

CONTRATACIÓN Y ARBITRAJE

José Antonio Moreno Rodríguez

Contratación y Arbitraje

Contribuciones recientes



Asunción, Paraguay
2010

© 2010
Editado en Asunción por el
Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP)
Avenida Perú 1044
Asunción, Paraguay
Telefax.: (595 21) 201 137
P.O. Box: 2437
E-mail: info@cedep.org.py
URL: <http://www.cedep.org.py>

Distribuidor exclusivo: CEDEP

Cuadro de tapa: Martha Rodríguez Alcalá de Moreno
Diagramación: Gilberto Riveros Arce
Corrección de estilo: Lic. Feliciano Peña
Edición bajo el cuidado de Milena Sljivich

Hecho el depósito que marca la Ley N ° 1328/98

ISBN:.....



A mi madre

Medalla de Oro y Doctora en Letras
Alabada por sabios como sublime artista
Matrona y esposa ejemplar
Inclaudicable espíritu para la consecución de nobles ideales

Con amor, admiración e impagable gratitud

ÍNDICE

Presentación	11
LOS CONTRATOS Y LA HAYA ¿ANCLA AL PASADO O PUENTE AL FUTURO?	15
I. Introducción	15
II. Un poco de historia y derecho comparado	20
III. El universalismo y los procesos de homogeneización	30
IV. Aproximación jurídico-cultural	43
V. Un errático “conflictualismo nacionalista”	47
VI. Hacia una nueva “ <i>lex mercatoria</i> ” universal	54
VII. Arbitraje y universalismo	57
VIII. Las lecciones de América Latina	77
1. Influencias en la codificación latinoamericana	77
2. Los Tratados de Montevideo	82
3. El Código Bustamante	90
4. Evaluación: problemas del conflictualismo en Latinoamérica	94
5. Cambio del paisaje latinoamericano a partir del arbitraje	101
6. La Convención de México... algunos caminos van más allá de Roma	108
A) En general	108

B) Autonomía de la voluntad como eje fundamental	114
C) Flexibilidad en ausencia de voluntad de las partes	121
D) Universalismo en la Convención de México	128
E) Evaluación del texto convencional interamericano	133
IX. Conclusión	136

LA CONVENCIÓN MÁS TRASCENDENTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO

139

Introducción	139
La universalidad del Derecho privado en la historia	140
Las consecuencias de la codificación del Derecho privado	146
Nuevo escenario	147
Incidencia del arbitraje en los desarrollos recientes	149
Rol de la Convención de Nueva York y la vuelta al universalismo	155
“Desnacionalización” o “deslocalización”	164
Orden público y arbitraje	169
Orden público en la ejecución de laudos	173
La problemática de los “laudos flotantes”	177
Conclusión	185

ORDEN PÚBLICO Y ARBITRAJE: ALGUNOS LLAMATIVOS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES EN EUROPA Y EL MERCOSUR

187

Introducción	187
Aproximación a la idea del orden público	192
El orden público en el derecho internacional privado	194
Problemas con la doctrina del orden público en el contexto internacional	197

La expresión “orden público internacional”	201
¿Nacionalidad del orden público internacional?	207
Orden público contextual o efecto atenuado o relativo del orden público internacional	208
Efectos	212
Verdadero orden público internacional	213
Orden público trasnacional como estándar	217
Orden público comunitario	218
Otras esferas de “orden público”	221
Normas imperativas o leyes de policía	222
Otras expresiones relacionadas a leyes imperativas	226
Aplicación de leyes imperativas extranjeras	228
Orden público, arbitraje y fraude a la ley	230
Paralelismo en Europa y el MERCOSUR	232
Consideraciones finales	236
ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL PARAGUAY	239
I. Marco jurídico	239
A) Convenciones Internacionales vigentes sobre arbitraje comercial internacional	241
B) Regulación legislativa del arbitraje en el Paraguay	246
C) Regulación legislativa del arbitraje en el sector público	250
D) El Arbitraje Comercial Internacional: Definición y alcance	252
II. El acuerdo arbitral	253
A) Clases y requisitos	253
B) Arbitrabilidad	255
III. El laudo arbitral	256
A) Número y métodos de nombramiento	256
B) Excusación y recusación	257

