cuenta con la trayectoria y los elementos necesarios a fin de posicionarse y colaborar con los tres sectores, trabajadores, empresarios

y Estados a fin de brindar un marco adecuado de habilitación de organizaciones internacionales, certificación y seguimiento de acuerdos, sin olvidar avanzar en una regulación formal internacional. Como sostiene Landa⁸⁵ posee un pasado esperanzador, un presente muy relevante y un futuro comprometido.

Paralelamente sugerimos promover, tomando como parámetro la experiencia desarrollada en el espacio europeo, la generación de grupos de académicos y especialistas que elaboren (desde abajo) principios o marcos referenciales de respuestas que pueden instrumentarse informalmente por simple auto integración o desde espacios institucionales conformados como puede serlo ASADIP.

Ambas vías, desde arriba OIT y desde abajo ASADIP podrían confluir al mismo tiempo en un trabajo conjunto.

Ya lo dijo Lacordaire en su célebre frase del Siglo XIX: “Entre el fuerte y el débil, es la libertad la que oprime y la ley la que libera”.

* Abogada. Especialista en Asesoramiento jurídico de Empresas (UCA). Profesora de derecho internacional privado y de derecho de la integración, en grado y posgrado de universidades argentinas y en el exterior. Miembro de AADI, ASADIP, Institutos de la materia de la Academia Nacional de Derecho, CPACF y del CALZ, con cargo de Directora en el último. Autora de diversas ponencias y artículos en la especialidad. (mcrabino@hotmail.com).

¹ F. POCCAR, “La protection de la partie faible”, Recueil des Cours, t. 188, 1984-V, pp. 341-415.

² A. MANLINTOPPI, “Les rapports de travail en droit international privé”, Recueil des Cours, t. 205, 1987-V, pp. 331-394, esp. 362 ss.

³ D.P. FERNANDEZ ARROYO, Derecho Internacional Privado. Evolución y perspectivas, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, pp. 67 ss.

⁴ P.M. ALL, “Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada internacional”, en: J.A. Moreno Rodríguez / D.P. Fernandez Arroyo (coords.), Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, Asunción, CEDEP, 2013, pp. 169 ss.; P.M. ALL / J.R. ALBORNOZ, “Desarrollo del soft law e impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional: desafíos sustanciales y procesales con relación a algunos instrumentos contractuales”, AADI, Córdoba, 2012, pp. 235.

⁵ A. MENICOCCI, “Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Relato al XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional, Sección de Derecho internacional privado de la AADI, San Miguel de Tucumán, 2014.

⁶ J. BASEDOW, citado por A. MENICOCCI (nota 5), p. 13.

⁷ J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales, Bilbao, Hegoa, 2009, esp. pp. 381, 402 y 461.

⁸ CSJN, “Willard, Michael c. Banco de la Nación Argentina s. despido”, W. 55 XLV, publicado en ElDial.com, referencia AA6F29. Puede verse nuestro trabajo, “El art. 3° de la LCT y la interpretación de la CSJN”, RDCO, 2002, pp. 973-982.

⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15); Pacto internacional de derechos civiles y políticos y su Protocolo Facultativo; Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención sobre los derechos del niño; Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁰ Pueden verse los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Huilca Tecse c. Perú” 3-3-2005; “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú”, 24/11/2006; “Abrill Alonsilla y otros c. Perú”, 04/03/2011; “Baena, Ricardo y otros c. Panamá”, 02/02/2001; Opinión consultiva OC-18/03 sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17/09/2003 solicitada por México.

¹¹ CSJN, caso “Gioldi”, 07/04/1995.

¹² En adelante OIT.

¹³ F. MAUPAIN, “L’OIT, La justice sociale et la mondialisation”, Recueil des Cours, t. 278, 1999, pp. 209-396.

¹⁴ Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo de 1988, Agenda de Trabajo Decente: Memoria del Director General de la OIT, Juan Somavía, 87° Reunión de la Conferencia de 1999, Declaración sobre la justicia social para la globalización equitativa de 2008.

¹⁵ CNLab., Sala VI, “Pacini, Agustín c. Fluor Daniel Arg. Inc. SADE ICESA UTE s. despido”, 15/03/2001; CSJN, “ATE c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, 11/11/2008; y “Rossi, Adriana M. c. Estado Nacional-Armada Argentina”, 09/12/2009.

¹⁶ G. W. VAN POTOBOSKY / H. G. BARTOLOMEI DE LA CRUZ, La Organización Internacional del Trabajo, 1° Reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 83 ss.

¹⁷ G. CORRES, Fuentes del derecho del trabajo, en: J. Rodríguez Mancini (coord.), 1° ed., Buenos Aires, Astrea, 2013, Cap. XI, pp. 29 ss.

¹⁸ Directiva 96/71/ CE del 16/12/1996.

¹⁹ Puede verse nuestro trabajo, “La inmunidad de jurisdicción de la organizaciones internacionales”, RDCO, n° 189/192, diciembre 2000, pp. 541-562.

²⁰ Argentina, ley 24.488, art. 2°: “Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos: d) cuando fuesen demandado por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional”, receptando la jurisprudencia de la CSJN en el caso “Manauta”.

²¹ Puede ampliarse en nuestro trabajo, “Inmunidad de ejecución”, RDCO, 197, marzo 2002, pp. 163-171.

²² A. BRONSTEIN, Derecho internacional del trabajo, 1° ed., Buenos Aires, Astrea, 2013, pp. 57-58.

²³ F. VISCHER, “General Cours on Private International Law”, Recueil des Cours, t. 232, 1992, pp. 21-247, especialmente p. 95 ss.

²⁴ En el ámbito del MERCOSUR, Protocolo de Buenos Aires de 1994.

²⁵ CIDIP V, México, 1994, sobre derecho aplicable en materia contractual.

²⁶ M. GUTZWILLER, “Le développement historique de droit international privé”, Recueil des Cours, t. 29, 1999-IV, pp. 285-398, especialmente p. 310 ss.; B. AUDIT, “Le droit international privé en quête d’ universalité”, Recueil des Cours, t. 305, 2003, pp. 20-479, esp. 163 ss.

²⁷ R. MURGAS TORRAZZA, “El contrato de trabajo transnacional”, Gaceta Laboral, vol. 9, n° 3, Colombia, 2003, pp. 417-432.

²⁸ B. AUDIT, “Le droit international privé en quête d’ universalité”, Recueil des Cours, t. 305, 2003, pp. 23 y ss, esp. 200 y ss.; J. DOLINGER, “Evolutions of principles for resolving conflicts in the fields of contracts and tort”, Recueil des Cours, t. 283, 2000, pp. 187-512, esp. 259

²⁹ Puede verse el fallo CNTrab., Sala III, 21/02/1983, “Adano, Juan O. c/ Dresser Atlas Argentina SA”, DT, 1983-A-391, donde el trabajador-actor invoca la aplicación del derecho inglés y el juez resuelve por el derecho argentino ante su falta de prueba.

³⁰ Puede verse nuestro trabajo, “Contrato laboral celebrado en la Argentina para ser ejecutado en el exterior”, RDCO, n° 199, 2002, pp. 571-583.

³¹ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / C. FRESNEDO DE AGUIRRE, “Modalidades contractuales específicas”, en: D.P. Fernández Arroyo (dir.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, 1° ed., Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 1038 ss.

³² A. SCIARRA, “Contrato de ajuste. Legislación aplicable y jurisdicción competente”, *Rev. der. com. emp.*, n° 45-46, 1988.

³³ A. MANLINTOPPI (nota 2), pp. 382.

³⁴ A. MANLINTOPPI (nota 2), pp. 355 ss.

³⁵ En adelante LCT.

³⁶ “Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él, en cuanto se ejecute en su territorio” (Ley 22.248, B.O., 18/07/1980).

³⁷ Ver nota 10.

³⁸ AADI, XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional, Sección de Derecho internacional privado, Salta, 2010, conclusión n° 5.

³⁹ Ley nacional de procedimiento laboral n° 18.345, art. 24: “En las causas entre trabajadores y empleadores será competente a elección del demandante, el juez del lugar de trabajo, el del lugar de celebración del contrato, o el del domicilio del demandado. El que no tuviere domicilio fijo, podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre o en el de su última residencia (...)”.

⁴⁰ AADI (nota 39), conclusión n° 9.

⁴¹ J. DOLINGER (nota 29), pp. 250 ss.

⁴² D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado” (nota 31), pp. 39-82, especialmente pp. 79 y 80.

⁴³ Ver nuestro trabajo, citado en la nota 86

⁴⁴ E. JAYME, “Le droit international privé du nouveau millénaire”, *Recueil des Cours*, t. 282, 2000, pp. 13-40, esp. pág. 31.

⁴⁵ A. MENICOCCI, “La autonomía conflictual en el estatuto personal”, Ponencia en el XXIV Congreso de Derecho Internacional de la AADI, Rosario, 2012.

⁴⁶ F. VISCHER (nota 24), pp. 132.

⁴⁷ P. PICONE, “Cours general de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 276, 1999, pp. 25- 296, especialmente p. 188.

⁴⁸ Puede verse nuestro trabajo, “La responsabilidad social empresaria y sus implicancias en el derecho internacional privado laboral desde la perspectiva argentina”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, IJ Editores, n° 1, 2014.

⁴⁹ Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, adoptada en 1977 y enmendada en 2000 donde agrega (addendum) el listado de convenios en vigor y la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales de 1998; contiene un mecanismo de seguimiento basado en encuestas, procedimiento de interpretación y actividades de promoción a cargo del Sub Comité de Empresas Multinacionales. El sistema es débil pues la posibilidad de denuncia concreta es inexistente.

⁵⁰ Pacto Mundial, Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos de 2003, establece la corresponsa-

bilidad de las empresas junto a los Estados, su naturaleza jurídica es claramente voluntaria, sin embargo su tono normativo y sobre todo el proceso consultivo formal para su elaboración en cuanto autorizado por la ONU dotan de un plus de obligatoriedad.

⁵¹ Declaración sobre inversiones internacionales y empresas multinacionales contiene Directrices para Empresas Multinacionales de 1976 (versiones: 1979, 1982, 1984, 1991 y 2000 que incorpora los Puntos Nacionales de Contacto. Se aprecia un distinto grado de regulación por cuanto la declaración contiene normas vinculantes y las directrices consisten en recomendaciones, principios y normas voluntarias. Interviene tres organismos de la OCDE: el CIME (Comité de Inversiones y Empresas Multinacionales) que formula comentarios de valor interpretativo; el TUAC (Comisión Sindical fundada en 1948) con función consultiva y legitimación activa para formular reclamos concretos; y el BIAC (Comité consultivo Empresarial e Industrial) con facultad de plantear modificaciones normativas.

⁵² Puede apreciarse su funcionamiento en los casos: “River Riich Textil Ltd.” en Camboya y “Topy Top con SINTOTSA” en Perú.

⁵³ Por ej.: SA 8000 de SAI (Social Accountability International: ONG que desarrolló el certificado laboral que acredita a empresas, sindicatos y organizaciones sociales para que puedan realizar auditorías); ISO 14100 (Organización Internacional de Normalización: Red internacional de entidades de normalización y certificación, entre ellas AENOR); y Acuerdos entre empresas donde se establecen mecanismos de seguimiento y control como las Auditorías sociales “Tested to Wear” de Inditex, el cual contiene seis fases: desde la formación de los potenciales proveedores de su cadena de producción (I), hasta la realización de una auditoría social (III), Planes de acción correctiva (V) y Programas de seguimiento (VI) para verificar si se realizaron las acciones necesarias para corregir los incumplimientos detectados.

⁵⁴ Ver la base de datos BASI, www.ilo.org/basi.

⁵⁵ A. BRONSTEIN (nota 23), pp. 383.

⁵⁶ OIT, *Los sindicatos y el reto de la mundialización*, Ginebra, 1998.

⁵⁷ R. RODRÍGUEZ, “Los sindicatos ante la globalización. Esquema para su análisis”. Disponible en: www.fder.edu.uy/contenido/rrll/.../sindicatos-ante-globalizacion.pdf

⁵⁸ A. BRONSTEIN (nota 23), pp. 309 ss.

⁵⁹ M. DEL M. VIDAL, “Los acuerdos marco internacionales, ¿de la responsabilidad social empresaria a la negociación colectiva supranacional?”, pp. 16 ss., disponible en: www.fesweb.org/uploads/files/modules/congress/11/papers/852.pdf

⁶⁰ R. RODRÍGUEZ (nota 58), pp. 6.

⁶¹ J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA (nota 7), pp. 587 ss.; M. DEL M. VIDAL (nota 60), pp. 17.

⁶² L. R. GNECCO, “Las convenciones colectivas”, *Fuentes del derecho del trabajo*, en: J. Rodríguez Manzini (coord.), vol. 2, 1° ed, Buenos Aires, Astrea, 2013, pp. 165 ss.

⁶³ M. B. PUCCIARELLO, “Instrumentación de la responsabilidad social empresaria. Algunas experiencias en la República Argentina”, *DT*, noviembre 2008, pp. 997.

⁶⁴ En el acuerdo se plasmaron los siguientes compromisos:

a. velar por el respeto e independencia del pluralismo sindical, a no discriminar a afiliados y responsables sindicales, a promover la negociación colectiva y el derecho a la información.

- b. eliminar toda forma de trabajo forzado, condena del trabajo infantil, fijando en 18 años la edad mínima para el acceso al empleo y estableciendo contratos para jóvenes.
- c. no discriminar y promover, más allá de las reglas legales la lucha contra el racismo, sexismo, xenofobia y homofobia y contra toda intolerancia a las diferencias.
- d. velar por la formación profesional para promover el nivel más alto de igualdad y garantizar la igualdad de oportunidades en la movilidad profesional.
- e. asegurar las remuneraciones conforme el mínimo legal y reconocer igual remuneración por igual tarea
- f. implantar regímenes de jubilación suplementarios.
- g. respetar las jornadas de trabajo y tiempos de descanso.
- h. realizar acciones tendientes a elevar el nivel de salud y seguridad en el trabajo.
- i. comunicar el acuerdo a proveedores, subcontratistas, asociados industriales y redes de distribución solicitando se apliquen los convenios de la OIT.
- j. implantar un proceso para que las pequeñas empresas proveedoras y contratistas apliquen progresivamente los convenios de la OIT.
- k. implantar observatorios sociales locales integrados por las direcciones de recursos humanos y representantes sindicales.
- l. realizar reuniones cada 3 años con el objetivo de evaluar las acciones en marcha y efectuar los ajustes necesarios.

⁶⁵ M. DEL M. VIDAL (nota 60), pp. 13 ss.

⁶⁶ M. GARCÍA GYSBERT, “El convenio sobre el trabajo marítimo 2006”, elDial.com, DC-1B4A, publicado el 12/09/2013.

⁶⁷ F. MAUPAIN (nota 14), p. 303.

⁶⁸ F. MAUPAIN (nota 14), pp. “307 ss.

⁶⁹ T’JCE, 15/03/2001, “A. Mazzolini et Inter Surveillance Asstance SARL”, Rev. crit. DIP, 2001, pp. 495, nota de E. Pataut.

⁷⁰ Puede verse nuestro trabajo, “La autonomía de la voluntad en el contrato individual de trabajo con elementos internacionales”, RDCO, 2010-B, año 43, pp. 995.

⁷¹ Conclusiones n° 6 y 8 Congreso AADI (nota 39).

⁷² D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / C. FRESNEDO DE AGUIRRE (nota 32), p. 1036.

⁷³ 294 U.S. 532, 1935.

⁷⁴ CSJN, “Del Río, Jorge c. Banco de la Nación Argentina s. despido”, 09/10/2012, LL, 2012-F, p. 117; J. RODRIGUEZ MANCINI, Fuentes del derecho del trabajo, 1° ed., Buenos Aires, Astrea, 2013, Cap. XVI, pp. 285 y ss.

⁷⁵ B. AUDIT (nota 29), p. 189.

⁷⁶ B. AUDIT (nota 29), pp. 186-188.

⁷⁷ J. DOLINGER (nota 29), pp. 499-500.

⁷⁸ P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, Recueil des Cours, t. 196, 1986, pp. 9 ss., especialmente p. 29.

⁷⁹ F. POCCAR (nota 1), pp. 383 y 404.

⁸⁰ M.S. MOHAMED MAHMOUD, “Loi d’autonomie et methodes de protection de la partie faible en droit international privé”, Recueil des Cours, t. 315, 2005, pp. 151 ss., especialmente pp. 211-215.

⁸¹ J. DOLINGER (nota 29), pp. 357 ss.

⁸² F. MAUPAIN (nota 14), pp. 277, 359 ss.

⁸³ J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA (nota 7).

⁸⁴ F. MAUPAIN (nota 14), pp. 396.

⁸⁵ J. P. LANDA ZAPIRAIN, “Eficacia y efectividad del derecho de las relaciones laborales internacionales”, Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social, Universidad Castilla La Mancha, 2005

Resumen

La protección de los consumidores ya es, en la mayoría de los países, una preocupación y una realidad en derecho interno. No obstante, esta protección no es todavía tan frecuente en el ámbito del derecho internacional. Si en algunos países ya existe un conjunto de reglas especialmente creadas para este tipo de contrato, con reglas aplicables a los conflictos de leyes y de jurisdicción, en otros las soluciones están todavía en discusión. En este artículo, nos interesamos por el caso específico del rol que tiene la voluntad de las partes en la determinación de la jurisdicción competente y estudiaremos, de forma comparada, las soluciones de derecho francés y de derecho brasileiro a este tema.

Résumé

La protection des consommateurs est déjà, dans la plupart des pays, une préoccupation et une réalité en droit interne. Cette protection n'est pourtant pas si courante en droit international. Si dans certains pays il existe déjà un ensemble de règles spécialement conçues pour ce type de contrat, avec des règles applicables aux conflits de lois et de juridiction, dans d'autres les solutions sont encore en discussion. Dans cet article, nous nous intéressons au cas spécifique de la place qui a la volonté des parties dans la détermination de la juridiction compétente. Nous étudions de façon comparée les solutions du droit français et du droit brésilien à cette question.

Sommaire

- I. Introduction.
- II. Le droit français.
 1. La licéité des clauses attributives en droit français.
 2. La validité des clauses attributives en droit français commun.
- III. Le droit brésilien.
 1. La licéité des clauses attributives en droit brésilien.
 2. La validité des clauses attributives en droit commun brésilien.
- IV. Conclusion.

L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation: une étude sur la clause attributive de juridiction

Paula Serra Freire*

I. Introduction

La protection des consommateurs est déjà, dans la plupart des pays, une préoccupation et une réalité en droit interne. Cette protection n'est pourtant pas si certaine en droit international. Dans certains pays, comme en France, il existe déjà un ensemble de règles de droit international spécialement conçues et applicables aux contrats internationaux de consommation, avec des règles applicables aux conflits de lois et de juridiction. Par contre, dans d'autres pays ces règles de droit international privé de consommation ne sont pas encore une réalité, comme c'est le cas du Brésil.

Ici, nous nous intéressons à une question très spécifique de la protection des consommateurs en droit international. Nous allons étudier la place que le droit français et le droit brésilien laissent à la volonté des parties dans la détermination de la juridiction applicable dans le cadre des contrats

internationaux de consommation. Ou, dans d'autres mots, à la possibilité d'insérer une clause attributive de compétence ces contrats.

La finalité des clauses attributives de juridiction, au moins dans les relations contractuelles internationales, est liée aux besoins de sécurité juridique, de souplesse et de prévisibilité. Ces clauses sont utilisées très fréquemment dans le commerce international pour éviter qu'une des parties au contrat puisse, de façon unilatérale, déterminer un élément tellement important¹. Ce qui n'est guère contestable en présence d'un contrat équilibré, comme c'est normalement le cas des contrats du commerce international.

Par contre, dans le cas des contrats déséquilibrés, comme dans le cas des contrats de consommation, normalement les clauses ne sont pas négociées librement par les parties et sont imposées par une partie à l'autre. Dans ces cas, les clauses attributives de

juridiction conduisent le plus souvent à un choix qui convient à la partie plus forte.

Le risque de ces clauses pour les consommateurs existe dans les rapports internes mais aussi dans les rapports internationaux². Pour certains, le moyen le plus simple pour protéger les consommateurs serait la non-acceptation toute simple de ces clauses. Pourtant, nous pouvons envisager d'autres façons de protéger le consommateur des risques liés à la clause d'attribution de juridiction.

Au lieu d'interdire ces clauses, par exemple, nous pourrions par exemple envisager une autonomie de la volonté limitée, en permettant un certain choix limité à deux ou trois juridictions déterminées par le législateur. Nous pourrions aussi envisager, l'autonomie de la volonté sans limites dès que le choix serait postérieur au début du différend (et non dans une clause insérée dans le contrat). Dans ce cas, la prohibition absolue de l'autonomie de la volonté pourrait même être préjudiciable au consommateur, qui serait privé de la possibilité de négocier avec le professionnel une juridiction différente de celle de son domicile, et qui pourrait pour une raison ou une autre lui être plus favorable³. Cela n'est pas

en contradiction avec la protection du consommateur comme partie faible une fois qu'à ce moment-là, quand le différend entre les parties est déjà commencé, le consommateur n'est plus dans une situation de faiblesse comme au moment de la conclusion du contrat⁴.

Ainsi, nous allons étudier ici la solution adoptée par les systèmes juridiques français (Section I) et brésilien (Section II) aux clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux de consommation.

Nous avons choisi de mener cette comparaison en partant du principe de la double nature des clauses attributives de juridiction⁵, nous allons alors voir d'abord les questions liées à la licéité de la clause et ensuite celles liées à la validité de la clause attributive dans les contrats de consommation.

D'une part, nous avons alors la question de la licéité de l'objet ou de l'effet de l'attribution. L'acceptation de la prorogation ou dérogation de la compétence d'un tribunal donné devrait être régie par la loi de l'État de ce tribunal, conformément à la règle selon laquelle chaque État régit la compétence de ses tribunaux et par conséquent, aucun État ne devrait régir la compétence des tribunaux

d'autres États. Alors seulement la loi de l'État qui a sa compétence créée par la clause attributive, ou exclue par cette clause, peut être utilisée pour décider de la licéité ou de l'admissibilité de principe de cette clause.

D'autre part, se pose la question de la validité de l'acte juridique, qui a une nature contractuelle comme les autres clauses du contrat. La validité peut être conditionnée par des règles de forme, ou des considérations liées au caractère abusif de ces clauses attributives.

Cette analyse en deux temps montre la complexité du sujet, qui n'est pas toujours évidente à première vue. C'est aussi intéressant de voir que la protection des consommateurs peut jouer au niveau de la licéité ou de la validité (ou aux deux niveaux). Et ce double jeu nous intéresse parce qu'il peut être utilisé pour permettre une meilleure protection au consommateur sans l'imposition de prohibitions qui pourrait porter atteinte au commerce international.

II. Le droit français

Nous allons d'abord analyser les réponses du droit français (et conséquemment du droit européen) à la question de la licéité des clauses

attributives insérées dans des contrats internationaux de consommation (1) et ensuite la validité de ces clauses (2).

1. La licéité des clauses attributives en droit français

Aujourd'hui en France nous avons une prohibition des clauses attributives en droit interne⁶ qui a été écarté des rapports internationaux par la jurisprudence. Ainsi, en droit international privé français les clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats internationaux sont licites⁷.

Pourtant, ce principe de licéité n'était pas absolu, il serait soumis à deux conditions. Premièrement, les clauses attributives seraient licites dans le cas de litiges internationaux et, deuxièmement, elles ne devraient pas faire échec aux compétences territoriales impératives.

Mais quel serait alors le sort d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat international de consommation? Depuis 2009, nous avons une réponse à cette question, avec la création de la règle de compétences territoriale en matière de consommation de l'article L141-5 du Code de la consommation⁸. Cette règle pourrait être appliquée, d'après

la jurisprudence, comme une exception à la règle de la licéité des clauses attributives de juridiction dans les rapports internationaux. Mais pour cela il faut que cette règle de l'article L141-5 soit considérée une règle de compétence territoriale impérative, à laquelle il ne peut pas être dérogé par les parties. Il faut attendre pour savoir comment la jurisprudence va résoudre cette question.

Si la jurisprudence française décide de suivre ce chemin, on comprend que cette application de l'article L141-5 du Code de la consommation comme règle de compétence territoriale impérative et en conséquence l'interdiction des clauses attributives dans les contrats internationaux de consommation peut trouver des supports. Cette solution se justifierait, dans le cas des consommateurs, par les risques liés à la conclusion d'un contrat international qui contient un choix de for.

Alors, si en droit commun français la question reste ouverte, en droit européen, par contre, il n'y a pas de doute sur la licéité en général des clauses attributives en droit communautaire. La Convention de Bruxelles affirmait déjà le principe de licéité de ces clauses, et ce principe n'a pas été modifié par le Règlement Bruxelles I ni par la version

révisé du règlement (voir l'article 23 du Règlement Bruxelles I et l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis, ainsi que le considérant 19 de ce dernier).

Dans le cas particulier des contrats internationaux de consommation, les clauses attributives sont aussi licites. L'article 19 du Règlement Bruxelles I bis prévoit la possibilité que les clauses attributives de juridiction soient insérées dans des contrats internationaux de consommation, ce qui était déjà possible au sein de la Convention de Bruxelles. Ces clauses sont pourtant admises d'une façon très limitée dans le dessein de protection des consommateurs⁹.

Cette limitation s'explique par le risque que ces clauses peuvent entraîner dans une relation de consommation, où elles sont dans la plupart des cas imposées aux consommateurs et peuvent créer des barrières à l'accès à la justice si elles désignent comme compétente la juridiction d'un pays qui n'est pas celui de son domicile.

L'article 19 du Règlement Bruxelles I bis prévoit seulement trois cas où les clauses attributives en matière de contrats de consommation seraient licites. D'après cet article, les clauses attributives de juridiction doivent obligatoirement: être postérieures à

la naissance du différend, permettre au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux des articles 14 de la Convention, ou bien attribuer compétence aux tribunaux de l'État dans lequel les deux parties avaient leur domicile au moment de la conclusion du contrat¹⁰.

Ces trois cas de licéité des clauses attributives ont donné lieu à beaucoup de discussions, notamment le troisième cas qui paraît viser la protection du professionnel et non du consommateur¹¹. Ici, il paraît que le besoin de sécurité juridique et de prévisibilité des parties au moment de la conclusion du contrat a gagné sur le besoin de protection des consommateurs.

De toute façon, cette règle a une portée réduite. En premier lieu, les tribunaux compétents seraient ceux d'un pays qui a été le domicile du consommateur (il sera alors familiarisé avec la langue, les lois et les coutumes). Ensuite, son application est limitée par la condition de la non interdiction de la convention par la loi du pays du domicile commun. Ainsi, cette règle particulièrement avantageuse pour le professionnel ne va pas se voir appliquée très souvent, dès lors que dans plusieurs États ce type de convention est interdit¹², comme c'est le cas de la France¹³.

Alors, le principe est celui de la non acceptation des clauses attributives, sauf dans quelques exceptions. Nous arrivons ainsi à la conclusion que, dans la pratique, les cas de contrats internationaux de consommation avec une clause attributive valide seront très rares.

Un deuxième type de règle prorogative de compétence est aussi prévue par la Convention et par le Règlement, c'est le cas de la comparution volontaire. La Convention prévoyait déjà cette possibilité dans son article 18 qui devient l'article 26 au Règlement Bruxelles I bis. Selon cet article, "outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent Règlement, la juridiction d'un État membre devant lequel le défendeur comparait est compétente", sauf si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 24 dans le Règlement. La nouveauté de l'article 26 du Règlement Bruxelles I bis réside dans le nouveau paragraphe 2 de cet article selon lequel dans les matières visées aux sections 3 (assurances), 4 (consommation) ou 5 (travail), avant de déclarer la compétence en vertu de la règle du paragraphe premier, la juridiction doit assurer que le défendeur est informé de son

droit de contester la compétence de la juridiction et des conséquences d'une comparution ou d'une absence de comparution.

On doit approuver cet amendement, qui se justifie dans le cas où par manque l'information, le consommateur défendeur pourrait être amené à comparaître devant le tribunal choisi par le professionnel, qui probablement serait un tribunal favorable à celui-ci, sans connaître les conséquences de cette comparution¹⁴.

Finalement, bien que les clauses attributives insérées dans des contrats de consommation puissent être licites dans certains cas, elles ne seront donc pas toujours valides.

2. La validité des clauses attributives en droit français commun

Comme nous l'avons vu dans la partie qui précède, on peut dire qu'en droit interne il ne serait pas nécessaire d'analyser la validité des clauses attributives dans un contrat de consommation interne parce qu'elles sont illicites. Pourtant, comme nous avons vu plus haut, dans les rapports internationaux il existe encore de doutes sur la licéité de ces clauses. Il est pourtant difficile

aujourd'hui de savoir quelles règles de validité seraient applicables dans le cas où la jurisprudence finit pour décider pour la licéité des clauses attributives dans les contrats internationaux de consommation. Seraient les mêmes règles de validité applicables dans le cas des contrats internationaux en général? Ou ces règles seraient adaptées aux rapports de consommation?

En droit européen par contre la réponse est plus claire. La validité des clauses attributives de compétence est régie par le Règlement Bruxelles I bis. En effet, l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis en général et l'article 19 dans le cas des consommateurs affirme non seulement la licéité de la clause attributive de juridiction, comme nous l'avons vu plus haut, mais il prévoit aussi la réponse à la question de la validité formelle et au fond des conventions.

L'article 25 du Règlement a prévu quelques considérations sur les conditions de validité de la clause attributive de juridiction. Cet article établit que la validité de la clause se détermine par application du droit de l'État membre de la juridiction ou des juridictions désignées dans la clause, étant entendu qu'il faut prendre aussi en considération les règles de conflit

de lois de cet État membre pour cette détermination¹⁵.

En ce qui concerne la forme, l'article 25 établit que la clause doit être conclue : par écrit (y compris par des moyens électroniques) ou verbalement avec confirmation écrite ; sous une forme conforme aux habitudes que les parties ont entre elles ; ou dans le commerce international sous une forme conforme aux usages dont les parties ont (ou devraient avoir) connaissance et qui sont largement connus et observés dans des cas similaires.

L'article 25 n'impose pas expressément une condition d'internationalité pour que la clause attributive soit valable. Mais la doctrine et la jurisprudence paraissent être d'accord sur la subordination de la validité de la clause à la reconnaissance du caractère international de la situation¹⁶. Cette condition était aussi mentionnée dans le rapport Jénard¹⁷. Sur ce point, un arrêt de la Cour de cassation française du 4 octobre 2005 apporte deux considérations qui doivent être remarquées¹⁸. Premièrement, la Cour affirme que l'application de l'article 17 de la Convention de Bruxelles (aujourd'hui article 25 du Règlement Bruxelles I bis) devrait être "subordonnée à reconnaissance du caractère international de la

situation". Cette décision est opportune, elle va dans le sens de l'esprit de la Convention même qui a été créée pour régler des litiges internationaux et intracommunautaires, et cela vaut aussi pour le Règlement Bruxelles I qui n'a pas non plus vocation à régler les litiges purement internes¹⁹.

Mais la Cour détermine aussi que le caractère international de la situation doit s'apprécier, pour des motifs de sécurité juridique, au moment de la conclusion de la clause attributive de juridiction. Quant à la détermination de ce qui doit être considéré comme un rapport international, la Cour paraît analyser l'extranéité (ou son absence) des différents rattachements de la situation et appliquer le critère de la prépondérance des rattachements à un ordre juridique donné²⁰.

Pour ce qui est de l'autonomie de la clause attributive, elle est admise en droit européen, comme en droit français, depuis l'arrêt Benincasa dans lequel la Cour de justice a déterminé que la clause attributive doit être considérée comme une clause autonome et indépendante du reste du contrat²¹. Cette décision a été finalement incorporée dans le Règlement Bruxelles I bis, dans son article 25,5 selon lequel "une convention attributive de

juridiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat" et que "la validité de la convention attributive de juridiction ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable".

Mais, à part ces règles de validité établies dans le Règlement, nous devons aussi prendre en compte les règles relatives aux clauses abusives et l'effet qu'elles peuvent avoir sur les clauses attributives dans les contrats de consommation. Il faut alors analyser la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs²².

Selon l'article 3²³, et le point 1(q) de la liste annexée à la Directive²⁴, une clause qui supprime ou entrave l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur peut être déclarée abusive. Dans ces termes, une clause attributive serait considérée abusive.

III. Le droit brésilien

Nous avons déjà étudié le régime de la clause attributive dans le droit français, maintenant nous allons analyser le régime appliqué par le droit brésilien aux clauses attributives et dans quelle

façon il est différent du droit français et européen. Nous allons utiliser la même analyse divisée en licéité (1) et validité (2) de la clause et étudier les règles de droit commun et celles de source internationale applicables au Brésil.

1. La licéité des clauses attributives en droit brésilien

Le Code de protection du consommateur brésilien ne prévoit pas de règles spécifiques sur la licéité des clauses attributives de juridiction dans les contrats de consommation, ni pour les rapports internes ni pour les rapports internationaux²⁵.

Jusqu'à il y a très peu de temps, le Code de procédure civile brésilien ne prévoyait pas non plus de règles générales sur les clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux. Mais depuis la récente réforme du code²⁶, l'article 25 prévoit que les tribunaux brésiliens ne sont pas compétents lorsqu'une clause exclusive d'élection de for a été accordée entre les parties. Il faut attendre la réaction de la doctrine et de la jurisprudence, et leur adaptation à cette nouvelle règle, pour savoir si et comment cette règle sera appliquée aux contrats de consommation.

Avant cette réforme, c'était la doctrine et la jurisprudence qui déterminaient la solution au sujet de la licéité des clauses attributives de compétence en matière de contrats internationaux de consommation. La jurisprudence sur le sujet des contrats internationaux de consommation au Brésil n'est pourtant pas très nombreuse et il n'y a pas de décisions qui traitent directement le sujet des clauses attributives. Ainsi, face à l'absence de règles claires sur l'acceptation ou non de la licéité des clauses attributives dans le cadre des contrats de consommation, il est important d'étudier aussi le régime de ces clauses dans les contrats commerciaux. Cela pourrait servir comme un indicatif d'une éventuelle décision sur une clause attributive dans un contrat de consommation.

En droit brésilien les clauses attributives de juridiction sont acceptées dans les contrats commerciaux internes. Sur ce sujet il existe même une Súmula du Supremo Tribunal Federal (Súmula 335) selon laquelle l'élection de for est licite pour des litiges nés de contrats²⁷. Pourtant, même si cela peut paraître contradictoire, la licéité des clauses attributives n'était pas claire pour les contrats internationaux²⁸. Ce doute existait même si la doctrine était majoritairement d'accord avec la licéité des clauses attributives dans les contrats

internationaux²⁹. Les arguments pour cette acceptation reposaient surtout sur l'article 88 du Code de procédure civile brésilien (article 21 après la réforme), qui contenait des règles de compétence concurrente (en opposition à l'article 89 sur la compétence exclusive). Or, d'après la doctrine, si le législateur avait choisi de créer deux groupes de compétence différents, c'était bien parce qu'il a voulu laisser ouverte aux parties à un contrat la possibilité du choix entre la juridiction brésilienne et une juridiction étrangère³⁰. En plus, si la possibilité de prorogation des compétences de l'article 88 n'était pas possible, alors ces compétences devraient aussi être comprises comme exclusives³¹.

Un dernier argument qui était utilisé par la doctrine défendant l'acceptation des clauses attributives était tiré du Protocole de Buenos Aires³² créé en 1994 au sein du Mercosul et ratifié par le Brésil deux ans après. Ce protocole prévoit la possibilité d'élection de juridiction dans son article 4. Ainsi, par application du principe selon lequel une règle postérieure déroge à une règle existante en cas de conflit, la licéité des clauses attributives prévue dans le protocole devrait prévaloir, au moins dans le cas entrant dans le champ d'application du protocole³³.

Contrairement à l'acceptation des clauses attributives, les arguments seraient notamment l'absence de règle sur le sujet dans l'ordre juridique brésilien. Le seul article qui fait mention de la possibilité de prorogation d'une compétence est l'article 111 du Code de procédure civile, qui est pourtant inséré dans un chapitre intitulé "De la compétence interne", et pour cette raison ne peut pas être utilisé dans le cas des contrats internationaux ou de la prorogation d'une compétence internationale³⁴.

La jurisprudence brésilienne reste pourtant controversée. Et dans le cas particulier des contrats internationaux de consommation il faut aussi prendre en considération la tendance de l'État brésilien à exercer un contrôle rigoureux sur les contrats privés dans le but de protection de la partie plus faible³⁵.

Selon une décision du Tribunal supérieur de justice du 8 août 2000, la compétence internationale concurrente de l'autorité judiciaire brésilienne n'est pas susceptible d'être écartée par les parties³⁶. Le tribunal justifie sa décision en s'appuyant sur une partie de la doctrine qui défend encore que la juridiction d'un État ne peut pas être soumise à la volonté des parties, et que les parties pourraient modifier

la compétence territoriale mais non l'extension de la juridiction nationale³⁷. D'après cette décision, les règles de compétence internationale sont d'ordre public et pour cette raison la compétence internationale serait toujours absolue³⁸.

Cet arrêt du Tribunal supérieur de justice brésilien a été repris dans plusieurs autres arrêts du même tribunal et aussi des tribunaux des États de la fédération³⁹. Il est la base de cette jurisprudence prépondérante à l'encontre des clauses attributives insérées dans des contrats internationaux qui écartent la compétence des tribunaux brésiliens⁴⁰.

Cette jurisprudence contre les clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux n'est pourtant pas unanime. Il existe aussi une jurisprudence minoritaire qui valide les clauses attributives de compétence dans des cas de contrats internationaux⁴¹. L'un des exemples le plus importants de cette jurisprudence minoritaire est une décision du 3 février 2005 dans laquelle le Tribunal supérieur de justice brésilien a décidé que l'élection d'un for étranger est valide, sauf quand le litige implique des intérêts publics⁴².

Ces décisions ne sont pourtant pas forcément un signe d'un changement de la tendance jurisprudentielle dès lors qu'il y a des décisions postérieures à celles-ci qui se prononcent contre la validité des clauses attributives⁴³. Aussi, dans quelques cas la clause attributive a été considérée comme inapplicable alors que les tribunaux brésiliens n'étaient pas compétents par application des règles de compétence des articles 88 et 89 du Code de procédure civile (aujourd'hui articles 21 et 23 du nouveau Code de procédure civile)⁴⁴. Dans le cas du recours spécial 242.383/SP mentionné par exemple, l'obligation objet du contrat avait été exécutée à l'étranger par une entreprise qui n'avait pas de filiale au Brésil, alors on pourrait dire que le rattachement avec le Brésil n'était pas assez fort pour imposer la compétence des tribunaux brésiliens. Ces décisions minoritaires montrent simplement que la jurisprudence sur cette matière ne donne pas une réponse définitive à la question de la validité des clauses attributives.

Nous ne sommes pas d'accord avec cette jurisprudence majoritaire qui nie la validité aux clauses attributives. Il nous paraît difficile de justifier que l'élection de for soit possible dans les contrats internes mais non dans les contrats internationaux. Cela paraît

un excès de nationalisme dans l'application des règles de compétence internationale et la tendance des tribunaux brésiliens de ne pas accepter la juridiction étrangère quand le litige a un rattachement avec le Brésil, même quand la compétence brésilienne n'est pas exclusive et quand le rattachement n'est pas suffisamment fort.

En plus, il est difficile de justifier ces décisions aujourd'hui, parce que les clauses compromissaires sont déjà acceptées largement dans les contrats internationaux par la jurisprudence brésilienne⁴⁵. Alors, si les parties peuvent déroger à la compétence brésilienne en faveur d'un tribunal arbitral, pour quoi ces parties ne pourraient-elles pas déroger aux tribunaux brésiliens en faveur d'un tribunal étranger?

Si, dans le cas des contrats du commerce international les clauses attributives ont du mal à trouver acceptation par les tribunaux brésiliens, nous pouvons prévoir que cette jurisprudence va se flexibiliser avec le temps dans le sens de l'acceptation de ces clauses.

Dans le cas des contrats entre un professionnel et un consommateur il n'est pourtant pas possible affirmer que ces clauses trouveront le même sort, il faudra attendre quelques décisions

sur des cas spécifiques de contrats internationaux de consommation⁴⁶.

Au niveau des règles de source internationale, nous n'avons pas non plus de règle au sujet des clauses attributives dans les contrats internationaux de consommation. Au Mercosul, nous avons le Protocole de Buenos Aires sur la compétence en matière contractuelle qui prévoit une règle de validité des clauses attributives dans son article 4⁴⁷, mais ce protocole, dans son article 2, alinéa 6, a exclu de son champ d'application "les contrats de vente au consommateur".

Une interprétation littérale de cet article peut conduire à la conclusion que les contrats de consommation qui ne sont pas de vente, des contrats de service par exemple, devraient être compris comme inclus dans le champ d'application du protocole. Nous sommes de l'avis pourtant que ce protocole doit être interprété dans le cadre de l'ensemble normatif dont il fait partie. Ainsi, si nous analysons l'ensemble des règles créées au sein du Mercosul nous voyons qu'il existe le Protocole de Santa Maria⁴⁸ sur le même sujet de la compétence et qui régit spécifiquement les rapports de consommation, ce sont alors des règles postérieures et spéciales. Cet argument

nous paraît suffisant pour exclure du champ d'application du Protocole de Buenos Aires tous les contrats de consommation. Et cela même dans le cas des questions qui ne sont pas réglées par le protocole postérieur, comme c'est le cas des clauses attributives.

Ainsi, au MERCOSUL, pour les contrats de consommation, la juridiction compétente devrait être déterminée par application du Protocole de Santa Maria. Malheureusement, ce protocole ne prévoit pas de règle sur les clauses attributives de juridiction⁴⁹.

Comment interpréter alors cette omission sur les clauses attributives ? Pour certains, en l'absence de prohibition expresse la clause devrait être considérée licite. Pour d'autres, malgré le manque d'interdiction expresse des clauses attributives, ces clauses doivent être considérées interdites⁵⁰. Cette deuxième interprétation paraît prédominer et avoir aussi plus d'arguments de poids pour la supporter. D'une part, d'une analyse d'ensemble des deux protocoles sur la juridiction créés au sein du MERCOSUL, le Protocole de Buenos Aires et le protocole de Santa Maria, on constate qu'une règle sur les clauses attributives a été incluse dans le premier mais pas dans le deuxième, ce

qui peut être interprété comme une omission intentionnelle. D'autre part, selon la doctrine, les États membres du MERCOSUL ont toujours montré une position restrictive en ce qui concerne les clauses attributives, notamment dans les rapports de consommation⁵¹.

Dans ce sens, on remarque une décision du Tribunal Permanent du MERCOSUL qui touche le sujet des clauses attributives. Dans l'avis consultatif (Opinião Consultiva) n° 1/2007⁵² le Tribunal permanent de révision du MERCOSUL déclare que les clauses attributives sont valides si les conditions énoncées par le Protocole de Buenos Aires sont remplies. Le cas n'était pas un litige sur un contrat de consommation mais le tribunal déclare aussi que dans les contrats de vente à un consommateur, il ne serait pas possible de donner application à l'autonomie de la volonté pour choisir le for et le droit applicable⁵³. Certains auteurs interprètent cette décision du Tribunal permanent de révision du MERCOSUL en ce sens que les clauses attributives dans les contrats de consommation seraient contraires à l'ordre public du MERCOSUL⁵⁴.

Il est à notre avis un peu précipité d'en conclure une telle contrariété à l'ordre public régional. D'abord parce que le

tribunal n'utilise pas ces mots pour justifier la non applicabilité des clauses attributives aux contrats de consommation. Ensuite, parce que le tribunal s'est prononcé sur l'applicabilité des clauses attributives dans les contrats de consommation dans une décision sur un contrat entre commerçants. Finalement, cet avis n'est pas un précédent et il n'est pas certain que cette décision serait utilisée comme une référence dans un avis sur l'applicabilité des clauses attributives dans les contrats de consommation.

Finalement, au Brésil nous avons une jurisprudence inconstante sur la licéité des clauses attributives en contrats de consommation et une absence de règles internationales. Pourtant, curieusement, la question de la validité de ces clauses paraît avoir été plus discutée et s'être développée considérablement. Alors, au Brésil il paraît que la solution va plutôt dans la voie du non acceptation de leur validité.

Face à cette inconsistance sur la licéité et sur les développements sur la validité des clauses attributives, nous pensons qu'il est important analyser ce qui se décide en droit brésilien à propos de la validité des clauses attributives.

2. La validité des clauses attributives en droit commun brésilien

Comme nous l'avons déjà mentionné, la double nature de la clause attributive fait que sa validité et sa licéité soient deux questions qui doivent être analysées séparément et peuvent même être régies par des lois différentes. Ainsi, si la licéité doit être régie par la loi du for, étant donné que c'est une question liée à la souveraineté de l'État, la validité au fond de la clause est une question contractuelle et doit être déterminée par la loi qui indique la règle de conflit de l'État du juge saisi.

Nous avons déjà analysé la question de la licéité de la clause dans les contrats internationaux de consommation en droit brésilien et la jurisprudence ne paraît avoir encore une conclusion claire sur le sujet. Maintenant nous devons analyser la solution du droit brésilien quant à la validité de ces clauses.

Comme nous l'avons vu, le droit de la consommation au Brésil a un standard de protection très haut qui dans le cas des clauses attributive se matérialise par une tendance à considérer ces clauses comme illicites. Mais comme les juges ne paraissent pas décider

sur l'illicéité de ces clauses de forme constante, nous nous demandons quelle serait l'analyse d'un juge brésilien sur la validité de ces clauses en droit de la consommation. Serait-il plus facile pour le juge de se prononcer sur la non application de ces clauses plutôt par la voie de la non validité?

Sur le sujet de la détermination du caractère abusif de certaines clauses, par exemple, le législateur brésilien a établi quelques règles similaires aux règles prévues par le droit communautaire en matière de clauses abusives, notamment par l'utilisation des listes de clauses considérées abusives⁵⁵.

En effet, le Code brésilien de protection du consommateur prévoit dans son article 51 une liste de clauses qui sont considérées comme nulles de plein droit. Dans cette liste nous trouvons les clauses qui obligent l'utilisation de l'arbitrage mais cette liste ne fait pas mention aux clauses attributives de juridiction.

Même si les clauses attributives ne sont pas incluses dans l'énumération de l'article 51 du Code brésilien de protection du consommateur, cela ne veut pourtant pas dire qu'elles ne seront pas considérées comme nulles par les juges brésiliens. En effet, l'énumération de

l'article 51 est ouverte et non limitée. Du point de vue de l'interprétation littérale de l'article, cette liste pourrait être complétée par le juge avec d'autres clauses non énumérées par le législateur. Cela parce que l'expression "parmi d'autres" a été insérée à la fin de l'article 51 par le législateur dans le but de permettre cet élargissement. Sans surprise, les juges ont interprété cet article 51 comme une énumération à titre illustratif et ont avec le temps élargi la liste de clauses considérées comme abusives (et nulles) au sein de cet article 51.

Devant cette liberté donnée aux juges par le législateur, et pour éviter un éparpillement trop grand des décisions, le Ministère de la justice brésilien a édicté plusieurs ordonnances ministérielles (Portarias) pour orienter et harmoniser l'application de l'article 51 du Code brésilien de protection du consommateur ainsi que d'autres règles prévues par d'autres lois sur le sujet des clauses abusives.

Ainsi, si nous prenons une de ces ordonnances, l'ordonnance ministérielle n° 4 édictée le 13 mars 1998, nous allons voir que le Ministère de la justice brésilien a énoncé une liste de clauses qui doivent être considérées comme abusives et nulles en plus des clauses

déjà énoncées dans l'article 51 du Code brésilien de protection du consommateur. Dans cette liste, nous trouvons les clauses d'élection de for qui indiquent comme compétent un tribunal différent de celui de la résidence du consommateur⁵⁶. D'après cette ordonnance, les clauses attributives devraient être considérées comme abusives par les juges brésiliens, sauf dans le cas où le tribunal choisi par les parties coïncide avec le tribunal de la résidence du consommateur (ce qui est plutôt rare dans le cas des contrats internationaux de consommation).

La raison de l'inclusion des clauses attributives dans la liste de clauses considérées comme abusives par le Ministère de la justice ne surprend pas. La protection de l'accès à la justice par les consommateurs est une valeur très importante dans le droit brésilien et la conclusion de contrats avec ces clauses est un risque pour les consommateurs. Si elle entrave la défense du consommateur, la clause attributive est alors contraire aux principes de protection du consommateur, dont le droit à la réparation des dommages, le droit à l'accès à la justice et le droit à la facilitation de la défense du consommateur établis par l'article 6 (alinéas VI, VII et VIII) du Code brésilien de protection du consommateur⁵⁷.

La conséquence du caractère abusif de la clause est sa nullité. L'article 51 du Code brésilien de protection du consommateur affirme que les clauses abusives sont nulles de plein droit. D'après la jurisprudence, le juge pourrait déclarer la clause nulle *ex officio*, dès lors que les dispositions du Code brésilien d'après son article 1er, sont considérées comme des dispositions d'ordre public⁵⁸.