C)	Árbitro sustituto	258
D)	Competencia del Tribunal Arbitral	258
E)	Medidas cautelares	259
IV.	El procedimiento arbitral	260
V.	El laudo arbitral	261
A)	Derecho aplicable	261
B)	Transacción, suspensión y conclusión de las actuaciones	267
C)	Impugnación del laudo	268
D)	Procedimiento del recurso de nulidad	273
F)	Procedimiento para el reconocimiento y ejecución	274
VI.	Procedimiento arbitral y tribunales nacionales	274
VII.	Otras variantes de la ley paraguaya	276
A)	Costas o costos y gastos del arbitraje	276
B)	Domicilio	277
C)	Cómputo de plazos	278
VIII.	Información adicional	278
	¿QUO VADIS CIDIP?	281
	Bibliografía	293

PRESENTACIÓN

Hace casi una década empecé a escribir un libro sobre problemas fundamentales de la contratación, crecientemente ligados al arbitraje en sus desarrollos recientes.

Los vaivenes de la profesión de abogado, que ejerzo activamente, más otros compromisos –principalmente de índole académica– que fui asumiendo en estos años, me llevaron a preterir la conclusión de la obra proyectada, cuya concreción final se iba tornando además cada vez más alejada, a medida que avanzaba la investigación y fluían de ella nuevos interrogantes, que pretendí ir encarándolos de la manera más exhaustiva posible.

El camino a la es carpada, cada vez más sinuoso, se fue convirtiendo así en el *leitmotiv* del trabajo, en desmedro de su conclusión final, sin frustraciones para mí debido a lo placentero de ir saciando una creciente curiosidad, emergente del ahondamiento de tantos temas transversales. La contrapartida: una obra inconclusa y, como consecuencia, reflexiones e ingentes esfuerzos de investigación guardados en mis registros informáticos sin exponerlos a la consideración pública.

Pero ello no en su totalidad. Parte de los compromisos académicos asumidos se relacionaron con contribuciones monográficas o capítulos de obras colectivas, con sendas apariciones en libros y revistas publicados en las Américas y Europa. Estas se valieron fundamentalmente del fruto de las pesquisas y elucubraciones hechas para el libro en ciernes.

Ante las dilaciones en su culminación, y a sugerencia de un amigo editor, decidí publicar estos trabajos en un volumen, intitulado “Temas

de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje”, aparecido en 2006. Dicha obra ha tenido, por fortuna, muy buena recepción, al punto de haberse agotado la tirada.

Ante la disyuntiva de una reimpresión o segunda edición, por un lado, o la aparición de un nuevo libro que recogiera mis contribuciones más recientes, por el otro, opté por esta última, en parte por el refinamiento alcanzado –según estimo–, con respecto a ciertas reflexiones emitidas anteriormente, pero fundamentalmente porque estos trabajos recientes recogen lo medular de lo ya incluido en el libro anterior, ahora con mayor profundización en ocasiones, fruto también de investigaciones que no han cesado en todo este tiempo.

Si bien hay temas de este anterior libro que han quedado ahora excluidos, ellos han sido recogidos también en otros trabajos ya aparecidos en más de una ocasión en nuestro medio y me pareció que hubiera sido por demás reiterativo volver a reproducirlos en este volumen.

La reciente conformación de un Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado relativo a la contratación –que tengo el honor de integrar–, genera un renovado interés sobre varios de los temas que forman parte de este libro y espero que, sobre todo la primera monografía aquí incluida, contribuya a enriquecer los debates que se irán generando en el seno de este excelso grupo de quince juristas de los cinco continentes, tendientes a producir –se estima– uno de los más trascendentes instrumentos de la historia en materia de contratación transfronteriza y, en estrecha ligazón, derecho aplicable a los arbitrajes. Si con este trabajo y otros incluidos en el libro en algo contribuyo o si genero alguna inquietud adicional que fomente un fructífero debate, me sentiré más que recompensado por el aporte.

Asunción, mayo de 2010

José Antonio Moreno Rodríguez

El artículo *Los Contratos y La Haya: ¿Ancla al Pasado o Puente al Futuro?* aparece en la obra *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, coordinada por Jürgen Basedow, Diego Fernández Arroyo y José A. Moreno Rodríguez, y editada por La Ley, Thomson Reuters y CEDEP (Asunción, 2010).

El artículo *Orden Público y Arbitraje* aparece en la Revista Electrónica Lima Arbitration (www.limarbitration.net, 2007), así como en la Revista Foro de Derecho Mercantil, No. 20 (Bogotá, 2008) y en el libro *Derecho Comercial en el Siglo XXI* (Coautor), Universidad La Sabana y Editorial Temis (Bogotá, 2008).

El artículo *La Convención más Trascendente en la Historia del Derecho Privado* aparece en *Tendencias y Relaciones del Derecho Internacional Privado Americano Actual*, Editorial Porrúa, México, 2010, y en la obra colectiva sobre la *Convención de Nueva York*, publicada por Grijley, Lima, 2009

El artículo sobre *Arbitraje Comercial Internacional en el Paraguay: Marco Legal y Jurisprudencial* aparece en *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica, Marco Legal y Jurisprudencial*, Cristian Conejero y otros, Coordinadores, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2009. Una versión con ligeras modificaciones, en inglés, aparece en *World Arbitration Reporter (WAR) - 2nd Edition* Loukas Mistelis, Laurence Shore, and Hans Smit, Editors, Juris Publishers, Nueva York, 2010

El artículo *Quo Vadis CIDIP* aparece en el libro *Protección de los Consumidores en América*, Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez, Coordinadores, CEDEP y Editorial La Ley Paraguaya, Asunción, 2007

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

*En memoria de Arthur Taylor von Mehren**

I. Introducción

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, a la que incuestionablemente puede calificarse como el máximo organismo codificador mundial en la especialidad, se halla abocada actualmente, entre otros trascendentes menesteres, a la elaboración de un instrumento en materia contractual transfronteriza¹. El proceso se encuentra aún en etapa germinativa, al punto que no se sabe todavía si el texto final adoptará la forma de una “guía legislativa”, una “ley modelo” o –como quizás sea el caso, eventualmente– unos “principios” o “*restatements*”, muy parecidos a los que el instituto conocido bajo el acrónimo de UNIDROIT viene proponiendo y ampliando a partir de 1994, siguiendo fundamentalmente el modelo norteamericano de consolidar el dere-

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

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

cho existente e incluso apuntar a mejorarlo, dejándolo expresado en reglas concretas, con comentarios e incluso ejemplos, en su caso.

Para el efecto, ha conformado un grupo de trabajo, integrado por quince expertos representativos de países en los cinco continentes, además de haberse convocado a observadores provenientes de círculos y organismos que lidian con la problemática de la contratación y el comercio transfronterizo desde la óptica académica –como la propia UNIDROIT², o desde la práctica diaria –como la Cámara de Comercio Internacional o el gremio internacional de abogados identificado comúnmente bajo las siglas de IBA, correspondientes al nombre en inglés–.

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

Se entiende que el principio autonomista ha sido ampliamente aceptado en el mundo de mayor desarrollo, en tanto que existen regiones –particularmente de Latinoamérica y África– que necesitan aún consolidarlo. Se considera, pues, deseable contar con un modelo que sirva eventualmente como inspiración en materia homogeneizadora, en el entendimiento de que resulta anhelable contar con reglas, lo más

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

aproximadas posibles, que aborden la problemática de la contratación tranfronteriza en el mundo. El proyecto tiene, pues, justificativos loables.