Ni l'article 51 du Code brésilien de protection du consommateur, ni l'ordonnance ministérielle n° 4 du Ministère de la justice ne font mention de la possibilité d'application de la règle de nullité des clauses attributives (considérées comme abusives) aux rapports internationaux⁵⁹. La doctrine brésilienne a pourtant répondu à cette question et considère que cette nullité des clauses attributives dans les contrats de consommation doit s'appliquer aussi dans les rapports internationaux⁵⁹. Les arguments de la doctrine pour justifier cette application à l'ordre international vont cependant dans le sens de que ces règles matérielles de protection du consommateur qui déterminent la nullité de certaines clauses doivent être considérées comme des lois d'application immédiate, extraterritoriales et d'ordre public international⁶⁰.

Ce caractère d'ordre public international des règles de protection du consommateur du Code brésilien de protection du consommateur, comme nous l'avons déjà mentionné, a été expressément déterminé par le législateur, dans l'article premier du Code brésilien de protection du consommateur. Il faut aussi remarquer qu'en droit brésilien en général les règles d'origine constitutionnelle, comme c'est le cas des règles de protection des consommateurs, sont considérées comme d'ordre public international, par application de l'article 4 du Code Bustamante selon lequel les dispositions constitutionnelles sont d'ordre public international⁶¹.

Alors comment les juges appliquent-ils cette règle du caractère abusif de la clause attributive dans les contrats internationaux de consommation? La jurisprudence n'est malheureusement pas significative sur ce sujet, mais quelques arrêts des tribunaux supérieurs doivent être étudiés.

La jurisprudence semble être plutôt contre la validité des clauses attributives dans les contrats internationaux, mais cela pourrait être différent dans le cas où les consommateurs sont des personnes morales. On rappelle

qu'en droit brésilien la définition du consommateur est assez étendue pour comprendre tant les personnes physiques comme les personnes morales.

Dans un arrêt du Tribunal supérieur de justice brésilien, il a été décidé que la clause attributive était valide parce que le consommateur (une personne juridique) n'était pas dans une situation de faiblesse⁶².

Par la lecture de ces arrêts il apparaît que la jurisprudence s'incline vers la validité des clauses attributives quand le consommateur est une personne morale, mais il nous paraît qu'il faut pourtant attendre d'autres cas pour savoir si une jurisprudence consolidée va être créée dans ce sens⁶³. Une partie de la doctrine interprète pourtant ces arrêts comme une règle de validité dans le cas des personnes morales⁶⁴.

Il faut aussi remarquer que malheureusement dans certains cas les tribunaux ignorent simplement l'existence de la clause attributive quand le litige a des liens étroits avec le Brésil et appliquent automatiquement (sans déclarer l'invalidité de la clause attributive) la règle du Code de protection du consommateur selon laquelle le consommateur demandeur peut intenter une action

contre le professionnel dans son domicile (art. 101, I)⁶⁵. Cela était le cas de l'arrêt dans l'affaire Punta del Este restée emblématique⁶⁶.

Ces décisions montrent une forte tendance contre l'acceptation des clauses attributives dans les contrats de consommation et une préférence marquée des tribunaux brésiliens pour l'application des règles de protection des consommateurs brésiliens même dans des cas très fortement rattachés à des pays tiers (et par conséquent ayant très faibles liens avec le Brésil).

Nous sommes de l'avis que même si le consommateur a besoin de protection en ce qui concerne l'accès à la justice, cette protection devrait avoir des limites. L'autonomie de la volonté ne devrait pas être complètement éliminée seulement parce que le consommateur peut souffrir des abus des professionnels. L'autonomie de la volonté des parties pourrait être plutôt limitée et conditionnée. Cela, parce que les contrats de consommation entrent dans la sphère du privé et même si une interférence de l'État est acceptable pour équilibrer la relation entre une partie faible comme le consommateur et son cocontractant professionnel, nous ne sommes pas

d'accord avec une interférence exagérée. L'autonomie de la volonté doit être limitée, mais cela ne veut pas dire qu'elle doit être éliminée du contrat de consommation⁶⁷.

IV. Conclusion

Il est incontestable que les clauses attributives de juridiction peuvent être dangereuses pour les consommateurs internationaux et que ces consommateurs ont besoin de protection aussi bien que les consommateurs internes. Pourtant, si nous sommes d'accord avec ce besoin de protection des effets néfastes de la clause attributive de juridiction insérée dans un contrat de consommation, nous sommes aussi conscients du besoin de sécurité juridique et de prévisibilité dans les contrats internationaux de consommation.

Il n'est pas facile de trouver un équilibre, mais à notre avis il paraît que la simple interdiction des clauses attributives dans les contrats internationaux de consommation n'est pas une solution qui prend en considération les deux besoins en jeu. Pour nous, les possibles solutions à ce problème sont les suivantes: soit on les considère licites, soit on les considère illicites, soit

on les considère licites mais soumises à certaines conditions de validité.

Pour certains, la protection idéale passerait par le principe général d'illicéité de la clause dans ces contrats. Cette interdiction signifierait sans doute une plus grande protection pour le consommateur parce que celui-ci aurait toujours accès aux tribunaux de son domicile.

Une autre solution serait la création d'un principe de licéité de la clause attributive de juridiction dans les contrats internationaux de consommation, mais qui impliquerait une absence totale de protection des consommateurs.

La solution plus équilibrée, à notre avis, serait celle du principe de la licéité soumise à des conditions de validité. Le dommage serait limité pour le commerce international et au même temps cette solution permettrait une certaine protection aux consommateurs.

Bien sûr, cette solution est plus complexe parce qu'elle dépend de la détermination de la portée des conditions qui seraient imposées à la clause attributive (que ne seraient pas forcément celles applicables aux contrats internationaux en général).

Sur ce point, nous sommes de l'avis que les contrats internationaux de consommation méritent une règle spéciale sur la licéité des clauses attributives de juridiction. Pourtant, si la création de ces règles spéciales n'est pas possible, la protection des consommateurs peut être garantie

avec la licéité de la clause limitée par des conditions de validité en général et notamment par application des règles existantes sur les clauses abusives, qui sont assez développées dans plusieurs pays dans le sens de la protection des consommateurs.

* Diplôme d'avocat de l'Université Catholique du Paraná, Brésil, inscrite au barreau (OAB) de São Paulo, Brésil, D.S.U, D.E.A et Doctorat à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), professeur au Master de Droit International Privé de l'Université Centrale du Venezuela, collaboratrice au cabinet d'avocats D'Empaire Reyna Abogados à Caracas, Venezuela.

¹ Voir P. MAYER, "La protection de la partie faible en droit international privé", in: GHES-TIN / M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, L.G.D.J., 1996, pp. 513- 552, en spéc. p. 547. Souvent le choix des commerçants de la juridiction est déterminé pour des raisons pratiques, par exemple, une juridiction qui a une jurisprudence extensive sur la matière objet du contrat (droit maritime par exemple) et que cette connaissance des tribunaux est vue comme une garantie aux parties de que leur différend sera réglé par un juge avec les connaissances ou l'expérience nécessaires pour que la décision soit la plus juste.

² Le professionnel pourrait par exemple imposer le choix d'une juridiction en sachant que la jurisprudence est très favorable au commerce au détriment de la protection du consommateur. Aussi, parce que pour le consommateur il va être plus compliqué (voir impossible) de se défendre devant les tribunaux d'un État différent de celui de son domicile. D'après Mme Bureau, si les clauses attributives de juridiction permettent à des parties au même niveau d'égalité d'organiser leurs relations commerciales. Voir H. BUREAU, *Le droit de la consommation transfrontalière*, Paris, Litec, 1999, p. 430, en spéc. p. 75. Voir aussi P. MAYER (note 1), p. 547.

³ Pour une défense de l'autonomie voir M. Jayme qui dit qu'il faut "protéger la personne humaine plus par un renforcement de son autonomie que par des lois impératives qui s'imposent sans prendre en considération les besoins de l'individu", dans E. JAYME, "Le Droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", *Recueil de Cours*, t. 282, 2000, p. 9, en spéc. p. 31.

⁴ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / C. FRESNEDO DE AGUIRRE /M. B. NOODT TAQUELA / J.R. ALBORNOZ, "Modalidades contractuales específicas", in: D.P. Fernández Sarrojo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Buenos Aires, Zavalia*, 2003, pp. 1027-1119, en spéc. 1032. Voir aussi pour une solution qui n'exclue pas totalement l'autonomie de la volonté dans les contrats de consommation: N. DE ARAÚJO, "Contratos Internacionais e Consumidores nas Américas e no Mercosul: Análise da Proposta Brasileira para uma Convenção Interamericana na CIDIP VII", *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, vol. 2, n° 2, 2005, pp. 4-38, en spéc. p. 21.

⁵ E. PATAUT, "Clauses attributives de juridiction et clauses abusives", *Études de droit de la consommation: liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, pp. 807-821, en spéc. p. 810.

⁶ Article 48 du Code de Procédure Civile: "toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée".

⁷ Cour de Cassation, Chambre Civile 1er, du 17/12/1985, "Cie de signaux et d'entreprises électriques", *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 537, note GAUDEMET-TALLON, D1986.IR.265, obs. AUDIT. Voir aussi B. ANCEL / Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence fran-*

çaise de droit international privé, Dalloz, 5ème édition, 2006, arrêt numéro 72, pp. 645-660.

⁸ L'article L141-5 a été créé par loi n°2009-526 du 12/05/2009 (art. 24): "Le consommateur peut saisir à son choix, outre l'une des juridictions territorialement compétentes en vertu du code de procédure civile, la juridiction du lieu où il demeurerait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable".

⁹ Le considérant 19 du Règlement de Bruxelles I révisé est très clair sur ce point: "L'autonomie des parties à un contrat autre qu'un contrat d'assurance, de consommation et de travail pour lequel n'est prévue qu'une autonomie limitée quant à la détermination de la juridiction compétente devrait être respectée sous réserve des fors de compétence exclusifs prévus dans le présent règlement".

¹⁰ Sur le premier cas, Mme De Matos dit que le moment de la naissance du différend est difficile à discerner et que le litige doit être considéré né lorsqu'un des contractants a essayé d'obtenir un résultat par une négociation amiable et envisage de saisir un tribunal pour lui soumettre sa prétention. A-M. DE MATOS, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 589, en spéc. p. 53. Nous pensons que ce moment sera finalement déterminé par les juges au cas par cas et dépendra de plusieurs facteurs objectifs et subjectifs.

¹¹ Le consommateur qui change de domicile serait obligé de faire face aux problèmes et difficultés d'une demande à l'étranger, qui peut entraîner des difficultés, notamment économiques, même si les tribunaux sont dans un pays avec lequel il a des familiarités. Par contre, le professionnel aurait le bénéfice de ne pas être obligé à suivre le consommateur devant son nouveau domicile, ne subissant ainsi pas le risque d'un éventuel changement de domicile du consommateur. Voir H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe: Règlement n° 44-2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2010, p. 750, en spéc. p. 234; A-M. DE MATOS (note 10), p. 589, en spéc. p. 54; H. BUREAU (note 3), p. 104. Voir aussi Schutz (R-N), "Les contrats de consommation en droit international", in : *Les contrats de consommation, Journée d'études, Poitiers*, 18 et 19 d'octobre 2001, PUF, pp. 135-155, en spéc. p. 148. Voir aussi M. TENREIRO, "La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation. Les consommateurs protégés dans la société de l'information", *Études de droit de la consommation: liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, pp. 1093-1109, en spéc. p. 1106.

¹² Rapport Jénard, page 33.

¹³ L'article 48 du nouveau code de procédure civile l'interdit si une des parties est un consommateur.

¹⁴ Dans ce sens voir L. D'AVOUT, "La refonte du règlement Bruxelles I (règlement UE n° 1215/2012)", *Dalloz*, 2013, p.1014, point 16. Selon l'auteur, l'amendement de l'article 26 est discrète, mais remarquable et digne d'approbation.

¹⁵ Voir le considérant n° 20 du Règlement de Bruxelles I bis pour cette précision.

¹⁶ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 3^e édition, Thémis droit / Puf, 2014, en spéc. t. II, p. 369.

¹⁷ Voir pp. 37-38 du Rapport Jénard.

¹⁸ Même s'il a été très critiqué par la doctrine sur l'application des principes énoncés dans

le cas en question. Voir l'arrêt de la Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.) du 04/10/2005, "Keller Grundbau GmbH c. Électricité de France et Spie Citra Île-de-France". Voir aussi les commentaires sur cet arrêt: Rev. crit. DIP, 2006, p. 413, note M. AUDIT; JDI, n° 2006, 169, note J.-M. JACQUET; D2006.1495, en spéc. p. 1501, note F. JAULT-SESEKE; Gaz. Pal, 2006, pp. 24-25, p. 24, note M.-L. NIBOYET.

¹⁹ Voir M. AUDIT, Rev. crit. DIP, 2006, p. 413. Et aussi : JDI, 2006, p. 169, note J.-M. JACQUET. Certains considèrent pourtant que cette condition d'internationalité a été levée par l'arrêt Owusu (Cour de Justice des Communautés Européennes, 01/03/2005, Affaire C-281/02, Owusu, P. LEGER, avocat général, Rév. Crit DIP, 2005, p. 698, note C. CHALAS; JDI, 2005, p.1177, note G. CUNIBERTI / M.-M. WINCKLER; Gaz. Pal. 27-28, mai 2005, n° 33, note M.-L. NIBOYET). Cette interprétation dérive de l'attendu 34 dans lequel la Cour énonce que "les règles uniformes de compétence contenues dans la Convention de Bruxelles n'ont pas vocation à s'appliquer uniquement à des situations comportant un lien effectif et suffisant avec le fonctionnement du marché intérieur, impliquant, par définition, plusieurs États membres". Pourtant, le doute existe parce que dans le cas de cet arrêt, était en jeu un rapport entre un État contractant et un État non contractant et que les questions qui ont dû être tranchées par la Cour n'étaient pas spécifiquement sur cette condition d'internationalité ou même sur les conditions de validité de la clause attributive.

²⁰ Voir M. AUDIT, Rev. crit. DIP, 2006, p. 413. La Cour mentionne, pourtant, aussi la question de la volonté des parties comme si cette volonté devrait être prise en considération pour déterminer l'internationalité de la situation, cette mention qui a été faite de façon ambiguë est questionnable et très critiquable. Sur ces critiques voir par exemple: Rev. crit. DIP, 2006, p. 413, note M. AUDIT; JDI, 2006, p. 169, note J.-M. JACQUET; JDI, 2006, p. 1495, en spéc. p. 1501, note F. JAULT-SESEKE; Gaz. Pal., vol. 24-25, mai 2006, p. 24, note M.-L. NIBOYET. Et aussi D. BUREAU / H. MUIR WATT (note 17), p. 370.

²¹ Voir l'arrêt "Benincasa", CJCE, 03/07/1997, C269/95, JDI1998.581, en spéc. les paragraphes 21 et suivants.

²² Directive 93/13/CEE du Conseil, du 05/04/ 1993, publié au Journal Officiel n° L 095 du 21/04/1993 p. 0029 - 0034.

²³ Article 3: 1. Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. 2. Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion. Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion. Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe. 3. L'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives.

²⁴ "Clauses ayant pour objet ou pour effet: (...) q) de supprimer ou d'entraver l'exercice d'ac-

tions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat".

²⁵ Cela pourrait changer dans les prochaines années. Il y a un projet de loi (PLS 281/2012) en discussion au Sénat brésilien qui propose l'actualisation du Code brésilien de protection du consommateur pour l'adapter au commerce électronique. Parmi les règles proposées dans ce projet il y a une nouvelle règle de juridiction internationale (l'article 101 du projet) selon laquelle les clauses attributives seraient nulles. D'après la nouvelle rédaction pour l'article 101, III du Code proposé dans le PLS 281/2012, "sont nulles les clauses d'élection de for et d'arbitrage célébrées par le consommateur" dans les actions pour responsabilité contractuelle et extracontractuelle du fournisseur de produits ou services, dans le cas d'un contrat à distance (national ou international).

²⁶ Loi n° 13.105, du 16/03/2015.

²⁷ Dans l'ordre juridique brésilien, une "súmula" est un extrait des déclarations répétées sur le même sujet qui constitue un précédent obligatoire et qui vise à l'uniformité de la jurisprudence. Súmula 335 STJ: "É válida a eleição de foro para processos oriundos de contratos".

²⁸ J. M. ROSSANI GARCEZ, Contratos Internacionais Comerciais. Planejamento, Negociação, Solução de Conflitos, Cláusulas Especiais, Convenções Internacionais, São Paulo, Saraiva, 1994, en spéc. p. 47.

²⁹ C. LIMA MARQUES, "Brésil", in: D.P. Fernández Arroyo (ed.), Consumer protection in international private relations, Biblioteca de Derecho de la Globalización, Asunción, ASADIP / CEDEP / BRASILCON, pp. 47-95, en spéc. p. 66; C. TIBÚRCIO, "A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro", Revista de Direito do Estado do Rio de Janeiro, n° 12, 2008, pp. 379-384; R. DA FONSECA, "Competência internacional: competência concorrente da justiça brasileira, diferenças entre a cláusula de eleição de foro e a cláusula compromissória", Revista de Arbitragem e Mediação, n° 7, 2005, pp. 223-237; M. DE NARDI, "A lei e o foro de eleição em contratos internacionais: uma visão brasileira", in: J. Grandino Rodas (coord.), Contratos Internacionais, 3^e ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 122-194. Voir aussi pour l'acceptation de l'autonomie de la volonté mais avec des limites comme les liens significatifs du for choisi avec le contrat: J. M. ROSSANI GARCEZ, Contratos Internacionais Comerciais. Planejamento, Negociação, Solução de Conflitos, Cláusulas Especiais, Convenções Internacionais, São Paulo, Saraiva, 1994, en spéc. pp. 48-49. Voir aussi pour un aperçu de la question depuis un point de vue du droit américain: D. STRINGER, "Choice of Law and choice of forum in brazilian international commercial contracts: party autonomy, international jurisdiction, and the emerging third way", Columbia Journal of Transnational Law, 2006, pp. 959-991.

³⁰ N. DE ARAUJO, Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira, 5^e ed. 2011, en spéc. p. 223. Voir aussi: C. TIBURCIO, "A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro", Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

³¹ M. BORGES RODRIGUEZ, "A eleição de foro estrangeiro nos contratos internacionais à

luz da jurisprudência brasileira”, Revista eletrônica de Direito Internacional, vol. 5, 2009, pp. 292-326, en spéc. p. 298.

³² Protocole de Buenos Aires sur la compétence internationale en matière contractuelle (Buenos Aires, 1994).

³³ M. BORGES RODRIGUEZ (note 32), en spéc. pp. 299 ss. L’auteur écrit que ce protocole est l’espoir pour un changement de la jurisprudence brésilienne sur l’acceptation des clauses attributives dans les contrats internationaux.

³⁴ M. BORGES RODRIGUEZ (note 32), en spéc. p. 298.

³⁵ L. RADÜNZ, “Estudos de Direito Internacional”, Anais do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, vol. II, Curitiba, Juruá, 2004, pp. 143-147, en spéc. p. 146.

³⁶ REsp 251.438/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, du 8 août 2000, publié au DJ du 02/10/2000, p. 173.

³⁷ Les auteurs cités dans cette sentence sont: J. I. BOTELHO DE MESQUITA (en particulier son article publié à la Revista de Processo, n° 50) et CHIOVENDA (en particulier l’œuvre Instituições, I, 1943, p. 70).

³⁸ Voir point 3 de la décision sur le RESP STJ 251.438 RJ 2000/0024821-5 du 08/08/2000.

³⁹ Voir par exemple les arrêts suivants, tous du Tribunal supérieur de justice brésilien : Recurso Especial n° 1.168.547-RJ (2007/0252908-3), du 11/05/2010 ; EDcl nos EDcl no Recurso Especial n° 1.159.796-PE (2009/0203571-7) du 15/03/2011 ;

⁴⁰ Voir pour une analyse de cette jurisprudence: M. BORGES RODRIGUEZ (note 32), pp. 292-326.

⁴¹ Voir par exemple les arrêts du Tribunal supérieur de justice brésilien qui valident la clause attributive dans des contrats internationaux: AgRg no Agravo de Instrumento n° 459.668-RJ (2002/007/6056-3) du 19 novembre 2002; Recurso Especial n° 1.177.915-RJ (210/0018195-5) du 13/04/2010; Recurso Especial n° 242.383-SP (1999/0115183-0) du 03/02/2005.

⁴² “A eleição de foro estrangeiro é válida, exceto quando a lide envolver interesses públicos” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 242.383/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, jugé le 03/02/2005, DJ 21/03/2005, p. 360). Plusieurs décisions ont suivi cet arrêt, voir par exemple: Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.177.915/RJ (2010/0018195-5) et Superior Tribunal de Justiça, REsp 242.383/SP (1999/0115183-0).

⁴³ M. BORGES RODRIGUEZ (note 32), en spéc. p. 310.

⁴⁴ Voir en particulier l’arrêt rendu par le Tribunal supérieur de justice brésilien au Recurso Especial n° 242.383-SP (1999/0115183-0) du 03/02/2005.

⁴⁵ Les clauses compromissoires ont été considérées constitutionnelles par le Suprême tribunal fédéral (Supremo Tribunal Federal) en 1996 – SEC 5206-7 – STF – voto Min. Sepúlveda Pertence – MBV/Resil.

⁴⁶ Mais, étant donné le standard très haut de protection des consommateurs au Brésil, il est plus probable que la jurisprudence évolue dans le sens de la prohibition des clauses attributives dans les rapports de consommation.

⁴⁷ “Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva”.

⁴⁸ Protocole de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo. Il faut rappeler que ce protocole n’est pas encore en vigueur par une limitation insérée dans l’article 18 du protocole même.

⁴⁹ Quelques auteurs interprètent l’article 5 du Protocole de Santa Maria comme une règle sur l’élection de for, mais à notre avis cet article établit des fors alternatifs au seul choix du consommateur, ce qui ne peut pas être comparé à une règle d’élection de for. Voir E.A. KLAUSNER, “Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo no Mercosul – Sugestões para a Reedição do Protocolo de Santa Maria”, Revista de Direito do Consumidor, 2005, pp. 116-143, en spéc. p. 129. Le texte de l’article 5 du Protocole est le suivant : “Article 5º Solutions Alternatives : Il aura également juridiction internationale, exceptionnellement et par volonté exclusive du consommateur, manifestée expressément au moment d’initier l’action, l’État : (a) de la célébration du contrat, (b) d’exécution de la prestation de service ou livraison des biens, (c) du domicile du demandé” (cette traduction a été effectuée par nos soins).

⁵⁰ Voir dans ce sens U. WEHNER, “Contratos Internacionais: proteção processual do consumidor, integração econômica e internet”, Revista de Direito do Consumidor, 2001, p. 142-165, en spéc. p. 162. Voir aussi le document de la Conférence de La Haye de Droit International Privé intitulé “Les Instruments Américains du Droit international privé, une note sur leurs rapports avec une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d’élection de for”, préparé par A. SCHULZ, Premier secrétaire, A. MURIA TUÑON / R. VILLANUEVA MEZA, juristes stagiaires, Doc. pré-l. n° 31, Juin 2005, en spéc. p. 23, note au pied de page n° 69. Ce document peut être consulté au http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd31f.pdf.

⁵¹ U. WEHNER (note 50), en spéc. p. 162.

⁵² Opinião Consultiva n° 1/2007, rendu à Assunção, Paraguai, le 03/04/2007, affaire “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratórios Northia Sociedade Anônima, Comercial, Industrial, Financeira, Imobiliária e Agropecuária s/ Indenização de Danos e Prejuízos e Lucro Cessante”.

⁵³ En portugais: “Vale dizer que nos contratos de venda ao consumidor não se pode aplicar o alcance que se dá à autonomia da vontade por tal Protocolo para escolher foro e direito aplicável”.

⁵⁴ C. LIMA MARQUES (note 30), en spéc. p. 61 et p. 68.

⁵⁵ Comme dans le cas de la Directive 93/13/CEE du Conseil du 05/04/1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

⁵⁶ Portaria n° 4, du Ministère de la Justice (Secrétariat de droit économique), du 13/04/1998 (“são nulas de pleno direito as cláusulas que elejam foro para dirimir conflitos decorrentes de relações de consumo diverso daquele onde reside o consumidor”).

⁵⁷ Le texte en portugais de l’article 6 dit le suivant: “Art. 6. (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (...)”.

⁵⁸ Voir arrêt du Tribunal de justice du District Fédéral: TJDF, Ap. Civ. 17538-2, rel. Des. Nívio

Contractualización de las garantías reales

Gonçalves, publié au DJU 03/05/2000, p. 33: “O reconhecimento da nulidade das cláusulas abusivas pode verificar-se mediante pronunciamento de ofício do magistrado, uma vez que as disposições do código de defesa do consumidor, por força de seu art. 1º, são consideradas preceitos de ordem pública”.

⁵⁹ C. LIMA MARQUES (note 30), en spéc. p. 65.

⁶⁰ C. LIMA MARQUES (note 30), en spéc. p. 48.

⁶¹ Code Bustamante (Convention de droit international privé), signé à La Havane le 20/02/1928. Ce code a été ratifié par le Brésil au moyen du Décret n° 18.871 du 13/08/1929. L'état des ratifications est disponible à l'adresse: <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-31.html>.

⁶² EDcl no Conflito de Competência n° 50.559 - SP 2005/0085923-9, Relator: Min. Fernando Gonçalves.

⁶³ C. LIMA MARQUES (note 60), en spéc. p. 67.

⁶⁴ Voir dans ce sens L.J.C. CUNHA, “A pessoa jurídica como consumidor e a cláusula de eleição de foro em contrato por ela subscrito: reflexos na competência do juízo e na apreciação judicial”, Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, RT, 2008, p. 170. Et aussi STJ, CComp n. 42591/SP, rel. Fernando Gonçalves, j. 10/10/2007.

⁶⁵ “Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor (...)”

⁶⁶ TJRS – 9a. Câmara – ApCiv 196182760 – rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza – j. 19/11/1996.

⁶⁷ Dans ce sens voir S. ALVES TADEU, “O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitaria”, Revista de Direito do Consumidor, n° 47, 2003, pp. 180-189, en spéc. p. 184.



Resumen

Frente a la necesidad de acceso al financiamiento crediticio, las garantías mobiliarias constituyen una herramienta válida para dar respuesta a las necesidades de diversos sectores económicos, principalmente de la pequeña y mediana empresa. Debido a la regulación normativa fragmentada de las garantías en América Latina y el Caribe se plantea la posibilidad de recurrir a la implementación de un sistema más moderno, eficaz y eficiente; sin embargo, se evidencia un cruce entre el ámbito propio de los derechos reales y el ámbito contractual, signado por la libertad y la autonomía de las partes, lo cual genera que existan dilemas y opciones que deben tomarse a nivel de política legislativa. Más allá del frenesí de iniciativas normativas de regulación de las garantías mobiliarias provenientes de foros universales y regionales, la Ley Modelo de la OEA sobre garantías mobiliarias de 2002 ha sido el modelo a seguir por las legislaciones internas de la mayoría de los países de América Latina y el Caribe. El trabajo intenta reflexionar sobre la posibilidad de construcción de un sistema de garantías a nivel interamericano, con los desafíos y los inconvenientes que dicha tarea implica.

Sumario

- I. Introducción.
- II. El funcionamiento de la trilogía “crédito-riesgo-garantía” y los obstáculos al financiamiento y a la constitución de garantías adecuadas en América Latina y el Caribe.
- III. La delimitación conceptual de las garantías y la conformación dual de los modelos.
- IV. Los principios informantes de la construcción de un sistema de garantías reales mobiliarias.
- V. El frenesí de iniciativas normativas de regulación: entre la vocación universal y las realidades locales. 1. El impulso de regulación a nivel internacional. 2. La Ley Modelo de la OEA sobre garantías mobiliarias. A) La influencia de la Ley Modelo interamericana y el estado actual de implementación.
- VI. Los desafíos planteados en la construcción arquitectónica.
- VII. El vano intento de concluir.

Dilemas, elecciones y desafíos en la construcción progresiva de un sistema de garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe: entre la vocación universal y las realidades locales

Paula María All*

“¿Pensabas que las leyes que rigen a los astros admiten ser cambiadas?

Encuentro el equilibrio en un lado lo mismo que en su opuesto.

Las doctrinas flexibles nos ayudan lo mismo que ayudan las más firmes, las ideas y acciones del presente nos despiertan y mueven.

Ningún tiempo es más bueno para mí que este ahora que me viene a lo largo de millones de siglos. Se borran el pasado y el presente, pues ya los he colmado y vaciado, ahora me dispongo a cumplir mi papel en el futuro.

Tú, que me escuchas allá arriba: ¿Qué tienes que decirme?

Mírame de frente mientras siento el olor de la tarde.

(Háblame con franqueza, no te oyen y sólo estaré contigo unos momentos)”.

Walt WILTMAN
Hojas de hierba

I. Introducción

Un régimen jurídico -al igual que una ciudad- es un ejemplo de una construcción social y refleja las creencias, las decisiones y las prácticas de sus habitantes; en cierta forma, cada ordenamiento está compuesto de redes complejas de relaciones sociales, ideas, ideologías, conceptos, normas, técnicas, instituciones, personas, y tradiciones, entrecruzados por valores subyacentes. La imagen de una ciudad es una buena metáfora para la cartografía del derecho, diría Twining.¹ Hace más de 70 años, el escritor argentino J.L. Borges presentaba el universo como una biblioteca infinita, sin límites, con escaleras de caracol y miles de pasillos entrecruzados. Y en sus descripciones de “Ciudades invisibles”, I. Calvino utilizaba los laberintos, el tablero de ajedrez, los puentes y los canales como símbolos de los diferentes aspectos de las ciudades. Haciendo analogía y centrándonos en el derecho de las garantías mobiliarias, puede observarse

también –a veces de forma clara y otras de manera difusa- la construcción progresiva de un sistema más o menos uniforme, con todos los dilemas, las elecciones y los desafíos que toda tarea de arquitectura normativa implica.

Quizás el de las garantías, junto a otros temas, es uno de los arquetipos que mejor pone de relieve los signos distintivos de la mutación contemporánea del derecho, ese tránsito del formalismo decimonónico al pragmatismo del siglo XXI: así los conceptos y las ideas de centro/periferia, conflicto/negociación, homogéneo/heterogéneo, representación/participación, simple/complejo, reglamentación/regulación, entre otros, entran en la escena y repercuten en el entramado del diseño, la creación normativa y la puesta en funcionamiento. Incluso, se visualiza en este campo una reconfiguración de los lugares desde donde se produce o regula el derecho, se (re) definen los protagonistas en tanto actores que no solo ejercen presión, sino que se convierten en productores de disposiciones jurídicas; en ciertos aspectos hay una “privatización” de los regímenes jurídicos que dejan al descubierto la existencia de legisladores no estatales (*non governmental lawmakers*) con la consiguiente pérdida de potestades legislativas de los Estados y la permisión o

delegación de éstos hacia autoridades privadas para hacerse cargo de áreas de poder, la aparición de una tecnocracia o gobierno de expertos, el avance de la autonomía de la voluntad, la agenda de mercado, la retórica suave del *soft law* y las técnicas del *hard law* muestran su rostro con absoluta intensidad.²

En la moderna construcción de la regulación de las garantías mobiliarias existe un cruce entre el ámbito propio de los derechos reales y el ámbito contractual, signado por la libertad y la autonomía de las partes. Sin lugar a dudas, la generación de disposiciones normativas implica ser capaz de concebir un nuevo modelo, en el cual aparecen implicados diferentes conceptos, incluso provenientes de diferentes tradiciones jurídicas. Como sostenía el filósofo Derrida, “se podría decir que no hay nada más arquitectónico, y al mismo más arquitectónico, que la deconstrucción”.³ En este campo se evidencia una construcción que deconstruye y, al mismo tiempo, una deconstrucción que permite construir un nuevo sistema más moderno, ágil y efectivo de garantías mobiliarias.⁴

El frenesí de iniciativas normativas de regulación de las garantías mobiliarias a nivel de foros universales y regionales, esa “fiebre codificadora”

esa imagen gráfica de que las garantías florecían como los cerezos en Japón,⁵ – a la cual aludía Fernández Arroyo, junto a la elección de ciertos tipos de herramientas y metodologías legislativas, unida a la ineludible necesidad de diálogo entre las fuentes, no hacen sino mostrar la trascendencia del tema en cuestión. Desde las disposiciones de UNCITRAL, UNIDROIT y la Conferencia de La Haya, pasando por los intentos de los bancos internacionales y regionales de desarrollo, hasta llegar al accionar de la OEA y de otros foros regionales, lo cierto es que leer las normas sobre garantías mobiliarias es como leer las reglas de juego pero, sin embargo, no es ver el juego. Una cosa es el texto puro y duro que regula las garantías, y otra lo que éste con actores, escenarios y prácticas mediante, en contexto produce y reproduce.⁶

A lo largo y a lo ancho del campo jurídico civil, comercial e internacional hay ciertos conceptos que empiezan a resquebrajarse y que permiten visualizar una intersección novedosa que intenta dar respuesta a complejos problemas de la práctica. Ahora bien, en tiempos de gobernanza y de fijación de agendas políticas y legislativas –no sólo a nivel local, sino también regional y global-, surgen interrogantes de diverso nivel como los planteados por Kennedy:

“¿cómo funcionan las cosas?, ¿cómo encajan las piezas?, ¿cómo es ejercido el poder público y el poder privado?, ¿dónde están los puntos de inflexión?, ¿quiénes son las autoridades y cómo se relacionan unas con otras?, ¿están unidos en una apretada estructura los mundos de la política, el derecho, el mercado y la influencia cultural, o están más bien sueltos y sin orden?, ¿qué tanto, finalmente, es simplemente caos, qué tanto la obra de una mano invisible?”.⁷

En algunos casos estas preguntas tienen una respuesta clara, y en otros no. Por eso quizás representa algo fascinante y desafiante introducirse en el tema de la regulación de las garantías mobiliarias e intentar comprender esa múltiple y compleja “filigrana” de relaciones que se establecen a partir de la “contractualización” de las mismas.

El análisis de las garantías mobiliarias utilizadas en el comercio transnacional se torna sumamente complejo si se advierte que éstas se mueven dentro de un espacio en el cual juegan principios e intereses diferentes: por un lado, el campo contractual en el cual la autonomía de la voluntad de las partes adquiere una importancia prevalente y, por otro, el ámbito propio de los derechos reales, caracterizado por el

principio de tipicidad, publicidad y protección de los terceros. Lo que sí es real es que hay un movimiento de fractura casi inevitable en la misma concepción de las garantías, y ello genera la percepción de tener que responder a dicho quiebre con el establecimiento de nuevas normas. Debido a que ese movimiento estructural no es sólo de forma sino que abarca cuestiones sustanciales de fondo, la respuesta pareciera ser más compleja que un mero retoque normativo.

Debemos reflexionar y, en primer lugar, observar el panorama, para luego darnos cuenta de las respuestas que los nuevos fenómenos requieren y analizar también las lógicas subyacentes.⁸ En esta línea, como señala Mills, la ley es una dimensión de la cultura, en la que se encarnan valores comunes, y de allí que la necesidad de coordinación (armonización) de las normas de derecho privado no sea meramente una cuestión de técnica jurídica, sino un problema político, cultural y económico, es decir, un problema de justicia global.⁹

La construcción de un sistema moderno, eficaz y eficiente de garantías mobiliarias implica una multiplicidad de factores. Y el diseño de una regulación también debe llevar a repensar el marco existente de manera tal de poder

reimaginar no sólo el mundo de las garantías, sino también de todos aquellos elementos que generan intersecciones con ella. El ámbito concursal es uno. El campo de la protección de las partes débiles es otro.

II. El funcionamiento de la trilogía “crédito-riesgo-garantía” y los obstáculos al financiamiento y a la constitución de garantías adecuadas en América Latina y el Caribe

En los tiempos que corren términos como extensión, intención, velocidad e impacto de los efectos crediticios “de” y “en” los mercados constituyen una realidad que ha producido una multiplicidad de transformaciones, la mayoría de ellas de una profundidad y de una complejidad inusitada. Desde la faz económica, uno de los campos donde con mayor ímpetu se han sentido y se sienten tales efectos del fenómeno global es el del acceso a los servicios financieros,¹⁰ evidenciando una aguda interdependencia entre los mercados e intercambios comerciales ligados a la internacionalización de la actividad empresarial. El capital es, como sostiene David Kennedy, “una institución legal y los flujos financieros son también flujos de derechos legales”.¹¹

Las relaciones existentes entre el crédito, el comercio y el desarrollo también son indiscutibles, más allá del análisis que se haga acerca de quién gana y quién pierde en el contexto mundial.¹² El crédito es visualizado como una herramienta –todopoderosa para algunos sectores- para superar los diferentes problemas que enfrentan los Estados y sus ciudadanos, sin distinguir aquí si se trata de países desarrollados o en vías de desarrollo.¹³ Así, un dato meramente anecdótico, pero que abre una multiplicidad de interrogantes complejos de todo tipo, y que ilustra esta afirmación, es la frase ubicada sobre la puerta de entrada de una de las más grandes agencias de evaluación financieras de inversiones de capital, el *Moody's Investors Service*, en la ciudad de Nueva York, gravada en una placa de color dorado de más de 12 metros cuadrados que reza: “El crédito comercial es una creación de la modernidad, y sólo corresponde a las naciones ilustradas y mejor gobernadas. El crédito es el aliento vital del sistema libre en el moderno comercio. Ha contribuido a la riqueza de las naciones mil veces más que todas las minas (de metales nobles) del mundo”.¹⁴ Todo ello concuerda con lo que McLeod había escrito ya en 1872: “los créditos han hecho mil veces por el bienestar de los hombres más que todas las minas

de oro del mundo”.¹⁵ Casualmente, por el mismo año, en “La lucha por el derecho”, von Ihering señalaba que “el crédito es para el comerciante lo que el honor es para el militar y lo que la propiedad es para el campesino; debe mantenerlo porque es la condición de su vida”.¹⁶ Más recientemente, Goode ha afirmado que las empresas viven (y a veces mueren) por el crédito;¹⁷ ello no deja de ser una realidad tangible en los países de América Latina y el Caribe donde el crédito sigue siendo el alma de los negocios (o su mismo oxígeno)¹⁸ y, en virtud de ello, las pequeñas y medianas empresas no consiguen desarrollar sus actividades de manera adecuada sin acceso a buenas fuentes de financiamiento que impliquen la obtención de líneas de préstamos por sumas considerables de dinero, a tasas razonables de interés y con plazos de devolución medianos o largos.

En el devenir diario de los movimientos comerciales, el panorama no ha variado sustancialmente. Desde aquellos estudios empíricos -llevados a cabo en forma casi generalizada en los países de América Latina y el Caribe durante la década de los noventa por el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe-, donde se ponía de relieve la

gran paradoja de que, por una parte, el crédito bancario era la fuente principal de financiamiento externo para las pequeñas y medianas empresas de esta región pero, por la otra, era precisamente en estas zonas donde el crédito era escaso, costoso y sumamente volátil,¹⁹ la situación continúa siendo delicada. Sin embargo, en el caso de las microempresas parece haber en los últimos años un mayor acceso a líneas de crédito por parte de entidades de carácter público, que persiguen como objetivo fomentar los microemprendimientos a nivel nacional e incluso regional. De acuerdo al estudio presentado por la Corporación Financiera Internacional en 2011, más de 2.700 millones de personas de los países en desarrollo carecen de acceso a los servicios financieros formales básicos, y aproximadamente 400 millones de empresas no cuentan con el crédito necesario para expandir sus actividades. Las estimaciones del Banco Mundial, en este sentido, son que las necesidades de financiamiento no cubiertas de las MIPYMES ascienden a más de US\$ 2 billones.²⁰ Esta cuestión que puede resultar anecdótica no lo es tal, en el sentido de que a fin de evitar excesos y abusos sobre las pequeñas y medianas empresas es conveniente que los préstamos se canalicen a través de bancos e instituciones financieras y que los créditos sean garantizados.

Más allá de cuál sea la fuente del crédito, los riesgos de incumplimiento en su devolución generan la necesidad de resguardar de la mejor manera posible la seguridad de las operaciones, y si bien es cierto que el patrimonio del deudor constituye la prenda común de los acreedores,²¹ en ciertas ocasiones esta garantía colectiva –*credere*– puede resultar insuficiente para asegurar el cobro de los créditos; de esta forma, se utilizan garantías que constituyen un modo certero de proteger a una de las partes de situaciones tales como el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de las obligaciones que haya contraído la otra parte en virtud del contrato.²² A través de las garantías el acreedor procura asegurarse el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor no sólo cuando éste se encuentra *in bonis*, sino también ante la eventualidad de una situación de insolvencia en la que pueda verse implicado evitando, de un lado, el tratamiento en igualdad de condiciones con relación a los demás acreedores²³ y, de otro, la sujeción a la ley del dividendo.²⁴ La quiebra constituye la prueba de fuego o el *acid test* por el que deben pasar las garantías reales.²⁵ Como ha señalado Carillo Pozo, “el mecanismo de las garantías supone la puesta en funcionamiento de formas de autotutela que reducen los costes derivados

de la litigiosidad y de la necesidad de informarse sobre el trasfondo jurídico de las operaciones”.²⁶

El acceso al crédito, el riesgo y las garantías forman un complejo e intrincado juego de relaciones económicas y legales que pueden ser analizadas desde diferentes aristas, tomando en consideración los actores intervinientes (públicos y privados), las situaciones fácticas concretas, los tipos de operaciones, los principios subyacentes y las disposiciones de los sistemas normativos implicados.

Diversos trabajos académicos han efectuado una mirada comparativa entre lo que sucede con las empresas estadounidenses y la de países de América Latina y el Caribe;²⁷ en este último caso, el acceso al financiamiento se encuentra circunscripto a las empresas de mayor volumen, que tienen una larga trayectoria en el mercado o cuyos propietarios poseen bienes inmuebles; como consecuencia ello, las pequeñas y medianas empresas acceden a préstamos en condiciones menos beneficiosas, de menor cantidad en relación a su flujo de caja y sus ingresos, pagan tasas de interés más alto, y deben cancelar los créditos en plazos más exigüos.²⁸ Esto se agudiza de manera concluyente en el caso del financiamiento rural en

general, y del financiamiento agropecuario en particular.²⁹

Hasta el cansancio se ha dicho que si los bienes que un deudor puede ofrecer al acreedor en seguridad del crédito solicitado se encuentra restringido a los bienes inmuebles, a simple vista salta el enorme inconveniente que ello significa para la pequeña y mediana empresa que, en líneas generales, puede no contar con tales bienes o, en caso de tenerlos, pueden resultar insuficientes. Sin embargo, nada obsta a que ellas tengan otro tipo de bienes muebles que puedan garantizar la deuda contraída; piénsese en nuestros países en las maquinarias, las cosechas, los frutos y productos, los inventarios, los bienes inmateriales, entre otros. Ello lleva a formularse la pregunta de por qué teniendo bienes muebles no es factible acceder al crédito en América Latina y el Caribe de manera similar a como una empresa de las mismas características lo haría en otros países como Estados Unidos o Canadá, por mencionar dos Estados del continente americano.

Numerosos y de diferente tipo son los problemas que pueden mencionarse en las legislaciones internas de los países de América Latina y el Caribe. Entre ellos, cabe destacar: la limitación en

cuanto al tipo de bienes muebles que el deudor puede otorgar en seguridad de una deuda, la prohibición de que un bien pueda tener más de una prenda, las limitaciones de la capacidad para preñar bienes futuros y las restricciones a las garantías sobre obligaciones futuras, las restricciones para la prenda flotante, la obligación del deudor de mantener la posesión de la cosa dada en prenda, la fijación de un interés máximo que puede cobrarse en un crédito garantizado, los problemas de carácter registral como la utilización del folio real que exige la clasificación e identificación de cada uno de los muebles prendarios y la falta de relación entre los registros prendarios del mismo país, las limitaciones de acceso público al registro, la prohibición de la autonomía de la voluntad bajo pena de imposibilidad de ejecutar la garantía, la lentitud exagerada en los procesos judiciales de ejecución de bienes ante el incumplimiento del deudor y la exigencia de intervención judicial para la ejecución de los mismos, amén de las limitaciones prácticas para la venta privada de los bienes por parte de las instituciones financieras (que en muchos casos son las únicas autorizadas para hacerlo).

Si se analizan detenidamente los proyectos de investigación llevados a cabo en ciertos países latinoamericanos

—durante la segunda mitad de la década del noventa— por el *Center for the Economic Analysis of Law* en Argentina,³⁰ Bolivia,³¹ Nicaragua,³² Perú³³ y Uruguay,³⁴ y por el Banco Mundial en 2006 con relación a Colombia,³⁵ puede extraerse de todos ellos el mismo hilo conductor: la restricción del acceso al crédito a diversos sectores de la población; sin embargo, como lo advierten los citados estudios, esta dificultad de acceso al financiamiento encuentra su base en diversos factores, entre los cuales se destacan de manera generalizada la estructura legal y la organización administrativa a la que se ven sometidos los créditos. Un informe del Banco Interamericano de Desarrollo señala que resulta necesario que se den tres condiciones para que el uso de los activos como garantía resulte útil en los “contratos de crédito”: en primer lugar, se requiere que los derechos de propiedad se encuentren bien definidos a los fines de que los prestatarios puedan establecer en forma creíble la propiedad del activo utilizado como garantía, lo cual precisa “leyes que establezcan los derechos de propiedad, así como registros que funcionen adecuadamente”; en segundo lugar, los derechos de los acreedores deben ser adecuados, en el sentido de que éstos puedan ejecutar la garantía si el prestatario dejar de pagar el préstamo

y, finalmente en tercer lugar, la liquidez de los activos es necesaria para que los acreedores puedan liquidar los activos a un bajo costo.³⁶

En líneas generales los estudios empíricos dan cuenta de que los acreedores, a fin de fortalecer sus derechos, toman en cuenta tres elementos fundamentales: la normativa, la fortaleza de las instituciones encargadas de dictar y controlar su cumplimiento a nivel de los mercados financieros, y la eficiencia del sistema de garantías.³⁷

III. La delimitación conceptual de las garantías y la conformación dual de los modelos

El análisis de la regulación de las garantías mobiliarias dentro del contexto nacional de un país nos enfrenta con una multiplicidad de problemas complejos: desde las figuras que pueden considerarse abarcadas bajo la noción de garantía mobiliaria, pasando por la calificación de la misma como derecho real o personal, su caracterización como interna o internacional,³⁸ y en este último supuesto las situaciones derivadas del conflicto móvil³⁹ y de la aplicación del derecho a cada situación que necesita ser dirimida en un determinado contexto jurisdiccional.

No constituye una tarea exenta de obstáculos calificar a las garantías. Como claramente ha señalado Kronke, éste “es un factor adicional de complicación”, lo cual se debe a que los ordenamientos jurídicos “utilizan diferentes tipos de estructuras jurídicas y comerciales —a veces debido a la presencia de incentivos fiscales o a la falta de ellos”, y tales diferencias frecuentemente constituyen “una fuente de riesgo jurídico considerable y aumentan significativamente la imprevisibilidad en caso de comercio transfronterizo, incluso entre vecinos y entre miembros de la misma ‘familia jurídica’”.⁴⁰

Sin caer en la tentación de cartografiar el mundo en sentido jurídico, y más allá de las diferentes clasificaciones de las familias jurídicas, existen dos modelos estratégicos para analizar las garantías. De un lado, el modelo de derecho civil y, de otro, el del *common law*. El primero a través del Código Civil francés de 1804 ha ejercido su influencia dominante en la formulación de los códigos civiles latinoamericanos, los cuales en materia de garantías mobiliarias ofrecían la imagen de un caleidoscopio.⁴¹ El segundo, a través del Artículo 9 del Código de Comercio Uniforme (UCC) de los Estados Unidos, el cual se ha convertido en el ejemplo

paradigmático alrededor del cual han girado las más modernas reformas en materia de garantías mobiliarias, no sólo a nivel interno sino también a nivel convencional,⁴² ya que adopta un enfoque unitario para evitar una proliferación de figuras de garantía, unida a la diversidad en las formas de constitución o creación de las mismas, publicidad, régimen de cumplimiento y sistemas de ejecución en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas.