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

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

Antes de proseguir, permítaseme —en este caso desde una óptica centrada en el contrato— formular un pequeño comentario muy básico

que, sin embargo, usualmente lo pierden de vista exponentes tradicionales encasillados en la disciplina del Derecho Internacional Privado en su cerrazón hacia un amplio diálogo interdisciplinario³. Cuando se reconoce el contrato, se pretende dar virtualidad a lo pretendido por las partes, hasta de manera coercitiva o, al menos, imponiéndose una sanción en caso de incumplimiento. Pero, ¿cómo pretender hacer esto de manera justa, cuando terminamos sometiendo a las partes, muchas veces por –mala– fortuna, a un régimen jurídico que desconocen?

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

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

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

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

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

II. Un poco de historia y derecho comparado⁴

Decía el insigne romanista SOHM que solamente mediante el estudio de lo antiguo uno puede ponerse en camino de llegar a convertirse en maestro⁵. Quien se adentra en la historia, entiende a cabalidad las palabras del cosmopolita profesor de Oxford, Sir Roy GOODE, en su abordaje del derecho transnacional –o como se lo llame–, al señalar que de veras nada nuevo hay bajo el sol: dos mil años han transcurrido desde que CICERÓN proclamó las virtudes del universalismo jurídico⁶.

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

-
4. “Foundational thinking is not just a luxury for academics... it is also a necessity for judges and lawyers”, L. BRILMAYER, *Conflict of Laws*, Second Edition, United States of America, Aspen Law & Business, 1995, p. 4.
 5. R. SOHM, *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*, 7.ª Edición, Madrid, p. 27. La voráGINE de los tiempos actuales ejerce una particular fascinación hacia todo lo que es novedad. Y los juristas tienden, en incontables ocasiones, a enfocar problemas actuales en absoluto divorcio o –al menos– alarmante desatención hacia una perspectiva histórica, que hasta llega a considerarse superflua en contribuciones monográficas sobre temas de actualidad e interés práctico.
 6. R. GOODE, “Reflections on the Harmonization of Commercial Law”, en R. CRANSTON / R. GOODE (eds.), *Commercial and Consumer Law*, Capítulo 1, reproducido con cambios menores en 1991 (1 *Uniform Law Review* 54), p. 54.

fronteras, brindaron –y continúan haciéndolo– un invalorable apoyo a la construcción de un derecho universal.

La palabra “revolución” fue aparentemente utilizada por primera vez en ocasión de la toma de la Bastilla de 1798. Cuando el Duque LIANCOURT trajo estas noticias a LUIS XVI en Versalles, se dice que el Rey afirmó: “Pero esta es una revuelta”. A lo que LIANCOURT respondió: “No, es una revolución”⁷. Este término ha tomado carta de ciudadanía hoy día, en distintos idiomas, en alusión a rupturas abruptas con el pasado. Sin embargo, toda revolución, para prosperar, viene precedida de un largo proceso que crea las condiciones para la profunda mutación que ella supone. En este caso, la ruptura con el milenarismo pasado helénico-romano, quiebre cuya base teórica se remonta al siglo XV, con el nominalismo de OCKHAM, enemigo de la doctrina aristotélica-tomista de la justicia universal⁸, y que luego, de la mano o bajo el manto de inspiración de filósofos como LUTERO en Alemania, BACON, HOBBS y HUME en Inglaterra, y ROUSSEAU en Francia –por citar algunos de más renombre– termina desembocando, ya merced a juristas, en un ciego positivismo o “particularismo nacionalista”⁹.