El UCC fue elaborado a través de una iniciativa conjunta y del trabajo llevado a cabo por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* (una organización de los asesores jurídicos de los gobiernos estatales) y el *American Law Institute*, y concebido como un medio para ajustar la legislación comercial de los Estados Unidos a las necesidades y prácticas de negocios, intentando una reglamentación más eficiente a fin de promocionar la actividad económica. La tarea, iniciada en 1940 y publicada por primera vez en 1951, requería para su aprobación, del consenso por separado de cada legislatura estatal. Justamente, debido a esta necesidad de máxima aprobación legislativa, y teniendo en cuenta los intereses afectados, tanto la iniciativa como la agenda del proceso

de concreción fueron caracterizadas por una idea de trabajo conjunto público/privado, con intervención en las opiniones de los representantes de las empresas privadas, fundamentalmente las del sector financiero. Por ende, como bien señala Cohen, no es de extrañar que el Artículo 9 encarne los valores de la libertad de los actores del mercado para fijar los términos de la práctica empresarial y para resolver conflictos, principalmente a través de mecanismos privados.⁴³ Se evidencia así una estrecha vinculación entre la sustancia misma de lo que implica una operación garantizada y la presencia de ciertos actores privados fundamentales en el proceso de la elaboración de la norma.⁴⁴

El concepto unitario del sistema norteamericano refleja la filosofía de la sustancia sobre la forma y está fundada en la finalidad o el propósito de la garantía y no en su naturaleza jurídica. De esta manera, el denominado *approach* funcional o funcionalista -contrapuesto al formalista propio de los países del *civil law*-, permitió aglutinar todas las categorías de garantías (con la sola excepción del crédito a los consumidores) y efectuar una recalificación funcional de las garantías en razón de la distinta función económica que cumplían, para regular así sólo las

garantías convencionales, de manera tal que los privilegios, las retenciones y las preferencias de origen legal quedaron excluidos y fuera de su ámbito de aplicación. Cabe precisar que éstos es, precisamente, el enfoque que sigue la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre operaciones garantizadas y la Ley Modelo de la OEA sobre garantías mobiliarias.

Más allá de la delimitación conceptual de garantía -que incluye, asimismo, las nociones de *sûreté*, *security interest* y *collateral*-,⁴⁵ resulta ilustrativa la definición dada por Kreuzer, según la cual la garantía mobiliaria es “todo derecho real sobre una cosa mueble, otorgado por contrato a un acreedor en garantía del pago de una deuda”.⁴⁶ Aparece por un lado la noción del “derecho real” y, por otro, la forma de otorgamiento a través de un “contrato”.

IV. Los principios informantes de la construcción de un sistema de garantías reales mobiliarias

Detrás de la constitución de un sistema de garantías reales subyacen no solamente elementos teóricos o cuestiones de estricta naturaleza jurídica, sino objetivos de política económica

vinculados al desarrollo de mercados de financiamiento. El dilema básico que se plantea en este sector del comercio internacional es la heterogeneidad de los sistemas de crédito y de garantías nacionales, y tal diversidad no es sólo de normas o contenidos sino que se arraiga, fundamentalmente, en los principios esenciales de la rama de los derechos reales.⁴⁷

El estudio de los principios de construcción de un sistema de garantías “permite diseñar, sólo en un plano teórico, un modelo de relación entre los principios fundantes. Así, un modelo inicialmente conservador (...), comprometido con la seguridad del tráfico y la protección de los terceros, fundamenta su sistema de garantías en los principios de tipicidad, causalidad, rigidez en la prohibición del pacto comisorio, publicidad e identificación de los bienes. Un sistema más dinámico (...), tiende hacia un sistema más liberal de difusión del crédito mediante la protección del acreedor y el abaratamiento de las garantías, inspirado en el principio de autonomía de la voluntad, abstracción, elasticidad, carácter oculto de las garantías e indeterminabilidad del objeto de la garantía”.⁴⁸ Claro está que no se puede afirmar rotundamente que los principios se presentan en todos los casos en forma pura.

Críticamente se ha señalado que en los ordenamientos jurídicos de raíz latina, la congruencia no constituye una característica de sus sistemas de garantías y, por lo tanto, muchas veces los principios y los presupuestos básicos de su orden jurídico se sacrifican teniendo en consideración criterios de oportunidad económica.⁴⁹

Los sistemas de garantías reales y, por tanto, la concepción de los derechos reales en general, se estructuran en torno a dos posibilidades: por una parte, el principio de autonomía de la voluntad y, por otra, el principio de tipicidad o *numerus clausus* de derechos reales de garantía. Dicho en otros términos, la discusión pasa por el carácter abierto o limitado de los derechos reales. El principio del *numerus clausus* se impone como una barrera a la autonomía de la voluntad de las partes, no permitiendo a los particulares crear otros derechos que los establecidos en la ley, ni modificar por pactos privados las normas que los rigen, porque las normas relativas a los derechos reales son meramente supletorias de la voluntad de las partes, como en general acontece en lo atinente a los derechos personales, sino que se le imponen, en tanto y en cuanto ellas mismas no dispongan lo contrario.

El carácter abierto o limitado de los derechos reales, que se traduce en la dicotomía “principio de la autonomía de la voluntad (*numerus apertus*) versus principio de tipicidad de los derechos reales de garantía (*numerus clausus*)” tiene que ver con el concepto mismo que cada sistema jurídico tenga sobre la “propiedad”. Si bien la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de raíz civilista se inclina por enumerar y clasificar a los derechos reales, la cuestión medular radica en ver si dicha enumeración adquiere un carácter exhaustivo o si resulta posible que las partes puedan crear derechos reales diferentes a los establecidos por la ley.

En las legislaciones nacionales sobre garantías mobiliarias en los países de América Latina y el Caribe se ha producido un cambio radical con respecto a esta concepción. Las garantías mobiliarias se constituyen por contrato y las partes tienen un amplio poder para regular muchas de las cuestiones atinentes al funcionamiento de la garantía. Aquellos países que han adoptado el enfoque funcional propio del esquema norteamericano de la Ley Modelo de la OEA son países de derecho civil y, por ende, se detecta una tendencia a admitir un *numerus apertus* de derechos reales de garantía que aparece justificada en la idea de concebir a la propiedad

como un conjunto de facultades que es posible atribuir a diferentes titulares.

Tal como hemos advertido, todo sistema legal de garantías reales a nivel nacional suelen optar entre dos principios: la autonomía de la voluntad—conciliable con la tendencia a un número abierto de derechos reales de garantía—o el principio de tipicidad—representado por el *numerus clausus*—. Sin duda, adoptar uno u otro criterio para la construcción de un sistema de garantías concreto resulta vital a la hora de brindar respuestas de DIPr, especialmente si se tiene en cuenta “la posibilidad de exportación de los derechos de garantía sobre la propiedad afectando, de forma particular, el reconocimiento o validez de las garantías creadas en el extranjero”.⁵⁰

Sumado a lo anterior, la identificación de los bienes permite asegurar con absoluta certeza cuáles son los bienes del deudor sobre los cuales se asienta la garantía. Así, el principio de identificación de los bienes puede conformar un límite decisivo frente a la constitución de garantías reales mobiliarias, e impedir el reconocimiento de aquellas que extienden su radio de acción al producto transformado o sustituyen el propio bien por otros derechos no determinados (como los créditos futuros, por ejemplo).

Si los Estados parten de la concepción de que se requiere que tanto el crédito como la cosa objeto de la garantía se encuentren determinados de manera específica y concreta, y si esto es llevado a sus últimas consecuencias, so pena de declarar inválida la garantía, no resulta sencillo diagramar un régimen eficiente. En aquellos países que han reformado sus legislaciones el criterio ha cambiado, y resulta factible constituir garantías mobiliarias no sólo sobre bienes presentes, sino también sobre los bienes futuros. Existe una mayor permisión en relación al tipo de bienes que pueden afectarse, siendo esto un elemento considerable a la hora de que una empresa pequeña o mediana, un agricultor, o cualquier otra persona que decida acceder a una línea de crédito pueda negociar mejores condiciones con su acreedor que acepte tales bienes muebles en seguridad de la deuda contraída.

Más allá de los objetivos o principios claves que se sigan, uno fundamental o central de cualquier reforma es “reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre todos los tipos de bienes”; ello por una doble motivo: de un lado, porque la constitución de la garantía no debería constituir un obstáculo para que el otorgante continuase con su negocio

funcionando plenamente, sin perder la posesión de los bienes gravados y, de otro, porque resulta imprescindible que los bienes objeto de la garantía se extiendan, de forma tal que puedan gravarse bienes presentes y futuros, corporales e inmateriales, bienes de equipo, existencias y los créditos por cobrar.

Además de la identificación de los bienes, en un sistema moderno de garantía, la idea de derecho real –en virtud de su oponibilidad a terceros– se encuentra íntimamente ligada al principio de publicidad. Como contrapartida al principio de propiedad aparente basado en la posesión de los bienes muebles, la publicidad se presenta como una herramienta de seguridad por parte de los acreedores frente a los terceros, ya que justamente intenta evitar que estos últimos puedan prevalecerse de la apariencia.

No se encuentran justificativos válidos para seguir sustentando la validez del principio de propiedad aparente basada en la posesión, ya que la práctica indica que ningún operador económico supone que el activo en posesión de un comerciante constituye parte de su propiedad y así, en los sistemas de garantías más modernos, se parte de una desmitificación del principio de

propiedad aparente y, en consecuencia, de una simplificación funcional de las condiciones de publicidad. Sin embargo, es menester advertir que a nivel del derecho internacional privado (DIPr) la publicidad registral sigue presentando algunos inconvenientes, ya que las formalidades exigidas legalmente plantean en ciertas ocasiones problemas de calificación (por ejemplo, la exigencia de un escrito puede constituir una exigencia de validez del contrato o del propio derecho real), o donde la inscripción en un determinado registro puede constituir una exigencia de carácter constitutivo de la garantía y no como condición de oponibilidad de la misma frente a terceros. Por ende, en cada supuesto en particular habrá que ver de qué manera se lo califica, si como una exigencia de forma del contrato, de constitución del derecho real o de publicidad. A esto hay que agregarle que cada uno de esos aspectos puede regirse por un derecho diferente, con lo cual la calificación de la exigencia formal resulta de particular importancia en el campo del DIPr.

Más allá de la necesidad de resolver los problemas atinentes a la constitución de las garantías mobiliarias –en sentido formal y sustancial–, y de brindar adecuadas respuestas a los problemas del registro de las mismas, la cuestión de cómo

encarar la publicidad de las garantías y las consecuencias que dicho acto tiene no sólo para las partes sino con relación a terceros resulta fundamental en la estructuración del sistema de garantías.

Dicho en otros términos, establecido el eje vertebrador del sistema a partir de los objetivos deseados y los principios fundamentales, la construcción de las paredes del edificio normativo y los diferentes niveles del mismo implica un análisis y un posicionamiento sobre determinadas cuestiones claves: a) constitución, b) publicidad, c) derechos y obligaciones de las partes, d) registro, e) establecimiento de reglas de prelación, f) instauración de procedimientos de ejecución ágiles y efectivos (pero que no comporten un ejercicio abusivo de la posición del acreedor e impliquen una situación de falta de acceso al derecho a la justicia en sentido amplio por parte del deudor) y, en el caso de garantías internacionales, f) fijación de normas de jurisdicción y de derecho aplicable.

La vocación universal de las garantías y las realidades locales

Si bien es cierto – como lo advertía Kronke hace casi diez años– que la terminología de “operaciones

garantizadas” o “garantías mobiliarias” era un concepto –si no desconocido, al menos poco frecuente– entre los comparativistas, en la última década y media se ha convertido en el “único tema” respecto del cual las tres agencias codificadoras universales de derecho privado (UNCITRAL, UNIDROIT y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado), las organizaciones regionales (entre ellas la OEA) y los bancos de desarrollo han invertido –y siguen invirtiendo– copiosos recursos para generar una normativa e implementar su funcionamiento.⁵¹

Cabe preguntarse cuál ha sido –y sigue siendo en muchos casos– el problema central de las garantías mobiliarias. Quizás la respuesta más tajante parte del hecho de la constatación de que en la realidad se verifica una pluralidad de intereses encontrados y un *patchwork* de regulaciones jurídicas diversas,⁵² lo cual lleva aparejada la necesidad de analizar si resulta posible plantear la unificación de normas⁵³ (o armonización en su caso)⁵⁴ a través de distintas respuestas técnico-jurídicas⁵⁵ y si, precisamente, a fin de poder brindarlas resulta preciso lograr una interacción de distintos objetivos de política legislativa y métodos de reglamentación.⁵⁶ Dentro de este ensamble de garantías

mobiliarias conviven convenciones internacionales que unifican aspectos sustanciales, convenios internacionales sobre conflictos de leyes, guías legislativas, leyes modelo e instrumentos regionales y normativas de carácter nacional.⁵⁷

Pero como si esto fuera poco, se suma a esta situación que en muchos casos el derecho que regula las garantías reales sobre bienes muebles se basa en una multiplicidad de normas que presentan lagunas, desajustes, incompatibilidades e incoherencias, lo cual crea una incertidumbre legal muy grande en los operadores lo cual, lógicamente, influye en el mercado crediticio. De esta forma se pone en evidencia que, desde un punto de vista social y económico, las necesidades de financiación y la característica transnacional del crédito y la regulación de las garantías que resultan necesarias para acceder al mismo constituyen una realidad que no se puede soslayar; por otra parte, es imprescindible tomar en consideración y analizar la situación en la que pueden encontrarse los sujetos económicos necesitados de tutela y protección y la repercusión que determinadas fórmulas de garantía pueden generar en ciertos sectores de la economía de un país.⁵⁸

V. El frenesí de iniciativas normativas de regulación: entre la vocación universal y las realidades locales

1. El impulso de regulación a nivel internacional

Más allá del análisis particular de cada instrumento, lo cierto es que todos los intentos de regulación apuntan hacia el mismo objetivo clave: lograr una modernización del derecho de garantías mobiliarias a fin de producir una racionalización de las mismas.⁵⁹ Ahora bien, si por un lado existe una convergencia sobre los objetivos perseguidos para tornar el régimen más efectivo, claro y seguro y así responder a las necesidades empresariales actuales, no puede perderse de vista que, por otro lado, existe una cierta tensión en la elección del camino a seguir en términos de armonización o unificación para lograr los resultados planeados. Esto explica la diferente metodología legislativa y las técnicas de reglamentación que han implementado los foros codificadores a la hora de decidirse por la regulación de las garantías mobiliarias.⁶⁰

Si se observa jurídicamente el mundo de las garantías mobiliarias a través del caleidoscopio del derecho producido a nivel de foros universales

y regionales, sumado a las iniciativas de otros actores como los bancos de desarrollo, puede advertirse que detrás de cada actor participante en el complejo tablero de la regulación de las garantías, subyacen intereses definidos. Cada objetivo, cada norma y cada procedimiento están pensados en base a una concepción y teniendo en cuenta particulares destinatarios: desde la Ley Modelo de la OEA de 2002 que mira hacia la pequeña y mediana empresa de América Latina y el Caribe, hasta el Convenio de UNIDROIT de Ciudad del Cabo de 2001 relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y sus protocolos que apuntan hacia la gran empresa, pasando por el instrumento de la Conferencia de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores tenidos en un intermediario de 2002, dirigido básicamente a la actuación de Centrales Depositarias de Valores y las Centrales Internacionales de Depósitos de Valores (empresas de *clearing*, bancos centrales, bancos y compañías comercializadoras de valores). La importancia de este último Convenio de La Haya puede verse reflejada, como afirman Bernasconi y Sigman “en la actitud adoptada por los grandes grupos que actúan en el mercado de valores al requerir sin dilación alguna la ratificación inmediata

y universal del mismo.⁶¹ Tales reacciones demuestran el reconocimiento de la importancia macroeconómica del Convenio y el rol fundamental que éste cumplirá como contribuyente a un aumento de la seguridad tanto en el funcionamiento prudente de los sistemas financieros nacionales como en las transacciones privadas individuales”;⁶² (...) “es el resultado de un esfuerzo, mediante un proceso inclusivo, representativo y fuertemente focalizado, para proveer certeza jurídica y previsibilidad en cuestiones que son de gran importancia práctica (...). Establece una solución clara, directa, pragmática y de fácil aplicación para un problema complejo”.⁶³

La misma Guía Legislativa de UNCTRAL, aun cuando “muestre” todas las posibilidades existentes, también efectúa determinadas recomendaciones en base a un modelo a seguir. De esta forma, la manera en la que se legitiman, homologan y validan los “modelos” en base a los cuales se construye un sistema excede el mero análisis normativo, y allí justamente reside no sólo el desafío sino el intenso y apasionante juego de intereses involucrados.

Ahora bien, más allá del foro que se trate y de la normativa que se utilice, lo

cierto es que hay un dato que aparece en todos los casos y es la tendencia u orientación “hacia modelos de validez universal”.⁶⁴ Macdonald, en su trabajo “*Three Metaphors of normal migration in international context*” reflexiona críticamente sobre la creación y la migración de normas jurídicas –tanto a nivel interno como internacional- y utiliza tres metáforas para describir lo que ha sucedido en materia de garantías. “Armonización”, “transplante”⁶⁵ y “propagación viral” constituyen en su análisis las figuras emblemáticas en torno a las cuales explica el proceso, aclarando que cada metáfora lleva consigo un equipaje simbólico y que detrás de cada una subyace un determinado modelo.

Las tres incorporan una lógica retórica que responde no sólo a lo conceptual, sino también a los actores involucrados en la tarea de elaborar o transpolar disposiciones o regímenes legales: Estados en forma individual o colectiva, foros de codificación –universal o regional-, organismos internacionales, agencias y organizaciones privadas. En esta línea, el autor citado señala que el proceso de reforma en Québec (jurisdicción de tradición civilista) fue impulsado por la lógica retórica de la armonización, mientras que en Ucrania (país también perteneciente al

civil law), el cambio se debió a la lógica retórica del transplante y el trabajo de UNCITRAL efectivizado en la Guía Legislativa sobre las operaciones garantizadas responde a la lógica retórica de la propagación viral;⁶⁶ plantea que, generalmente, y más allá de ciertas matizaciones que pueden darse, es posible asociar a las organizaciones internacionales con la metáfora de los trasplantes legales⁶⁷, mientras que la lógica retórica de la armonización sería propia de las comunidades epistémicas transnacionales y, finalmente, que la noción de una evolución del *soft law* hacia un *global hard law* evoca la imagen de la propagación viral.⁶⁸

Ahora bien, la utilización de las metáforas para explicar los diferentes procesos de generación de normas legales no debe llevar a generar polémicas -argumenta Macdonald- sino que, por el contrario, deben ser entendidas analíticamente para poder reflexionar sobre la migración de las normas jurídicas. Cada metáfora “captura” una forma diferente. Así, la lógica retórica de la armonización resuena de manera positiva ya que, obviamente, la armonía es preferible a la falta de ella. La idea del transplante se presenta más bien de una forma neutral-positiva: el transplante de un órgano puede salvar una vida pero, de manera menos positiva,

la figura del transplante puede ser valorada de forma diferente cuando se trata de introducir una especie foránea que destruye un hábitat indígena. Por su parte, opina que la idea de la propagación viral evoca una consecuencia negativa, generando la visión de una pandemia con todo lo que ello puede llevar aparejado.⁶⁹

2. La Ley Modelo de la OEA sobre garantías mobiliarias

La Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI) en el marco de la OEA ha marcado sin ningún tipo de duda y por diferentes motivos un quiebre, un punto de inflexión en el desarrollo del proceso codificador americano. Como lo ha señalado en repetidas ocasiones Fernández Arroyo, varios fenómenos contribuyeron a dar lugar a ese cambio de paradigma: “a) el ‘ablandamiento’, reflejado en el paso de una técnica legislativa ‘rígida’, unificadora, basada estrictamente en convenciones internacionales a técnicas de *soft law* (ley modelo, documento uniforme); b) ‘privatización’ que implicó, por un lado, la especial atención prestada a los intereses del sector privado y, por otro, una suerte de ‘tercerización’ del trabajo de codificación, el cual no se

realizó totalmente por los representantes de los Estados miembros y por los órganos de la OEA, sino que se confió (en su definición esencial y en su impulso) a una institución privada;⁷⁰ y c) la ‘comercialización’ de la agenda, que llevó a trabajar exclusivamente en materias mercantiles”.⁷¹

La CIDIP VI adoptó el 8 de febrero de 2002 la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias, instrumento jurídico que supuso sentar las bases para establecer un sistema de financiamiento garantizado –tanto de alcance nacional como internacional- sobre las bases de la previsibilidad, la equidad y la eficiencia, siendo el principal objetivo económico que los actores de cualquier Estado miembro pudieran lograr un mayor acceso a capital de crédito en mejores condiciones que las actuales.⁷² Desde los comienzos del trabajo hubo consenso en los objetivos que debería priorizar la Ley Modelo;⁷³ así: a) facilitar el acceso al crédito mediante la ampliación al máximo posible del espectro de bienes que pudiesen constituir una garantía; b) simplificar los procedimientos de constitución de la garantía mobiliaria procurando el abaratamiento de costos; c) establecer criterios claros en lo que respecta a publicidad de los diferentes tipos de garantías mobiliarias como instrumento

funcional para determinar el grado de prelación entre acreedores; d) estandarizar los aspectos documentales y registrales concernientes a la garantía; e) asegurar la eficacia de la garantía mediante el establecimiento de criterios previsibles y detallados sobre el orden de prelación de las garantías; y f) procurar celeridad en los procesos de ejecución de la garantía misma, evitando pérdidas innecesarias y brindando garantías razonables al deudor garante.

El texto definitivo⁷⁴ difiere del Proyecto de Ley Modelo presentado por Estados Unidos y Canadá, resultando técnicamente superior a este último.⁷⁵ Si bien el Proyecto no ha sido reproducido en su totalidad, la normativa aprobada sigue dejando traslucir una posición favorable al acreedor. Las normas no reflejan la necesidad de que un sistema de garantías debe también beneficiar a la parte más débil de la relación jurídica que, en este caso particular, es el deudor que necesita en forma acuciante lograr financiación para solventar sus operaciones.⁷⁶

La Ley Modelo interamericana⁷⁷ pretende modernizar el régimen de garantías para la concesión de créditos a productores, intermediarios y distribuidores de productos comerciales e industriales creando una garantía mobiliaria

convencional,⁷⁸ y estableciendo –al mismo tiempo– una regulación sencilla, de manera que puedan otorgarse en garantía bienes muebles de carácter corporal o incorporeal y que la garantía pueda extenderse a otros bienes que deriven del propio bien originalmente dado en garantía.⁷⁹ De este modo se propicia que el derecho real de prenda se transforme en un derecho personal. La normativa tiene un ámbito de aplicación amplio ya que se refiere a todas las obligaciones presentes o futuras, determinadas o determinables, garantizadas con garantía mobiliaria. Ahora bien, el segundo párrafo del art. 1 dispone que los países que adopten la Ley Modelo podrán declarar que la misma no se aplica a ciertas garantías que expresamente se indiquen; finalmente merece destacarse la obligación que deben asumir los Estados contratantes en orden a adoptar un registro único y uniforme, ya que sólo un examen con tales características puede brindar el soporte necesario para que el sistema de garantías planteado pueda funcionar correctamente.

La Ley Modelo incluye tres tipos de mecanismos de garantía: por un lado incluye garantías consensuales sobre bienes muebles presentes o futuros, tangibles o intangibles.⁸⁰ Por otro lado, excluye gravámenes legales y gravámenes sobre

algunos bienes especiales y, finalmente, abarca garantías mobiliarias sobre algunos bienes especiales que requieren un proceso especial para su publicidad; en este sentido, el art. 32 señala que “una garantía mobiliaria puede incluir derechos de propiedad intelectual, tales como patentes, marcas, nombres comerciales, regalías y otros bienes muebles atribuibles a los mismos, se sujetará a las normas de esta Ley”. Existen ciertos tipos de bienes que deben ser regulados por leyes especiales; así, las acciones bursátiles requieren una norma separada, a pesar de ser títulos mobiliarios para operaciones de inversión.

Hay ciertas garantías que si bien se entienden incluidas o abarcadas dentro del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, necesitan de un proceso extra o simultáneo de acuerdo al derecho interno o internacional. De acuerdo a lo señalado por el art. 37, “cuando otra ley o convención internacional aplicable requiere que el título de bienes muebles sea inscripto en un registro especial y contenga normas relativas a las garantías creadas sobre dicha propiedad, dichas disposiciones tendrán precedencia con respecto a esta Ley, en lo referente a cualquier incongruencia entre ambas”. La característica de este tipo especial de garantías es que deben inscribirse en un registro antes

de que la garantía mobiliaria resulte perfeccionada; ejemplos de este tipo son aquellas garantías que se encuentran bajo la órbita del Convenio de UNIDROIT relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil o aquellos bienes muebles que se convierten en bienes inmuebles por accesión, incorporación o destino.⁸¹

La meta de la Ley Modelo es lograr la uniformidad de la garantía mobiliaria, es decir, que todas las transacciones garantizadas con bienes muebles puedan ser incorporadas en un solo mecanismo de garantía. De esta forma, la normativa brinda tres alternativas en pos del cumplimiento de este objetivo: a) “la primera alternativa sustituye a las garantías y mecanismos similares regulados por leyes existentes, creando una garantía única cuya constitución, publicidad, prelación, cesión, negociación, modificación y extinción se regulan por la Ley Modelo; b) la segunda alternativa proporciona prelación a las garantías creadas y perfeccionadas por medio de la Ley Modelo sobre cualquier otra garantía que utilice un mecanismo o ley distinta sin importar la fecha de creación o publicidad de esta última; c) la tercera alternativa requiere que el Estado cree un sistema de registro único y uniforme que requerirá el registro e incorporación

de los mecanismos de garantía y leyes de garantía existentes. Este registro establecerá un enlace registral para la materia de prelación”.⁸²

Sin embargo, una reforma de fondo sobre garantías mobiliarias debía incluir de manera inescindible el establecimiento de un sistema de registro de garantías reales que resultara eficiente y accesible al público. De este modo, la Ley Modelo fue complementada el 9 de octubre de 2009 por el Reglamento Modelo para el Registro (Reglamento Modelo), aprobado por la CIDIP VII cuyo propósito fundamental es el de mantener un grado razonable de uniformidad que garantice la equidad de la vía ejecutoria y la compatibilidad con los registros de otros países de las Américas. La idea base del Reglamento Modelo es, justamente, “fomentar la certeza y la transparencia con respecto a las garantías reales constituidas sobre bienes muebles, que son los factores cualitativos clave a la hora de determinar si es posible servirse de estos activos como garantía en préstamos bancarios”.⁸³

A) La influencia de La Ley Modelo interamericana y el estado actual de implementación

Lo que debe llamar a reflexión es que la Ley Modelo perseguía como objetivo fundamental y prioritario llevar

a cabo una profunda reforma en los sistemas latinoamericanos. Ahora bien, más allá de las bondades del art. 9 del UCC y de la *Personal Property Security Act* canadiense (PPSA),⁸⁴ lo cierto es que debido a la premura -por un lado- y a la falta de proyectos alternativos por parte de otros países, la Ley Modelo se aprobó convirtiéndose de ese modo en un estandarte de exportación del modelo norteamericano al resto de los países de América Latina y el Caribe. Está claro que el instrumento interamericano se refiere a la generalidad de las garantías adoptando un enfoque funcional derivado del art. 9 del UCC y, por ende, lo que busca es “sustituir las normas nacionales sobre la materia, las cuales se juzgan incompatibles con unas condiciones mínimas aceptables para la circulación del crédito”.⁸⁵

Es posible analizar incidencia de la Ley Modelo de la OEA en dos momentos: con anterioridad a su adopción por parte de la CIDIP VI y con posterioridad a la misma. Con anterioridad, debe resaltarse que “el codificador (privado) norteamericano solicitó a una importantísima oficina de la Administración (pública) mexicana que impulsara una reforma legal en materia de garantía como un modo de exteriorizar su apoyo al trabajo de aquél y a la importancia del mismo, y -lo que es más llamativo- tuvo

éxito”,⁸⁶ ya que México realizó una reforma de su Ley general de títulos y operaciones de crédito, de su Código de Comercio y de la Ley de instituciones de crédito. Si se evalúa la incidencia de la Ley Modelo con posterioridad a 2002, visto desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta los regímenes políticos y económicos de ciertos países latinoamericanos, tampoco resulta casual el orden cronológico/temporal en que han ido siendo promulgadas las leyes de garantías mobiliarias. Otro dato que tampoco escapa es la actuación del NLCIFT asesorando a diversos gobiernos latinoamericanos no sólo al momento de llevar a cabo estudios de campo diagnósticos sobre la situación crediticia y de acceso al financiamiento de las empresas sino, directamente, a la hora de intercambiar opiniones con los sectores privados y redactar los proyectos de leyes sobre garantías mobiliarias.

En el ámbito latinoamericano las influencias ejercidas por la Ley Modelo se han hecho sentir con intensidad, sobre todo en los últimos años.⁸⁷ Sin perjuicio del análisis de tipo normativo que puede efectuarse, no debe soslayarse la cuestión política y económica que subyace también en la definición de determinadas opciones legislativas tomadas por los países. Precisamente en este sentido, cabe mencionar la

iniciativa llamada “Camino hacia la Prosperidad en las Américas” que inicia su andadura en septiembre de 2008 cuando el presidente Bush de Estados Unidos se reunió con los líderes y representantes de once países de América con los cuales Estados Unidos había negociado tratados de libre comercio, con la finalidad de esbozar una política de cooperación vinculada a los acuerdos comerciales suscriptos; si bien la iniciativa comenzó con los países del NAFTA (México y Canadá), y del CAFTA-DR (Centroamérica y República Dominicana) siguió con Chile, Panamá, Perú y Colombia. Se parte de la idea de reconocer, por un lado, la importancia del comercio y la inversión extranjera en el desarrollo de los países de la región y, por otro, de la necesidad de ampliar la base social a fin de lograr un comercio más inclusivo para los sectores menos favorecidos y más vulnerables.

En esta línea, en la I reunión Ministerial llevada a cabo en Panamá en 2008 se hizo hincapié en la idea de cooperación para superar las brechas sociales existentes y, uno de los puntos esbozados era, justamente, brindar apoyatura a los instrumentos institucionales que facilitarían la administración del comercio para asegurar el incremento en la competitividad necesaria para atraer

la inversión extranjera. Los cuatro pilares establecidos en la Reunión de Panamá de 2008 fueron: 1) fomentar la cooperación en las áreas temáticas para incrementar oportunidades, 2) fortalecer la arquitectura comercial, 3) ampliar la cooperación para el desarrollo y la competitividad, y 4) promover una mayor cooperación en materia laboral y ambiental.⁸⁸ Esta lógica se reforzó en la II Reunión celebrada en El Salvador en 2009, ya bajo la presidencia de Obama, produciéndose una reorientación de metas cuyo objetivo principal era “fomentar el crecimiento, la prosperidad y la justicia social de manera incluyente”.⁸⁹ En marzo de 2010, Hillary Clinton –en su carácter de Secretaria de Estado de Estados Unidos- se refirió a la promulgación de leyes de garantías mobiliarias y a la creación de registros de fácil acceso y que resultaran confiables y económicos y puso como ejemplo a seguir por los países latinoamericanos el sistema de registro implementado por Honduras. Así, se deja sentado que “la iniciativa pretende cerrar esta brecha empoderando pequeños agricultores, pequeñas empresas, artesanos, trabajadores, mujeres, comunidades indígenas, descendientes de africanos, jóvenes y grupos vulnerables para que puedan participar en la economía mundial.”⁹⁰

Lo señalado ha tenido sin duda su proyección en el tratamiento de varios proyectos de leyes centroamericanas y caribeñas en materia de garantías mobiliarias.

No han resultado ajenos a este proceso la influencia de ciertas entidades bancarias y financieras. Sólo a título meramente ejemplificativo, puede mencionarse que durante la sesión 35 de UNCITRAL, llevada a cabo en Nueva York del 17 al 28 de junio de 2002, funcionarios de la Asociación Financiera Internacional sostuvieron que estaban preparados y dispuestos a “abrir la válvula de escape crediticia a Costa Rica a tasas de interés razonable, siempre que el país y las repúblicas hermanas de Centroamérica mejoraran y armonizaran conjuntamente sus préstamos garantizados y la ley de registro en consonancia con la Ley Modelo de la OEA”.⁹¹

Diversos eventos y reuniones de trabajo se han llevado a cabo a fin de discutir el régimen de garantías mobiliarias para el país y, en este sentido, algunas de ellas han sido patrocinadas por la Asociación Financiera Internacional –miembro del Grupo del Banco Mundial-, el Instituto de las Américas (organización no gubernamental establecida en la Universidad de California

en San Diego), el Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional de Canadá, el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, JP Morgan y el Banco Interamericano de Desarrollo.⁹²

En América Latina y el Caribe, de 2006 a 2014 se han sancionado varias leyes de garantías mobiliarias (Perú,⁹³ Guatemala,⁹⁴ Honduras,⁹⁵ El Salvador,⁹⁶ Jamaica,⁹⁷ Panamá,⁹⁸ Colombia,⁹⁹ Costa Rica¹⁰⁰ y Nicaragua),¹⁰¹ las cuales siguen –en mayor o menor medida- los lineamientos de la Ley Modelo de la OEA. Al mismo tiempo se han iniciado rondas de investigación y de análisis concreto en países como Chile, Paraguay y Argentina. Cabe señalar que más allá de que las leyes sobre garantías mobiliarias de las Américas están basadas en lo prescripto por la Ley Modelo de la OEA, la legislación salvadoreña es la única que hace mención a ella de manera explícita y que deja sentada su opinión con respecto a que dicha ley interamericana propiciaría una base idónea de armonización regional.¹⁰²

Indudablemente se evidencia un progreso en la adopción de la Ley Modelo interamericana de garantías mobiliarias de la OEA en América Latina y el Caribe; sin embargo, y esto no es un dato para dejar de tener en cuenta, en

muchos casos ha habido retrocesos y demoras en la adopción de la leyes o, directamente, adopción de leyes que en determinados aspectos dan la espalda a las previsiones de la Ley Modelo,¹⁰³ como por ejemplo la ley chilena 20.910 de prendas sin desplazamiento y su Reglamento de 5 de junio de 2007 que adolece de varios problemas conceptuales y operativos ya que vuelve a reproducir la típica calificación de prenda y condiciona la validez y efectividad de la misma a la preexistencia de un contrato de préstamo, del cual es accesorio.

Cabe resaltar que las legislaciones sobre garantías mobiliarias más modernas en América Latina y el Caribe como las de El Salvador y Colombia cuentan con normas tuitivas a los consumidores y se deja a salvo la aplicación de la legislación especial. Esto es un punto decisivo de avance ya que la Ley Modelo de la OEA no posee ninguna disposición al respecto en relación con aquellas partes que puedan considerarse más débiles en una relación crediticia. Claro está que esto se encuentra unido a la noción de “consumidor” que cada sistema tenga y que bajo tal figura se englobe a la persona física o también a la persona jurídica, entre las cuales la micro, la pequeña y la mediana empresa adquieren un *status* particular.

No es un dato menor y cabe aclarar que el texto de la Ley Modelo interamericana es anterior en el tiempo al de la Guía Legislativa sobre operaciones garantizadas de UNCITRAL, y que esa diferencia cronológica también se evidencia en el impacto y en la recepción de las normas por parte de aquellos países latinoamericanos que adoptaron sus legislaciones internas antes de que UNCITRAL finalizara su trabajo y la Guía Legislativa viera la luz. Por ese motivo, en el caso de la ley colombiana, por ejemplo, puede verse claramente la influencia de la Guía Legislativa de UNCITRAL en su normativa.

VI. Los desafíos planteados en la construcción arquitectónica

A los efectos de diseñar un régimen moderno, eficaz y eficiente de garantías mobiliarias que resulte equilibrado para las partes intervinientes y que no cause tratamientos excesivos por parte de las entidades de crédito, resulta necesario que los Estados cuenten con leyes específicas sobre el tema y que las mismas establezcan reglas claras en relación a los aspectos que involucra no sólo la constitución, sino también el registro y la ejecución de la garantía en caso de incumplimiento. Ahora bien, unido a ello, deben diseñarse

estrategias que provean una adecuada información a los eventuales prestatarios a fin de que se familiaricen con el proceso y no resulte factible violar sus derechos. Ambas cosas coadyuvarían a minimizar o, en el mejor de los casos, cerrar la brecha entre el financiamiento formal y el informal propio de los créditos sin garantías como práctica frecuente en los países de América Latina y el Caribe. En este sentido, debe producirse una revalorización en el papel clave que asumen las garantías, tanto en el proceso de acceso al crédito, como en la formulación de políticas públicas que atiendan ese fin. No consideramos que la sola presencia de garantías asegure que estemos transitando –en términos macroeconómicos– por el camino óptimo hacia el financiamiento; pero de lo que sí estamos convencidos es que un sistema ágil y efectivo de garantías constituye un instrumento adecuado para corregir la problemática de la aversión al riesgo derivado de operaciones de pequeñas y medianas empresas.

Si se observa el tablero de ajedrez de la configuración arquitectónica de las garantías, se puede sostener que el panorama está signado por el antagonismo y, en algunos casos, la coexistencia de las fuentes internacionales e internas. Por ende, como criterio de política

legislativa debe plantearse seriamente si se está ante una disyuntiva o armonía entre el método conflictual y el sustantivo, cómo se maneja la tensión entre la previsibilidad del resultado y la flexibilidad en la aplicación de la norma de DIPr y de las disposiciones nacionales que se torna en muchos casos un verdadero problema, qué hacer frente el dilema entre justicia conflictual y justicia material –lo cual se hace patente en materia de crédito y se agudiza si se lo piensa desde el punto de vista del consumo–. Cómo resolver el conflicto entre el objetivo de la uniformidad internacional de las soluciones y la necesidad de proteger los intereses del Estado ante cada decisión en materia de financiamiento es algo que excede lo jurídico y entra en la confluencia de la trilogía derecho/Estado (como sociedad)/mercado.

Coincidimos con Garro en que resulta necesario efectuar “un enfoque comparativo antes que conflictualista a los problemas transnacionales, lo que implica explorar los aspectos sustantivos comunes y la aplicación de un ‘derecho internacional sustantivo’ o un ‘derecho supranacional uniforme’ que aporte escudrinar cuál es la ley interna aplicable”.¹⁰⁴

Lo dicho, sin embargo, no implica transplantar automáticamente modelos concebidos para funcionar en otros contextos ni borrar de forma absoluta las regulaciones de los países. No se trata de la sustitución de un modelo por otro. Claro está que cuando se visualiza que ciertos países, por ejemplo, adoptan la Ley Modelo de la OEA sin cambiar nada de lugar y sin tener en consideración delicadas cuestiones, la sensación es de “cambio de modelos”. Sin embargo, otros Estados han llevado a cabo reformulaciones de sus regímenes de garantías que, si bien implican cambios sustanciales, no dejan de lado principios básicos sobre los cuales se estructura su ordenamiento e, incluso, avanzan más allá en el diseño tomando en cuenta situaciones particulares sobre garantías constituidas sobre cierto tipo de bienes, o la posición en la que pueden encontrarse ciertos deudores, o atienden a limitaciones particulares en cuanto al proceso de ejecución de la garantía.

Es verdad que en la construcción de la estructura del sistema es necesario tener presente cuáles son los “objetivos claves”, los “principios rectores y fundamentales” para lograr un régimen “eficaz y eficiente” de operaciones garantizadas. Sin embargo no compartimos la idea de que los

principios sean exportados desde el norte e importados desde el centro y el sur de las Américas sin realizar un análisis crítico de cada uno. Algunos aparecen enunciados como principios mágicos rectores de la economía moderna y, de hecho, pueden funcionar en la práctica exactamente al revés. Incluso, aquellas frases casi de contenido apocalíptico de que “si no se dicta una ley de garantías” se acaba el crédito, pueden no ser ciertas ya que la sanción de una ley es sólo un paso más entre otros tantos que deben darse para conseguir un adecuado financiamiento. El tema de la ejecución de la garantía es, por ejemplo, una cuestión muy sensible que debe evaluarse con cuidado al momento de proponer normas; algunas cuestiones pueden chocar, incluso, con principios elementales de defensa en juicio consagrados a nivel constitucional. Idéntico caso es el de las garantías que se constituyen sobre títulos de crédito, tema que aparece regulado de manera precisa en leyes especiales.

Cada uno de los principios esbozados por los Bancos multilaterales de crédito,¹⁰⁵ algunos centros y consultoras constituye, en cierto modo, un ensayo de respuesta frente a los inconvenientes que presentan los sistemas normativos latinoamericanos. Sin

embargo, la “plantilla” de soluciones ha demostrado que en la práctica a veces resulta mejor un “traje hecho a medida” que adquirir una prenda al por mayor por el solo hecho de creer que si proviene de Estados cuyas economías son más fuertes o están consolidadas, tales normas “deben” necesariamente funcionar. En esta línea, la divisoria de aguas entre los “contextos de producción de normas” y los “contextos de recepción de las mismas” resulta ser una cuestión vital. Cuando se alude en forma categórica a “los principios fundamentales para un moderno derecho de garantía”, si bien no hay que perder de vista que constituyen una base que define los objetivos que deben tenerse en cuenta para una eventual reforma en la materia, al tiempo que también sirven como criterio de evaluación de un proyecto de normativa, se debe considerar que no resulta posible que los mismos (y sus creadores) impongan una solución particular para un país sino que, por el contrario, los países de América Latina y el Caribe deberían tomarlo como lineamientos generales y, por ende, no deberían leerse en términos absolutos porque siempre, de acuerdo a las características y a la idiosincrasia de cada país, será inevitable que existan ciertos matices. En ese sentido consideramos a la Guía Legislativa de UNCITRAL

como un instrumento de absoluta valía que permite a los Estados no sólo tomar conocimiento de distintas alternativas de solución sino que, además, sus recomendaciones intentan respetar al máximo posible las características de cada sistema lo cual, en el campo de las garantías, se torna aún más importante ya que toda decisión sobre el crédito que tome un país marca también su posicionamiento con relación a la idea de propiedad de los bienes que tenga.

Si se parte de la base de que la generación de un nuevo régimen o sistema de garantías mobiliarias implica el abandono de concepciones preexistentes con respecto a ciertas figuras o, inclusive, alejarse de principios ya consolidados, debe también destacarse que aun cuando el objetivo primordial de todo instrumento normativo sea promover la oferta de crédito garantizado, esta misma finalidad es la que debe guiar a los legisladores a resaltar y reforzar otras políticas que promuevan el acceso al financiamiento. De esta forma el crédito garantizado podrá alcanzar otros objetivos de mayor alcance tales como: a) facilitar el éxito de la explotación y la expansión de negocios familiares (como se ha visto en Centroamérica y el Caribe), b) mejorar su capacidad para competir tanto en el país como en el extranjero (como

lo está haciendo Honduras y Colombia), y c) ofrecer a los consumidores y a otros compradores la posibilidad de adquirir bienes y servicios en las condiciones más favorables (como el caso de El Salvador).

Exportar o importar modelos no constituye algo sencillo. Porque en el fondo se está incorporando un sistema diferente. La cuestión no es “sí o no al modelo norteamericano funcional de garantías”, sino que lo que debería evaluarse es un “sí o no” con respecto a “qué” del régimen de garantías vigente en cada uno de los países de América Latina y el Caribe. No todos funcionan de la misma forma, no todos los mercados están sujetos a los mismos vaivenes, no todos los tipos de bienes garantizables tienen la misma repercusión al momento de constituir una garantía, no todos los deudores son de la misma clase. Es decir, la “construcción” a nivel interno de normas nacionales debe tener en cuenta el contexto de recepción de las normas provenientes de otro sistema.

Como sostenía I. Calvino en “Mr. Palomar”, para construir un modelo, es preciso partir de algo, es decir, tener principios de los cuales pueda salir por deducción el propio razonamiento. Así, la construcción de un modelo

era para él “un milagro de equilibrio entre los principios (que permanecían en la sombra) y la experiencia (inabismable), pero el resultado debía tener una consistencia mucho más sólida que los unos y la otra”. De esta forma, en un modelo bien construido, cada detalle debe estar condicionado por lo demás, con lo cual todo se sostiene con absoluta coherencia, como en un mecanismo donde si se bloquea un engranaje todo se bloquea.

Bajo ese enfoque, consideramos pertinente pensar la construcción del sistema en una amalgama entre lo global y lo nacional, ya que la actuación de los actores, la forma de producción de las normas, la legitimidad de las mismas, su recepción y operatividad en los diferentes países muestra un panorama en el cual no es posible escindir estas cuestiones.

Desde la misma manera en cómo se origina la Ley Modelo de la OEA, hasta la forma en cómo ciertos países han tomado su normativa, pasando por el accionar de ciertos bancos o agencias de desarrollo que promueven reformas normativas —a veces hasta en bloque—, hace que el análisis y la lectura que se efectúe de la realidad sea mucho más profunda. El interrogante acerca de si se debe cambiar el régimen nacional

de garantías en todos los países de América Latina y el Caribe no admite una respuesta única o lineal. Hay países que necesitan inexorablemente un cambio radical y otros en los cuales algunas cuestiones puntuales necesitan adaptarse para que el régimen funcione de manera adecuada.

Es más, en algunos Estados donde la reforma normativa es un hecho, hay algunos temas que han quedado sin resolver, con lo cual aun teniendo una ley vigente ello no significa que se haya evidenciado un avance absoluto ni que la “nueva” normativa implique el establecimiento de un “verdadero régimen moderno, eficaz y eficiente de garantías”. El caso panameño es un ejemplo a tener en cuenta.

El análisis de la “anatomía de las garantías” lleva a señalar que lo que debe caracterizar al régimen es su sencillez, su claridad, su efectividad y su equilibrio. Claro está que teóricamente es relativamente sencillo hacerlo; el problema pasa por su implementación práctica. Sustituir una figura por otra, establecer una excepción, hacer jugar una normativa específica sobre protección del consumidor, poner en diálogo el régimen de garantías con el de la insolvencia propiamente dicha como hace la ley colombiana, dejar a

salvo las eventuales ratificaciones de normas universales como establece la normativa costarricense son ejemplos de cómo la adopción de un enfoque diferente puede compatibilizarse con los criterios propios que tiene cada país. Ese pareciera ser el criterio a seguir. No el transplante legal ni tampoco el efecto de propagación viral al que aludía Mcdonald. Una construcción implica algo diferente, más allá de que el objetivo de la Ley Modelo de la OEA haya sido la sustitución de las leyes nacionales referentes a garantías.

Desde una visión global, los fenómenos jurídicos necesitan ser observados desde una perspectiva histórica y geográfica. Esto incluye, no sólo el estudio del derecho en espacios globales, regionales, y nacionales, sino también el análisis de las complejas historias de cambio, inercia, imposición, recepción, difusión e interacción que hacen parte de la dinámica de los órdenes jurídicos. Si se considera que la ingeniería o plomería del sistema crediticio se enlaza inexorablemente con un adecuado marco de garantías, cabe preguntarse si la construcción de un sistema implica una unificación normativa o una armonización de legislaciones. Hasta el momento pareciera evidenciarse más una tarea de armonización que de unificación propiamente dicha.

Pensado a nivel global, el sistema de garantías implica no sólo la adopción de un criterio funcional, tal como lo demuestran todos los instrumentos emanados de los foros universales y regionales de codificación, sino también un ensamble de las normativas ya que no existe un instrumento de carácter universal que regule las garantías mobiliarias. Por ende, es necesario pensar si resulta factible la construcción de un sistema que, sin dejar de tener pretensiones “globales”, aprenda a tolerar los regionalismos y las particularidades nacionales, de manera tal que sea posible el diálogo fuentes al que aludía Jayme,¹⁰⁶ diálogo que no sólo es necesario sino realmente imprescindible.

Si la pregunta es cómo construir un sistema que funcione en todos los aspectos, las respuestas —aunque débiles— empiezan a aparecer en todos los frentes. Y consideramos positivo, en este sentido, que las respuestas se empiecen a dar a partir de la sinergia generada y propiciada desde los mismos foros de codificación. El hecho de que UNCTRAL, UNIDROIT, la Conferencia de La Haya y la OEA trabajen textos en conjunto, que produzcan documentos en los cuales, por ejemplo, se analizan las intersecciones normativas resulta sumamente valioso. No sólo porque el diseño y la construcción de las normas

implica un trabajo más minucioso, sino también porque las “miradas” de los distintos foros son diferentes y pueden perfectamente complementarse. En este sentido estimamos positivo el trabajo en colaboración y el estudio de la adopción de una u otra metodología legislativa para regular el tema de las garantías mobiliarias.

Si la tarea de unificación o armonización se lleva a cabo a través de la técnica del *hard law* o del *soft law* es otro elemento a tener en cuenta. Puede venirnos a la mente la imagen de reto, batalla, pelea, enojo, enemistad entre ambos, ya que se suele hacer referencia a la expresión “*hard law versus soft law*”, y en realidad lo que debe plantearse es si constituyen alternativas, complementos o si, simplemente, resultan antagónicos en el proceso de gobernanza internacional. Haciendo analogía con aquello que Dasser sostenía con respecto a la *lex mercatoria*, afirmando: “la pregunta ya no es *lex mercatoria* ¿sí o no?, sino más bien *lex mercatoria* ¿cuándo y dónde?”,¹⁰⁷ lo mismo podría decirse de las garantías: ¿técnica *hard* versus técnica *soft*? Hay amalgamas posibles y factibles: lo que ha sucedido en América Latina y el Caribe en relación a la Ley Modelo de la OEA es una prueba de ello.

Una mirada sobre “la realidad del funcionamiento” de las garantías permite dejar de lado los esotéricos juegos legales. Cuando se analizan las leyes latinoamericanas y caribeñas “en contexto”, viendo qué problemas tratan de resolver en sus respectivos ámbitos territoriales y cuáles son los inconvenientes prácticos de deudores y acreedores, todo resulta más sencillo. Sin embargo, al momento de la redacción de las normas, suelen aparecer ciertas complicaciones ya que se tiende a “copiar” directamente las disposiciones sin ponerlas en juego con otras dentro del mismo ordenamiento legal, lo cual genera confusión, cuando no contradicción normativa.