-
7. H. J. BERMAN, *Law and Revolution, II, The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge / London, Harvard University Press, 2003, p. 3.
 8. Aristóteles apoyaba su teoría en un orden cósmico, del cual extrajeron los romanos la noción de *ius*. El nominalismo, por su parte, gravita en torno al individuo. † Solo el individuo se encuentra dotado de existencia real: es el único centro de intereses, el único centro del conocimiento. De modo que no puede haber orden jurídico que no proceda de la voluntad individual (M. VILLEY, *La formación del pensamiento jurídico moderno*, traducción al portugués, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2005, pp. 279-280). Desde entonces se opera un cambio fundamental en el derecho: no se razona más a partir de la observación de la naturaleza, sino del individuo. En cuanto a las normas jurídicas, no se las busca en el propio orden que antes se creía encontrar en la naturaleza; será preciso extraerlas exclusivamente en las voluntades positivas de los individuos. Tal es el positivismo jurídico, hijo del nominalismo (M. VILLEY, obra citada, p. 233).
 9. Por emplear una expresión con menor carga emotiva que aquel término, o “positivismo normativo” según los términos empleados, por ejemplo, en: L. GAMA JR., *Contratos Internacionais a luz dos Principios do UNIDROIT 2004*, Río de Janeiro y otras, Editora Renovar, 2006, p. 174.

Podría decirse –quizás con alguna exageración–, que perdían así, ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS, la contienda ante OCKHAM, aunque este, victorioso en batalla como PIRRO frente a los romanos del mundo antiguo, igualmente parece destinado a perder finalmente la guerra¹⁰. Los embates contra el particularismo nacionalista se registraron con fuerza en el plano teórico ya a partir del mismo siglo XIX. Decía por entonces el insigne germanista IHERING que reducir la teoría jurídica al derecho local constituye una condición humillante no digna de una ciencia. La teoría jurídica se sofoca cuando se cierra en las fronteras del Estado. Su prosperidad requiere una “atmósfera cosmopolita”. Solo escuelas de bajo nivel intelectual pueden existir en un país con fronteras cerradas, entrenando abogados con mentes estrechas¹¹. Por su parte, ya hacia mediados del siglo XX, RABEL abogaba con insistencia por un cambio radical de un pensamiento provincial hacia una concepción jurídica universal o global (*World-wide*)¹². Dato no menor si se considera que RABEL, reconocidamente, influenció el derecho comparado más que cualquier otro jurista del siglo XX. Ante el irresistible torrente universalista, otro gran comparatista, ya de nuestros días, el inglés Lord Goff DE CHIEVELEY, ha sentenciado de manera elocuente: “El derecho comparado puede haber sido el hobby del ayer pero está destinado a convertirse en la ciencia del mañana”¹³.

En los hechos, la catástrofe en la que derivó –como es harto sabido– el legalismo positivista en Alemania, divorciado de consideracio-

-
10. Esto al menos en lo que respecta a las derivaciones desembocadas en lo jurídico por su doctrina nominalista.
 11. R. DAVID, *Los Grandes Sistemas del Derecho Contemporáneo*, Traducción al portugués de Hermínio A. CARVALHO, 4ª Edición, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2002, p. 16.
 12. H. J. BERMAN / F. J. DASSER, “The “new” law merchant and the “old”: sources, content, and legitimacy”, en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 69.
 13. A. HARDING / E. ÖRÜCÜ (eds.), *W.G. Hart Legal Workshop Series, Comparative Law in the 21st Century*, London y otras, Kluwer Academic Publishers, 2002, Preface, pp. vii-viii.

nes universales de justicia, constituye un hito de la contrarrevolución que se ha venido produciendo, cada vez con mayor fuerza.

Después de la Segunda Guerra Mundial y el proceso de Nuremberg los tribunales recurren con mayor frecuencia y, más abiertamente, a los principios generales del derecho, comunes a todos los pueblos civilizados. En definitiva –afirma PERELMAN– estamos ante la vuelta a la concepción teórica de ARISTÓTELES conforme a la cual, al lado de las leyes especiales escritas, existe un derecho general, es decir, “todos esos principios no escritos que se suponen reconocidos en todas partes”¹⁴.