Cartografiar el mapa de las garantías en América Latina y el Caribe es una tarea tan apasionante como compleja. Todo está unido y una cosa repercute sobre la otra.

Ahora bien, frente a la idea de “globalizar” el enfoque funcional”, también se evidencia una fragmentación en cuestiones de DIPr ya que, para cuestiones sustanciales de derecho aplicable, se acepta la adopción del criterio americano, importando un enfoque unidireccional en pos de obtener mayor financiamiento del sistema bancario externo; pero a la inversa, en materia

de jurisdicción, los criterios atributivos de jurisdicción propios del *common law* son cuestionados por los Estados. En el ámbito interamericano las normas previstas en los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante resultan insuficientes y, por otra parte, las normas nacionales tampoco se refieren de manera específica al tema. Sumando vacíos, no existe una convención interamericana hasta el momento que regule las cuestiones de jurisdicción¹⁰⁸ y sólo contamos con normas atinentes a arbitraje.

Más allá de que las demás CIDIPs contengan normas de jurisdicción sobre diferentes temas, hay dos criterios que han adquirido una importancia vital a la hora de pensar en una reglamentación interamericana: el foro de la residencia del demandado y el espacio otorgado a la autonomía de la voluntad de las partes. En el campo específico de las garantías, si bien la Ley Modelo interamericana no contiene normas de jurisdicción internacional, en su art. 68 posibilita a las partes someter a arbitraje cualquier controversia que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía.

Las conexiones jurisdiccionales antes mencionadas deberían ser tenidas en cuenta si se piensa en normas

específicas para garantías: una por constituir el criterio procesal por excelencia donde el demandado no puede alegar ningún tipo de indefensión y, la otra, por ser fundamental para el desarrollo de un sistema moderno de operaciones garantizadas donde la garantía se constituye, justamente, por vía contractual. Cualquier desarrollo de normas futuras debería tener en consideración y respetar, como bien lo pone de manifiesto Fernández Arroyo,¹⁰⁹ los principios de conexión razonable, garantía de acceso a la justicia, no discriminación de los litigantes, cooperación y circulación internacional de decisiones.¹¹⁰

En el caso específico de la Ley Modelo interamericana de garantías mobiliarias (CIDIP VI) cabe destacar que si bien no contiene normas de jurisdicción internacional, en el Título VII se refiere al arbitraje, disponiendo en el art. 68 que “cualquier controversia que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía, podrá ser sometida por las partes a arbitraje, actuando de consenso y de conformidad con la legislación de este Estado”. Vale decir que -de acuerdo a la normativa de la ley Modelo- cualquier controversia sobre la interpretación y cumplimiento de una garantía puede quedar sujeta a arbitraje si así lo deciden las partes y

siempre que se haga de acuerdo a la legislación del Estado. La disposición, si bien permite la sumisión a arbitraje, no establece ni el tiempo ni la forma de efectuar el acuerdo, dejando todo en manos de la “legislación del Estado”. Se presenta así una formulación amplia que deberá ser complementada, en cada caso particular, por las disposiciones pertinentes de la ley de arbitraje vigente en el Estado en cuestión.

De esta forma, lo que la Ley Modelo de la OEA recepta es un modelo “no completo”, y con tal importación unidireccional no se alcanza a solucionar todos los conflictos derivados de la operatividad de las garantías mobiliarias. Una paradoja lo constituye el hecho de que si debemos reconocer y ejecutar un laudo en materia de garantías contamos con normas al efecto, pero no tenemos disposiciones específicas acerca de qué jueces son competentes en la esfera internacional para conocer y dirimir un caso de garantías mobiliarias.

Claro está que la generación de normas interamericanas sobre competencia judicial excede el ámbito de las garantías mobiliarias pero, no obstante, las abarca. En este sentido, debe tenerse presente que si bien la Ley Modelo de la OEA contiene una regulación de

las mismas y que alude al arbitraje, las normativas nacionales al aludir a las cuestiones transfronterizas de garantías, sólo ponen el acento –copiando o reproduciendo lo dicho por la Ley Modelo– en el arbitraje. Pero en cuanto a las normas de jurisdicción internacional nada se dice, con lo cual se evidencia que, si bien hay un reconocimiento a la autonomía de la voluntad en la posibilidad de que las partes sometan sus diferencias a arbitraje, se omite la posibilidad de someter esas mismas cuestiones a la decisión de jueces extranjeros; y tampoco se precisa –a nivel convencional– quiénes serían los jueces competentes para entender en cuestiones vinculadas a garantías mobiliarias. Dicho esto, no cabe otra posibilidad que recurrir a las normas de jurisdicción insertas en los Tratados (cuando no todos vinculan a los países de América Latina y el Caribe) o a las normas de jurisdicción previstas en el orden interno de cada uno de los países.

Si la idea en materia de garantías es partir de un enfoque funcional, debería tenerse presente que el mismo no sólo debe funcionar en cuestiones de fondo, sino que también el mismo criterio debería prevalecer en cuestiones de índole jurisdiccional. Esto, claro está, sin perjuicio de reconocer que diseñar

una reglamentación sobre competencia judicial internacional en el marco de las Américas es una cuestión no exenta de ciertas aristas conflictivas.¹¹¹

El llamado “acceso al financiamiento” por la existencia de normas claras en las leyes nacionales de garantía tiene un contrapeso en “un acceso a la justicia limitado” al no preverse normas de jurisdicción específicas y sólo consagrarse escuetamente la remisión al arbitraje. Teniendo en cuenta que las normas de jurisdicción de los Estados son inadecuadas el problema sigue sin solución por el momento.

VII. El vano intento de concluir...

¿Es posible afirmar que se está construyendo un sistema de garantías mobiliarias en las Américas? Creemos que sí. Hay cimientos y mojones establecidos por las mismas normas de *soft law* de la Ley Modelo de la OEA y de la Guía Legislativa de UNCITRAL. En las leyes más nuevas como la de Colombia, por ejemplo, ya se evidencia que las recomendaciones son tomadas en cuenta y que el análisis para diseñar las normas sobre garantías es más exhaustivo, no sólo desde la terminología que se utiliza, sino la forma de redactar las normas y la manera de poner en

contacto o diálogo diferentes disposiciones nacionales con otras de fuente convencional. A partir de las nuevas legislaciones de garantías mobiliarias se visualizan vasos comunicantes que permiten que el esquema o enfoque funcional dé resultado. Inclusive al momento del reconocimiento de garantías internacionales.

No sólo hay una sumatoria de pequeños subsistemas nacionales de garantías, sino que ellos empiezan a interconectarse entre sí a nivel regional. Por otra parte, a partir de la generación de normas por parte de los foros universales, la construcción del sistema visto a nivel macro también avanza. Aunque sean diferentes los destinatarios, aunque las técnicas y modalidades legislativas difieran, aunque los actores implicados en la redacción sean distintos, lo cierto es que no se avanza de manera estanca o compartimentada sino siguiendo un objetivo general.

El modelo sin duda tomado por la mayoría de los foros es el norteamericano. Ahora bien, los matices que se van introduciendo también constituyen elementos valiosos que permiten compatibilizar la idea de lo efectivo y eficiente con el respeto de las identidades jurídicas.

Tal como señalaba A. Mills, el DIPr debería ser visto como la encarnación de un principio de “tolerancia de la diferencia”, no en el sentido paternalista o permisivo, sino bajo el concepto de respeto entre iguales.¹¹²

Ahora, en esa construcción. “la tensión entre la necesidad de una certeza legal, previsibilidad y uniformidad, por un lado, y el deseo de unas soluciones flexibles, equitativas e individualizadas, por otro, es tan antigua como el derecho mismo”. Sin embargo, afirma Symeonides, “toda regla preformulada, ya sea de carácter legal y jurisprudencial, no importa con cuánto cuidado o sabiduría haya sido redactada, puede, a causa de su generalidad o de su especificidad, producir resultados que sean contrarios a los fines para los que la regla jurídica se ha formulado”.¹¹³

El sistema está construyéndose de a poco, a nivel global y a nivel regional. En lo regional, más allá de que se haya avanzado con la sanción de leyes específicas de garantías mobiliarias, sigue habiendo importantes desafíos pendientes. El hecho de que la mayoría de las leyes no cuenten con normas específicas de DIPr genera problemas al momento de determinar el derecho aplicable. La falta de normas específicas de jurisdicción también

constituye un inconveniente. Si bien la Ley Modelo de la OEA recepta el arbitraje como modo de solución de controversias y la mayoría de las legislaciones sobre garantía adopta ese enfoque, no sucede lo mismo con las normas de jurisdicción internacional, con lo cual un pilar fundamental del sistema sigue ausente.

La construcción del edificio normativo continúa; a veces con orden y a veces sin él, con diferentes metodologías y con sinergias entre los actores y los foros. Ahora bien, la mirada que debe realizarse es compleja y admite diferentes posicionamientos. Como diría Kafka en su cuento “El escudo de la ciudad”: “En un principio no faltó la organización en las disposiciones para construir la Torre de Babel. (...) La gente razonaba de esta manera: lo esencial de la empresa es el pensamiento de construir una torre que llegue al cielo. Lo demás es del todo secundario. Se pensó luego que una torre no quedaría terminada en el espacio de una generación. Lo más creíble era que la nueva generación, con sus conocimientos superiores, condenara el trabajo de la generación anterior y demoliera todo lo adelantado para recomenzar...”. La Guía Legislativa de UNCITRAL sobre operaciones garantizadas, señala que la mera

promulgación de un régimen nuevo de garantías sólo constituye el primer escalón o peldaño y, si los Estados desean lograr plenos beneficios, “es preciso que el régimen se arraigue efectivamente del modo pretendido: debe ser utilizado en la práctica, y también debe ser comprendido e interpretado correctamente por empresarios, financiadores, abogados, árbitros y jueces”.¹¹⁴

Quizás por ello, más que evaluar una actividad de implicación o desimplicación selectiva por parte de los Estados nacionales en el tema, resulte necesario analizar la cartografía de las garantías a la luz de los problemas de la modernidad tardía, entendiendo que se está dando en este tema un doble movimiento de hibridación y diferenciación. La idea de edificar multilateralmente un sistema implica negociar un espacio común con todo lo que ello implica.

El pluralismo jurídico como antípoda teórica del centralismo legal se hace sentir con fuerza en materia de garantías, existiendo una tendencia a la horizontalidad en el diseño y en la construcción de las normas y un esparcimiento de los focos de juridicidad. Es por ello necesario analizar el derecho de las garantías mobiliarias

en contexto, lo cual implica abrir las cosas, ampliar el parámetro de estudio, hacer conexiones con materiales, ideas y factores que pertenecen al mundo de lo legal y de lo social, lo económico y lo cultural, entendiendo que el acceso al financiamiento va unido a las garantías y que subyacen en la construcción del sistema preguntas relevantes, muchas de las cuales tienen respuestas y muchas otras que aún continúan siendo todo un desafío.

M. Kundera en “La inmortalidad” decía que “el camino es un elogio del espacio. Cada tramo del camino tiene sentido en sí mismo y nos invita a detenernos. La carretera es la victoriosa desvalorización del espacio”. En el caso de las garantías mobiliarias, el camino hacia la construcción del sistema no se detiene y cada vez es más veloz. Sin embargo, realizar una mirada crítica resulta un ejercicio no sólo necesario sino obligado para todos los países de América Latina y el Caribe, máxime para aquellos que, como la Argentina, el tema de las garantías “huele a naftalina”¹¹⁵ y, en el caso específico de las garantías mobiliarias, sigue siendo un desafío legislativo pendiente.¹¹⁶

Así como Borges presentaba el universo como una biblioteca sin límites, el terreno de las garantías mobiliarias

tampoco está agotado, ni a nivel de foros universales y regionales, ni tampoco en el ámbito de las legislaciones nacionales de los países latinoamericanos y del Caribe.

El tablero de ajedrez, con el paso de los años, es cada vez más complejo, no sólo desde lo jurídico, sino también desde lo político, lo social y lo cultural. Quizás por ello, entre “espejos y laberintos borgeanos”, el escritor argentino tenga razón:

“En su grave rincón, los jugadores rigen las lentas piezas. El tablero los demora hasta el alba en su severo ámbito en que se odian dos colores.

Adentro irradian mágicos rigores las formas: torre homérica, ligero caballo, armada reina, rey postrero, oblicuo alfil y peones agresores.

Cuando los jugadores se hayan ido, cuando el tiempo los haya consumido, ciertamente no habrá cesado el rito.

(...)

Dios mueve al jugador, y éste, la pieza. ¿Qué Dios detrás de Dios la trama empieza de polvo y tiempo y sueño y agonía?”

* Profesora de derecho internacional privado e Investigadora de dedicación exclusiva del Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. Vicepresidente de Comunicación y Publicaciones de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

¹ W. Twining, *Derecho y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre editores / Instituto Pensar / Universidad de los Andes, 2003, pp. 161 ss.

² Ver A. Di Robilant, “Genealogies of *Soft Law*”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006, p. 500; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma / Bari, Laterza, 2002, p. 144.

³ J. Derrida, “Carta a un amigo japonés”, en: *El tiempo de una tesis: deconstrucción e implicaciones conceptuales*, Barcelona, Proyecto A Ediciones, 1997, pp. 23 ss.

⁴ Sarmiento alude a que “la nueva gobernanza implica un mayor protagonismo de los instrumentos laxos de regulación, en oposición a las tradicionales proposiciones prescriptivas y sus correspondientes sanciones. Los objetivos de la nueva gobernanza no ponen tanto énfasis en la consecución de resultados uniformes, sino en la creación de espacios aptos para compartir experiencia y conocimiento, donde los actores se someten a las políticas con el fin de mejorar la ejecución de las mismas, en colaboración con todas las partes implicadas. Así, la nueva gobernanza va a implicar la puesta en marcha de políticas caracterizadas por su ductilidad normativa, su temporalidad y su adaptabilidad al cambio, dando respuesta -se argumenta- a dos problemas que afronta actualmente el Estado: su incapacidad para integrar a todos los actores de la sociedad civil y su lentitud ante el cambio”. D. Sarmiento, “La autoridad del derecho y la naturaleza del *soft law*”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2007, disponible en: http://www.danielsarmiento.es/pdf/soft_law.pdf

⁵ D.P. Fernández Arroyo, “Las garantías mobiliarias en el derecho del comercio internacional de nuestros días”, *Derecho Internacional y de la Integración*, Revista del Instituto de Derecho Internacional y de la Integración de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, n° 2, 2003, p. 96.

⁶ R. Gargarella, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Promesas e interrogantes”, disponible en: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf

⁷ D. Kennedy, “El misterio de la gobernanza global”, *Revista de Derecho Público*, n° 4 (Universidad de Los Andes), 2010, p. 4, disponible en: http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/el%20misterio%20de%20la%20govern_2010_0623113719.pdf

⁸ Ver B. Frydman, “A Pragmatic Approach to Global Law”, *Working Paper Non. 2012*, disponible en: http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B-Frydman_pragmatic_approach_to_Global_Law_26_11_12.pdf

⁹ A. Mills, *The confluence of public and private international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 17 y 245.

¹⁰ Ver J. Basedow, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en: J. Basedow / T. Kono (eds.), *Legal Aspects of Globalization. Conflicts of Law, Internet. Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, The Hague / London / Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 1-10. Asimismo, ver J. Carrascosa González, “Globalización y Derecho internacional privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, n° 22, 2004, pp. 17-58.

¹¹ Ver D. Kennedy, “Law and Development Economics: Toward a New Alliance”, pp. 2 ss., disponible en: <http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/Law%20and%20Development%20EconomicsAug15Draft%20Stiglitz%20volume.pdf>

¹² D. Rodrik, “Has Globalization Gone too Far?”, en: Lechner, F.J. / Boli, J. (eds.), *The Globalization Reader*, Oxford, Blackwell, 2004, pp. 224 ss.

¹³ B. Jäkel, “Outlines of Security Interest under German Law”, en: M. Bridge / R. Stevens, *Cross-border Security and Insolvency*, United Kingdom, Oxford University Press, 2001, p. 92.

¹⁴ Ver la citada frase en H-P. Martin / H. Schumann, *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*, México, Taurus, 1999, pp. 85-86.

¹⁵ H. Dunning Mac Leod, *Principles of Economical Philosophy*, 2ª ed., 1872, p. 481, citado por F. Oditah, *Legal aspects of receivables financing*, Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 2, quien recoge la referencia contenida en G. Gilmore, *Security interest in personal property*, Boston, Little, Brown & Company, 1965, p. 213, n°7. Todas estas citas con referencia a la frase de Leod (en realidad se trata de Dunning Mac Leod) son tomadas en este trabajo de F.J. Garcimartín Alférez / I. Heredia Cervantes, “Las transacciones internacionales sobre créditos en el ordenamiento español: cuestiones jurídico-reales”, *DeCITA*, n° 7-8, 2007, p. 310, nota 1.

¹⁶ R. von Ihering, *La lucha por el derecho*, p. 16, disponible en: <http://biblioteca.org.ar/libros/1721.pdf>

¹⁷ R.M. Goode, *Commercial Law*, 2ª ed., London, Penguin Books, 1995, p. 637.

¹⁸ J.S. Ziegel “The EBRD Model Law on Secured Transactions- Some Canadian Observation”, en: Basedow, J. (ed.), *Festschrift für Ulrich Drobnig*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 209.

¹⁹ Ver el Informe 2005 (Progreso económico y social en América Latina) del Banco Interamericano de Desarrollo, “Desencadenar el crédito. Cómo ampliar y estabilizar la banca”, Washington, D.C., 2005 y los Informes posteriores.

²⁰ Corporación Financiera Internacional del Grupo del Banco Mundial, Servicio de Asesoría de la CFI, *Acces to Finance Annual Review*, 2011, p. 4.

²¹ El patrimonio del deudor- concebido como garantía genérica- es visualizado así como una universalidad de derecho, representando una unidad de masa y de gestión dinámica a cargo de su titular, lo que implica para él el derecho de disponer y administrar los bienes que lo integran. A los acreedores se les reconocen así derechos de control, medidas cautelares o conservatorias, de ejecución individual o colectiva y medidas reparadoras. Existe así una vinculación entre la deuda, la responsabilidad y la noción de garantía, ya que la deuda, al no cumplirla se transforma en responsabilidad, y la garantía es una forma de hacer efectiva esa responsabilidad por incumplimiento. Ver, entre otros, A. Alterini / O. Ameal / R. López Cabana, *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pp. 309 ss.; A. Bueres / J. Mayo”, “Lineamientos generales sobre las garantías de la obligación en el derecho privado”, *Rev. Der. Prin. Com.*, n° 2, 1993, pp. 7 ss.; A. Spota, *Tratado de derecho civil*, t. I, 1953, pp. 681 ss.

²² Ver L. Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1970, p. 571. Según el autor, lo que desde el punto de vista económico podría denominarse garantías, desde la óptica jurídica constituiría un derecho subjetivo o una facultad con función de garantía.

²³ Ver G. Tucci, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti: L' esperienza statunitense e italiana*, Milano, A. Giuffrè, 1974, p. 52 y G. Affaki, “Les sûretés dans le négoce international”, *Journal de Droit International*, n° 3, 2000, pp. 647-648.

²⁴ M. Boretto / G. de las Morenas, *Las garantías reales ante la cesación de pagos*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. XXI.

²⁵ R.M. Goode, “The Protection of Interests in Movables in Transnational Commercial Law”, *Uniform Law Studies in memory of Malcolm Evans*, *Uniform Law Review*, 1998, pp. 453-465. |

²⁶ L.F. Carillo Pozo, *Las garantías autónomas en el comercio internacional*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2000, p. 32

²⁷ Ver R.A. Muguillo, “Latin America. Régimen de garantías. Breve análisis y propuesta a nivel latinoamericano”, *The World Bank, Latin American and Caribbean Insolvency Workshop*, México D.F., 30-31/10/2000, p. 4, disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/GILD/ConferenceMaterial/20153655/Latin%20America%20%20Muguillo.pdf>

²⁸ N. de la Peña / H. Fleisig, “Marco legal e institucional de garantías reales mobiliarias en países de la región”, *Bancos y Empresas*, n° 3, Depalma, Buenos Aires, p. 1. Véase la comparación entre las tasas de interés que se cobran a las pequeñas y medianas empresas latinoamericanas con respecto a sus contrapartes estadounidenses en el trabajo de N. de la Peña / H. Fleisig, “Las pequeñas y medianas empresas y sus garantías”, *DeCITA*, n° 7/8, 2007, pp. 19 y 20, especialmente nota 2 y 3 de p. 20. Asimismo, *vid.* el trabajo de M. Safavian / H. Fleisig / J. Steinbuchs, “Unlocking Dead Capital: How Reforming Collateral Laws Improves Access to Finance”, *World Bank Public Policy Journal*, n° 307, 2006, p. 107, disponible en: <http://rru.worldbank.org/PublicPolicyJournal> y B. Kozolchik, “El crédito comercial y su efecto en la disminución de la pobreza”, *DeCITA*, n° 7/8, 2007, p. 39.

²⁹ Con respecto al caso de El Salvador, ver M. Sevilla, “El papel de la política agropecuaria en la reducción de la exclusión, desigualdad y pobreza”, en: B. Kliksber (comp.), *América Latina frente a la crisis*, Buenos Aires, Sudamericana / PNUD / AECID, 2011, pp. 145-149. Ver, asimismo, M. Wenner / S. Navajas / C. Trivelli / A. Tarazona, *Manejo del riesgo crediticio en instituciones financieras rurales en América Latina*, Serie de Buenas Prácticas, Departamento de Desarrollo Sostenido, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, pp. 3-4, disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=995900>. Asimismo, ver A.B. Rofman / M. del P. Foti / I.L. García, en: A.B. Rofman (coord.), *Acceso de los pequeños productores al crédito formal e informal: diagnóstico y propuestas*, Buenos Aires, Secretaría Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación, 2005, pp. 9-11.

³⁰ N. De la Peña / H. Fleisig, *Argentina: How Problems in its Framework for Secured Transactions Limit Access to Credit*, Washington D.C., CEAL, 1996; G. Gianluca / A. Biacchicchi y otros, *Maximizing Social Surplus within the Politically Constrained Argentinean Registry System by Increasing Efficiency and Distributional Equity Between Registries and Customers*, Washington D.C., CEAL, 1996.

³¹ N. De la Peña / H. Fleisig, “Promoting Access to Formal Credit for the Poor”, en: V. Fretes-Cibils y otros, *Bolivia: Poverty, Equity and Income*, vol. II, Washington DC, IBRD, Report 15272-BO; H. Fleisig / F. Aguilar y otros, “Legal Restrictions on Security Interests in Bolivia”, *The International Law*, vol. 31, n° 65, 1997.

³² H. Fleisig / N. De la Peña / R.A. Muguillo, *Nicaragua: Draft Law of Security Interests in Personal Property*, Washington D.C., CEAL, 1998. Véase también: R. Bebczuk, “SME Access to Credit in Guatemala and Nicaragua: Challenging Conventional Wisdom with New Evidence”, *Documento de Trabajo* n° 80, mimeo, Banco Mundial / CEDLAS, 2008.

³³ H. Fleisig / N. De la Peña, “Peru: How Problems in the Framework for Secured Transactions Limit Access to Credit”, *NAFTA: Law and Business Review of the Americas*, n° 33, 1997.

³⁴ H. Fleisig y otros, *How legal restrictions on Collateral Limit Access to Credit in Uruguay*, Washington D.C., CEAL, 1996.

³⁵ A. Rouillon, *Colombia: derechos de crédito y procesos concursales*, Grupo de finanzas, sector privado e infraestructura- región de América Latina y el Caribe, Washington D.C., Banco Mundial, 2006.

³⁶ Ver Grupo DFC, “Acceso de las pequeñas y medianas empresas al financiamiento”, *Informe de trabajo*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2002, p. 223, disponible en: <http://www.iadb.org/res/ipes/2005/docs/14s.pdf>

³⁷ Ver “Acceso de las pequeñas y medianas empresas al financiamiento. Situación en América Latina”, disponible en: http://www.redegarantias.com/archivos/web/ficheros/2010/acceso_a_financiamiento_de_las_pymes_situacion_en_america_latina.pdf

³⁸ Bouza Vidal, tomando el criterio propuesto por Batiffol, afirma que “una garantía mobiliaria sin desplazamiento es internacional cuando en el momento de su constitución o en un momento posterior, los actos relativos a su conclusión o ejecución, o la situación de las partes en cuanto a su nacionalidad, domicilio o residencia, o la localización de su objeto, presenten vínculos con más de un ordenamiento jurídico”. N. Bouza Vidal, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Madrid, Marcial Pons, 1991, p. 108.

³⁹ J. Carrascosa González, “Derechos reales”, en: VV.AA., *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 1998, pp. 510-511. Ver, entre otros, M. Virgós Soriano, “Las cosas y los derechos reales”, en: VV.AA., *Derecho internacional privado. Parte Especial*, 6ª ed. revisada, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 243 ss; J. Carrascosa González, “Derechos reales”, en: VV.AA., *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 1998, pp. 510-511; S. Sánchez Lorenzo, “Régimen general de la contratación internacional (Garantías reales)”, en: J.C. Fernández Rozas (ed.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, p. 290.

⁴⁰ Ver H. Kronke, “Presentación. Operaciones garantizadas: un punto de atención de la legislación comercial transnacional de nuestro tiempo”, *DeCITA*, n° 7-8, 2007, p. 17.

⁴¹ Ver G. Affaki, “Les sûretés dans le négoce international”, *Journal de Droit International*, n° 3, 2000, p. 13.

⁴² Y.L. Emerich, “La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en common law: une question de tradition juridique?”, *Revue Juridique Thémis*, vol. 44, n° 1, 2010, pp. 102, esp. nota 12, disponible en: http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/27172_emerich.pdf

⁴³ E.S. Cohen, “The Diffusion of Legal Models for Financial Governance: The Case of Secured Finance”, Paper Prepared for Panel 3.2 “The Diffusion of Regulatory Reforms,” 3rd Conference of the European Consortium for Political Research, Budapest, Hungary, 08/09/2005, disponible en: <http://regulation.upf.edu/ecpr-05-papers/ecohen.pdf>.

⁴⁴ El UCC fue aprobado en 1951 y publicado en 1952; y en 1962 la casi totalidad de los Estados de Estados Unidos adoptó el Artículo 9, titulado “Secured Transaction”, el cual proponía una garantía real basada en una fusión de los conceptos de prenda, de hipoteca y de cesión de créditos, pero precisó los requisitos imperativos de creación y de individualización. Diez

años más tarde tuvo lugar la primera revisión del texto y la segunda se llevó a cabo en 1978. El UCC fue promulgado basándose en que su óptica era similar a la de una ley modelo y que, por ende, cada Estado conservaba una cierta discrecionalidad a la hora de incorporarlo a su derecho interno (por ejemplo, en materia de registro competente para inscribir el formulario de registro). La última revisión data de 1999 y ha entrado en vigor el 1 de julio de 2001; a más de 60 años de su promulgación, y siendo su texto adoptado por cincuenta Estados de Norteamérica, el Artículo 9 sigue siendo considerado como el más innovador y exitoso de los artículos que componen el UCC, remarcándose su solidez conceptual y su pragmatismo. Se ha afirmado que la versión final del texto oficial de 1978 se trata “de la pieza de derecho con más autoridad y más cuidadosamente proyectada que se haya escrito respecto de las operaciones de crédito garantizado y que como tal representa uno de los mejores productos del derecho comercial norteamericano, por lo que puede ser utilizada como modelo por otros países”. Ver D. Boshkoff / G. Bepko, *Sum and substance of secured transactions*, 2ª ed., Herbert legal Series, United States, 1988, citado por E.I. Highton, “Panorama del régimen de las garantías en el derecho estadounidense”, *Revista de derecho privado y comunitario*, n° 2, 1993, p. 191; G. Affaki (nota 41), pp. 678-679 y M.G. Bridge / R.A. Macdonald / R.L. Simmonds / C. Walsh, “Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions”, *McGill Law Journal*, n° 44, 1999, pp. 567-595.

⁴⁵ C. de Cores / E. Gabrielli, *El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias*, Bogotá / México / Madrid / Buenos Aires, Temis / Ubijus / Reus / Zavalía, 2008, p. 26.

⁴⁶ K. Kreuzer, “La propriété mobilière en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 259, 1996, p. 230.

⁴⁷ Ver E. Highton, “Introducción al estudio de las garantías en los contratos de empresa”, *Jurisprudencia Argentina*, 1998-III, p. 756.

⁴⁸ S. Sánchez Lorenzo, *Garantías reales en el comercio internacional (Reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 48-49.

⁴⁹ S. Sánchez Lorenzo (nota 48), pp. 49.

⁵⁰ Ver M.E. Uzal, “Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a las garantías internacionales y su situación frente al concurso del deudor”, *Ponencia en el XVI Congreso Ordinario y XII Congreso Argentino de Derecho Internacional*, Dr. José A. Conte Grand, San Juan, septiembre de 2001.

⁵¹ H. Kronke (nota 40), p. 17.

⁵² B. Bouckaert, “Divergences of the Law on Securities. A Law and Economic Approach”, en: Drobnig, U. / Snidjers, H.J / Zippio, E., *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market*, Sellier, European Law Publisher, 2006, pp. 175-193.

⁵³ Ver M.E. Ancel, “From the Unification of Law to its Harmonisation”, *Tulane Law Rev.*, vol. 51, n° 108, 1976, pp. 114-117.

⁵⁴ N.B. Cohen, “Harmonising the Law Governing Secured Credit: The Next Frontier”, *Texas International Law Journal*, n° 33, 1998, pp. 173 ss. Ver, asimismo, N.O. Akseli, *International Secured Transactions Law. Facilitation of Credit and International Conventions and Instruments*, New York, Routledge, 2011, p. 18, quien señala que la armonización constituye un concepto clave para la facilitación del crédito.

⁵⁵ Ver P.H. Stephan, “The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law”, *Vanderbilt Journal of International Law*, n° 39, 1999, pp. 788 ss.

⁵⁶ Resulta válido extender por analogía a las garantías, las afirmaciones sobre contratos vertidas por J. Carrascosa González, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus Unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 23-24.

⁵⁷ Ver R. Goode, “Harmonised modernization of the law governing secured transactions: general-sectorial, global-regional”, *Uniform Law Review*, n° 8, 2003, pp. 341-342.

⁵⁸ A.M. Garro, “The reform and harmonization of personal property security law in Latin America”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 59, n° 1, 1990, pp. 24 ss.

⁵⁹ H.L. Buxbaum, “Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and Prospects for Reform”, *Uniform Law Review*, n° 8, 2003, pp. 321- 325 y U. Drobnig, “Brief Considerations on Coordinating Developments in the field of Secured Transactions”, *Uniform Law Review*, n° 8, 2003, pp. 353 ss.

⁶⁰ Ver A.M. Garro, “Harmonization of Personal Property Security Law: National, Regional and Global Initiatives”, *Uniform Law Review*, n° 8, 2003, pp. 357-368.

⁶¹ “Grupo de los 30 (G30), *Global Clearing and Settlement- A plan of action*, enero de 2003 (ver <http://www.group30.org/recommendations.php>). La recomendación 15 de este informe aborda la necesidad de mejorar la certeza jurídica “sobre derecho sobre valores, dinero en efectivo o garantías”. El comentario sobre esta recomendación declara que “una de las áreas para las cuales se puede ofrecer unidad de apoyo en relación con esta recomendación es la del conflicto de leyes. Las autoridades nacionales deberían ser alentadas por todos los interesados a firmar y ratificar el recientemente adoptado Convenio de La Haya tan pronto como sea razonablemente posible. Es crucial para su efectividad que el Convenio de La Haya sea ratificado a la mayor brevedad por la mayor cantidad de naciones posibles”.

⁶² C. Bernasconi / H. Sigman, “Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores tenidos en un intermediario (Convenio de La Haya sobre valores), *DeCITA*, n° 7/8, 2007, p. 74.

⁶³ C. Bernasconi / H. Sigman (nota 62), p. 97.

⁶⁴ Ver D.P. Fernández Arroyo, “Globalización y Derecho: el caso de la reglamentación internacional de las garantías mobiliarias”, en: A.L. Calvo Caravaca / P. Blanco-Morales Limones, *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, 2003, p. 293.

⁶⁵ Sobre la idea del “transplante legal” y los diferentes modos de recepción solicitada, imputada, infiltrada, ver A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974, pp. 30 ss., a quien se atribuye el concepto de *legal transplant*; W. Ewald, “Comparative Jurisprudence II. The Logic of Legal Transplants”, *American Journal of Comparative Law*, n° 43, n° 4, 1995, pp. 489-510. Se alude a la idea de *legal transplant* como el préstamo institucional o el movimiento o traspaso de una norma o de un régimen jurídico de un país a otro. Ver, asimismo, F.J. Gerber, “Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative Law”, *Tulane Law Review*, n° 2001, pp. 949-975.

⁶⁶ Ver R.A. Macdonald, “Three Metaphors of normal migration in international context”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, n° 3, 2010, pp. 606-607.

⁶⁷ Ver H. Kronke, “Why Transplants Rarely work- Why Convergence is Insufficient in Commercial Law- Methodical Changes in Paradigm in the Harmonisation of Commercial Law”, disponible en: http://www.law.qmul.ac.uk/events.docs/London_February_2008_Kronke.ppt#1

⁶⁸ R.A. Macdonald (nota 66), p. 606, especialmente nota a pie de página n° 17.

⁶⁹ R.A. Macdonald (nota 66), p. 607.

⁷⁰ El *National Law Center for Inter-American Free Trade (NLCIFT)* con sede en Tucson, Arizona, ha tenido una preponderante actuación en la configuración de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, formulando incluso con antelación los “12 Principios para las garantías mobiliarias en las Américas” que intentan ser una suerte de guía de principios fundantes a tener en cuenta frente a la posibilidad de una propuesta normativa. Ver NLCIFT, *Los 12 Principios del NLCIFT para las garantías mobiliarias en las Américas*, 2006, disponible en: <http://natlaw.com/wp-content/uploads/2013/01/NLCIFT-12-Principles-of-Secured-Transactions-Law-in-the-Americas.pdf>

⁷¹ D.P. Fernández Arroyo, “La redefinición de la codificación americana del derecho internacional privado ¿hay vida después de la CIDIP VII?, en: Fernández Arroyo, D.P. / Moreno Rodríguez, J.A. (coords.), *Protección de los consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, Asunción, CEDEP / La Ley, 2007, pp. 74-75. Ver sobre el tema, asimismo, D.P. Fernández Arroyo, “La CIDIP cabalga de nuevo (comentarios sobre los trabajos preparatorios para la CIDIP V)”, *Revista de Derecho Comercial y Obligaciones*, vol. 32, n° 186, 1999, pp. 231-249 y D. Operti Badán, “Reflexiones para la próxima CIDIP VI”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año IV, n° 4, 2001, pp. 51-57.

⁷² Ver J. Wilson Molina / María R. Gutierrez, Implementación y operación de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias de la Organización de los Estados Americanos”, *DeCITA*, n° 7/8, 2007, p. 184.

⁷³ Ver B. Kozolchik / D.B. Furnish, “The OAS Model Law on Secured Transactions: A Comparative Analysis”, *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, n° 12, 2005/2006, pp. 235 ss. y J.M. Wilson Molina, “Secured Financing in Latin America: Current Law and the Model Inter-American Law on Secured Transactions”, *Uniform Commercial Code Law Journal*, n° 33, 2000, pp. 43 ss.

⁷⁴ Metodológicamente, la Ley Modelo de la OEA se divide en ocho títulos: “I. Ámbito y Aplicación general, II. Constitución y Disposiciones Relacionadas, III. Publicidad y Disposiciones Relacionadas, IV. Registro y Disposiciones Relacionadas, V. Reglas de Prelación, VI. Ejecución de la Garantía, VII. Arbitraje, VIII. Conflicto de leyes y alcance territorial de la aplicación de esta ley”.

⁷⁵ El proyecto estadounidense fue preparado por el *National Law Center* de Arizona y recibió numerosas críticas debido a que, entre otras cosas, se siguió el método típico del *common law* sin tomar en cuenta que dicho Proyecto de Ley Modelo estaba dirigido a países latinoamericanos que, en su mayor parte, seguían la tradición romana del derecho codificado. Ver al respecto L. Perezniesto Castro, “Comentario al Proyecto México-Estadounidense para una Ley Modelo en materia de garantías mobiliarias”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 10, 2001, pp. 59-66.

⁷⁶ Ver los siguientes trabajos: D. P. Fernández Arroyo / J. Kleinhersterkamp, “CIDIP VI- Un novedoso paso en el camino de la integración jurídica interamericana”, *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional* (AAD), n° XI, 2002, pp. 107-144; L. Pereznieta Castro, “La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias”, en *Rev. Mex. DIPr.*, n° 11, 2002, pp. 31-46; L. Pereznieta Castro, “La uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 6, 1999, pp. 21-34 (especialmente pp. 30-34).

⁷⁷ Ver, al respecto, D. P. Fernández Arroyo (nota 71), pp. 231-249 y J.L. Siqueiros, “La Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 11, 2002, pp. 9-26.

⁷⁸ De acuerdo al art. 1, “La Ley Modelo tienen por objeto regular garantías mobiliarias para garantizar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables (...). Un Estado podrá declarar que esta Ley no se aplica a ciertos tipos de bienes muebles que expresamente indiquen en el presente texto. (...) Un Estado que adopte esta ley deberá crear un sistema de registro único y uniforme aplicable a toda figura de garantías mobiliarias existente dentro del marco jurídico local, para dar efecto a esta Ley”.

⁷⁹ Ver art. 2 de la Ley Modelo.

⁸⁰ En esta línea, ver el art. 3 de la Ley Modelo.

⁸¹ El art. 52 (IV) dispone: “Una garantía mobiliaria que se haya previamente publicitado sobre bienes muebles adheridos o incorporados a un inmueble, sin perder su identidad de bien mueble, tiene prelación respecto de garantías sobre el inmueble correspondiente, siempre y cuando la misma se haya inscripto en el registro inmobiliario correspondiente antes de la adhesión o incorporación”.

⁸² Ver J. Wilson Molina / M.R. Gutierrez (nota 72), pp. 185-186.

⁸³ Ver “Reforma del Régimen de Garantías Mobiliarias en las Américas”, Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA / Foreign Affairs, Trade and Development Canadá, 2013, p. 3, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias_mobiliarias_boletin_informativo_ago_2013.pdf

⁸⁴ La PPSA encuentra su base así en el Artículo 9 del *Uniform Commercial Code* norteamericano y regula la creación, perfeccionamiento y ejecución de la garantía, implementando un sistema para determinar el orden de prelación en caso de conflicto. Antes de la entrada en vigor de la PPSA la mayoría de las provincias canadienses poseía una variedad de leyes que afectaban los bienes muebles y por ello, al igual que las modernas reglamentaciones en materia de garantías mobiliarias, los objetivos perseguidos por los redactores de la PPSA fueron modernizar y armonizar las disposiciones relativas a las operaciones garantizadas a los fines de proporcionar seguridad y coherencia para todas las partes implicadas en la operación. Ver H.P. Glenn (dir.), *Droit québécois et droit français: communautés, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 577 y R.C.C. Cuming / C. Walsh / R.J. Wood, “Secured Transactions Law in Canada- Significant Achievements, Unfinished Business and Ongoing Challenges”, *Canadian Business Law Journal*, vol. 50, 2011, pp. 156-157, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1839004>

⁸⁵ Ver D.P. Fernández Arroyo (nota 64), p. 300-301.

⁸⁶ D.P. Fernández Arroyo (nota 64), p. 301.

⁸⁷ Ver A.M. Garro, “El marco regulatorio de las garantías mobiliarias en el comercio internacional: la Ley Modelo de la Organización de los Estados Americanos”, *Jornadas de Derecho Internacional*, Universidad de Ottawa, Canadá, 22-26 de octubre de 2005, Secretaría General de la OEA, 2006, pp. 106-125.

⁸⁸ Ver la Declaración de la I Reunión Ministerial – Panamá, 10/12/2008, disponible en: <http://pathwayscaminos.org.dnnmax.com/LinkClick.aspx?fileticket=aziuWReWQVQ%-3d&tabid=64&language=en-US>

⁸⁹ Ver Declaración de la II Reunión Ministerial – El Salvador- 31/05/09, disponible en: <http://www.pathwayscaminos.org/LinkClick.aspx?fileticket=mH/p8%2BvxPf0%3D&tabid=64&language=en-US>

⁹⁰ Ver Declaración de la III Reunión Ministerial – San José de Costa Rica, 04/03/2010, disponible en: <http://pathwayscaminos.org.dnnmax.com/LinkClick.aspx?fileticket=2MOJ4nu8C-Js%3d&tabid=64&language=es-ES>

⁹¹ Ver Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) punto. VI-1.

⁹² Ver http://www.nacion.com/economia/IFC-Costa-Rica-mobiliarias-continentes_0_1366863413.html y <http://www.estrategiaynegocios.net/blog/2013/09/18/costa-rica-analizan-avances-en-leyes-de-garantias-mobiliarias/>

⁹³ Ley de la Garantía Mobiliaria n° 28.677 de 01/03/2006. con el apoyo del CEAL, Perú fue el primer país latinoamericano en receptor los lineamientos de la Ley Modelo de la OEA en 2006 aunque, cabe aclarar, la adopción no fue absoluta ya que, por ejemplo, la ley peruana dejó de lado algunos principios que tienen que ver con la abstracción o la independencia de los derechos, defensas y acciones inferidos del préstamo subyacente. En 2007 se estableció el Reglamento para el registro de las garantías en los registros públicos bajo la supervisión de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Si bien la ley peruana se inspira en el Anteproyecto de ley para El Salvador, es menester destacar que se eliminaron y reemplazaron varias normas, entre ellas las atinentes al sistema de publicidad registral, al rango de prelación de acreedores y algunas vinculadas a las ejecuciones rápidas.

⁹⁴ El Decreto n° 51-2007 por el cual se establece la Ley de garantías mobiliarias data del 24 de octubre de 2007. Guatemala es considerada como el primer país latinoamericano en adoptar fielmente las disposiciones de la Ley Modelo de la OEA y los 12 Principios del NLCIFT. Una de las razones principales de ellos se debió a que Boris Kozolchik – Director del NLCIFT- era asesor del comité de redacción del gobierno guatemalteco y que interactuó, a través de una serie de entrevistas realizadas con el sector privado –especialmente con las instituciones bancarias y financieras-, con los prestatarios, con los abogados, jueces y funcionarios públicos vinculados al área del derecho bancario. Como resultado de tales entrevistas los redactores de la ley guatemalteca se centraron en los sectores agrícola, comercial y bancario y, producto de ello, intentaron ajustar en la mayor medida posible las disposiciones guatemaltecas a las de la Ley Modelo de la OEA. Véase, asimismo el Decreto 46-2008 (Reformas a la Ley de garantías mobiliarias), el Reglamento del Registro y el Acuerdo Gubernativo 55-2010 sobre arancel del Registro de garantías. Ver B. Kozolchik, “Implementation of the Model Law in Latin America: Current Status”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 28, n° 1, 2011, p. 23.

⁹⁵ La Ley de garantías mobiliarias de 2009 (Decreto Legislativo n° 182-2009) sigue fielmente —al igual que la guatemalteca— los lineamientos de la Ley Modelo de la OEA y los principios del NTLCIF fue por el Decreto 2014-2010 que establece el Reglamento del Registro de Garantías Mobiliarias.

⁹⁶ Ley de garantías mobiliarias de 19/09/2013, Decreto N°488 y Reglamento de la Ley de Garantías Mobiliarias, Decreto N° 69 de 10/10/2014.

⁹⁷ En diciembre de 2013 el Parlamento de Jamaica aprobó una ley de garantías mobiliarias, *Security Interests in Personal Property Act*, 2013 (SIPP).

⁹⁸ Ley 129 de 31/12/ 2013 por la que promueve el acceso al crédito y moderniza el sistema de garantías mobiliarias a través de la hipoteca sobre bien mueble.

⁹⁹ La Ley 1676 de 2014 recoge las recomendaciones de la Guía Legislativa de UNCITRAL y la normativa de la Ley Modelo de la OEA, efectuando no sólo una profunda redefinición funcional del concepto de garantías mobiliarias con el fin de lograr una mayor flexibilidad en la utilización de bienes muebles al momento de acceder al crédito, sino también creando un registro nacional de garantías e implementando un mecanismo ágil de solución de controversias que intenta balancear de manera adecuada los derechos tanto de los acreedores como de los deudores.

¹⁰⁰ La Ley de garantías mobiliarias 9246 fue publicada en La Gaceta- Diario Oficial (Año CXXXVI, N° 95) en fecha 20/05/2014.

¹⁰¹ Ley de garantías mobiliarias de 05/10/2016.

¹⁰² En considerando IV del Decreto 488 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador se señala textualmente: “Que las experiencias jurídicas y prácticas del mercado moderno se han recogido en una Ley modelo sobre Garantías Mobiliarias, aprobada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos; por lo que muchos países están basando sus esfuerzos de reforma sobre esta materia en la Ley modelo mencionada, que propiciaría una base idónea de armonización regional si se utiliza para emitir leyes homogéneas en aquellos países que cuentan con un marco legal sobre esta materia”.

¹⁰³ Ver B. Kozolchik, “Estado actual de la implementación de la Ley Modelo de garantías mobiliarias de la OEA en América Latina”, 2012, p. 3, disponible en: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/international_law/2012/06/legal_challengesandopportunitiesofmexicosincreasingglobalintegra/materials/iii.authcheckdam.pdf

¹⁰⁴ Ver A.M. Garro, “El derecho internacional privado en los Estados Unidos: balance y perspectivas”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° especial, 2000, p. 111.

¹⁰⁵ Ver, por ejemplo, los Principios generales del BERD relativos al régimen legal de las operaciones garantizadas de 1997, disponibles en: <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/model/core.htm>. Puede consultarse *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, vol I, abril de 2000; *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, vol. II, 2000 y *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank —a Guide to Movable Registries*, 2002.

¹⁰⁶ Ver E. Jayme, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, pp. 60-61.

¹⁰⁷ F. Dasser, *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria*, Zürich, 1989, pp. 296 ss., citado por M.J. Bonell, “The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, *Uniform Law Review*, n° 2, 2000, p.199.

¹⁰⁸ En este aspecto, debe hacerse notar que Uruguay había presentado como tema para la CIDIP VII el de la jurisdicción internacional y que, justo a la propuesta, acompañó unas “Bases para una Convención interamericana sobre jurisdicción internacional”. El tema propuesto por Uruguay finalmente no se incluyó en la CIDIP VII. En la propuesta de temario para la CIDIP VII, el Gobierno de Uruguay incluyó este tema y que la nota uruguaya iba acompañada por la “Declaración de Córdoba”, “adoptada por un grupo de profesores sudamericanos reunidos en esa ciudad argentina en diciembre de 2003 para participar de las Jornadas sobre el futuro de la codificación interamericana del derecho internacional privado, y que ha recibido numerosas adhesiones posteriormente, En la misma se destaca la importancia del tema en los siguientes términos: ‘dentro del orden procesal, el problema de la jurisdicción internacional en materia de DIPr y la revisión de la reglamentación en materia de eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales, deben ocupar un lugar prioritario en la agenda regional”. Ver D.P. Fernández Arroyo / F. Mastrángelo (orgs.), *El futuro de la codificación del Derecho internacional privado en América. De la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Córdoba, Alveroni, 2005, pp. 21-25 y D.P. Fernández Arroyo, “Acerca de la necesidad y las posibilidades de una Convención interamericana sobre competencia judicial internacional”, *DeCITA*, n° 4, 2005, pp. 80-114.

¹⁰⁹ Ver D.P. Fernández Arroyo (nota 64), p. 88.

¹¹⁰ Ver E. Vescovi, *Derecho procesal civil internacional. Uruguay, el MERCOSUR y América*, Montevideo, FCE, 2000, pp. 16-22.

¹¹¹ Ver P. Trooboff, “Ten (and Probably More) Difficulties in Negotiating a Worldwide Convention on International Jurisdiction and Enforcement of Judgments: Some Initial Lessons”, en: Barceló III / Clermont (ed.), *A Global Law of Jurisdiction and Judgments: Lessons from The Hague*, La Haya y otras, Kluwer, 2002, pp. 263 ss.

¹¹² Ver A. Mills, “Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance”, *PILAGG series, Working paper*, disponible en: <http://blogs.sciences-po.fr/pilagg/files/2012/03/MILLS-Public-International-Perspective-of-PIL.pdf>

¹¹³ Ver S.C.C. Symeonides, “The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow”, *Recueil des Cours*, t. 298, 2002, pp. 9-448, esp. p. 406.

¹¹⁴ Ver UNCITRAL, *Guía Legislativa sobre las operaciones garantizadas*, Nueva York, Naciones Unidas, 2010, p. 29.

¹¹⁵ J.C. Rivera, “Hipoteca: conveniencia de admitir las hipotecas abiertas”, *Revista de derecho privado y comunitario*, n° 2, 1995, p. 188.

¹¹⁶ Ver P.M. All, “Consideraciones sobre las garantías mobiliarias desde la perspectiva del sistema argentino”, *DeCITA*, n° 7/8, 2007, pp. 250-286.