Como dato no menor, cabe agregar que el divorcio entre el derecho y la justicia, nefasto legado nominalista, se consolidó a través de los siglos con ayuda también de un deficiente manejo de la lógica. Como lo explica VILLEY, desde DESCARTES adquirimos una idea muy empobrecida de esta disciplina, copiada más del modelo de las matemáticas o de las ciencias físicas modernas que de la experiencia del derecho. Nuestra lógica es principalmente deductiva, procede sobre todo de arriba para abajo, de los principios a sus consecuencias. Hoy los tratados de lógica jurídica o métodos de interpretación del derecho tratan fundamentalmente de deducciones a partir de las normas, aunque se reconozca que esas derivaciones son, con frecuencia, irregulares. Esto combina con los preconceptos del positivismo legalista o el normativismo de nuestro tiempo: el derecho consiste en reglas, o lo que se extrae o deduce a partir de las mismas¹⁵.

La antigua retórica aristotélica, caída en descrédito y tratada de manera peyorativa, con mucha fuerza, por los racionalistas de la Ilustración, renace bajo rótulos como los de “nueva retórica”, “tópica” o “teoría de la argumentación”, con un frontal ataque a las derivaciones

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

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

de la lógica cartesiana trasladada al ámbito jurídico –gran soporte teórico para el nacionalismo legalista–, hoy bajo severas escaramuzas.

Debe tenerse presente, además, que la lógica bivalente de la que se valieron los juristas para la consolidación de este legalismo, tiene –según se reconoce cada vez con mayor fuerza– severos problemas. La lógica bivalente se asienta en el principio de la no contradicción, es decir, que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. La tajante regla no resuelve el problema de la paradoja, término acuñado por los antiguos griegos en lógica en alusión a cuando no se puede explicar algo importante, situación no infrecuente en aplicación del principio antedicho¹⁶.

No es de extrañar, entonces, que se encuentre perdiendo adeptos y se vaya consolidando cada vez con mayor fuerza la llamada lógica multivalente. Para ella, todas las categorías son vagas y los esfuerzos por separarlas resultan arbitrarios y artificiales. Esto se extiende incluso al mundo físico, donde los límites físicos se disuelven, tal cual lo indican los avances de la física cuántica. Así, todo se vuelve materia de grado, contrariamente a lo postulado con el principio de la no contradicción. La lógica bivalente está detrás de mucho de la construcción del derecho occidental, pero la lógica multivalente viene siendo tomada muy seriamente por el pensamiento de nuestros días¹⁷. A partir del reconocimiento de la real complejidad del mundo, la lógica multivalente no es realmente difusa. Es muy precisa, informada y altamente particular. Hay algo de la casuística en ella, en su insistencia metodológica por el detalle. Sin hablar mucho de ello –concluye el gran comparatista contemporáneo GLENN– el *common law* y el derecho civil vienen siendo en

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

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

este sentido multivalentes, con un particular énfasis puesto en la casuística¹⁸.

De hecho, casuístico fue el derecho romano (“triunfo del crecimiento histórico antes que de la lógica” –en palabras de WALTON¹⁹), del que deriva la tradición jurídica occidental, y casuístico sigue siendo hasta hoy, en gran medida, el *common law*. Allí, el “*right reason*” al que ya hacía alusión COKE en el siglo XVII (“*common law is nothing but reason*”) tiene que ver no con una racionalidad lógica, sino con una artificial perfección de la razón, obtenida de un largo estudio, observación y experiencia, derivada de una casuística consolidada en la sucesión de los años, de modo que nadie debería pretender imponer una razón privada²⁰, sino la refinada en los siglos por un infinito número de “*grave and learned men*”. Este es un concepto bien diferente al de la razón pregonada por racionalistas. No estamos ante una razón implantada por Dios en la naturaleza humana como tal. Tampoco ante una “razón privada” de los individuos. Nos encontramos ante razón artificial históricamente enraizada en el pensamiento y la experiencia de los *common lawyers* a través de una casuística de siglos²¹.

A su vez, en la tradición de los sistemas del derecho civil “romano-francés-germánico”, derivaciones racionalistas del nominalismo de OCKHAM intentaron explicar el mundo con arreglo a las leyes matemáticas²², y las herramientas lógicas entonces florecientes, con deducciones muchas veces cuestionables, sirvieron de soporte para la simplificación

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

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

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

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

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

del derecho, proceso que desembocó en la codificación que prolifera con fuerza a partir, sobre todo, del Código Civil Francés de 1804.

Es cierto, la codificación intentó la fijación o simplificación del *ius commune* o derecho de doctrina y, como tal, rico en controversias y hasta sutilezas y muchas veces alejado de su propia época y de la lengua del vulgo²³. Es decir, persiguió propósitos plausibles. Pero derivó en consecuencias perniciosas, al propiciar la adhesión al texto legislativo que hasta hoy ata al jurista común. Son elocuentes las conocidas palabras del Profesor BUGNET: “Yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código Napoleón”. Como resultado final, ya no será objetivo del derecho lo justo, el *ius suum cuique tribuere* en la terminología romana, sino el cumplimiento a rajatabla de la autoridad del soberano manifestada en la ley. De modo que las consecuencias desastrosas de la codificación –resalta DAVID– competen en gran parte a los juristas-académicos y su actitud en pro del positivismo legislativo, agravada por nacionalismo²⁴, nefasto legado que deja sus profundas huellas incluso hasta nuestros días.

Ahora bien, el derecho codificado ha demostrado ser tan inestable, impredecible e incierto –“quite as mulishly unruly”– como jamás haya sido el *common law* no codificado²⁵. De allí que se busque luz en el derecho comparado, y en el inagotable hontanar casuístico y de fuentes allí encontrados. El panorama actual, descrito por los grandes comparatistas ZWEIGERT y KÖTZ, es el siguiente: existen precedentes jurisprudenciales en Alemania, Grecia, Portugal y sobre todo Suiza, repletos de

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

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

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

referencias al derecho comparado, como así también en Inglaterra, Australia, Canadá y otros países del sistema anglosajón²⁶. En cuanto a los Estados Unidos de América, por más de doscientos años, su Corte Suprema se vio influenciada por sistemas foráneos y a su vez, reconocidamente, ha incidido de manera preponderante en opiniones jurídicas afuera²⁷.

Una frase de BERGER sintetiza la actitud que viene tomando cuerpo hoy: “interpretación transnacional del derecho” (“*internationally useful construction of domestic laws*”)²⁸. Su compatriota germano ZIMMERMANN dice, con referencia al derecho teutón, que los recursos del *ius commune* –de clara vocación universal– tienen hoy considerable significado para la evaluación e interpretación de provisiones legislativas germánicas²⁹. Recientemente, en la propia Francia que había dado génesis al impulso codificador-nacionalista, Guy CANIVET, Presidente de la *Cour de Cassation* y ex Presidente de la *Société de Législation Comparée*, abogó por el rol del juez como guardián de valores sociales a través del uso del derecho comparado. Incluso, para conducir una efectiva investigación comparada, la Corte de Casación puede ordenar un reporte de un nuevo Centro de Derecho Comparado en la Universidad Panteón-Sorbonne (Paris I)³⁰. Es más, aun los llamados “internistas” en Francia, aunque

-
26. K. ZWIEGERT / H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Third Edition, New York, Oxford University Press Inc., 1998, p. 19.
 27. D. S. CLARK, “Development of Comparative Law in the United States”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, p. 179.
 28. Ver en V. RUÍZ ABOU-NIGM, “The Lex Mercatoria and Its Current Relevance in International Commercial Arbitration”, en A. DREYZIN / D. FERNÁNDEZ ARROYO (dirs.), *Revista DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Arbitraje, 02.2004, p. 111.
 29. R. ZIMMERMANN, “The German Civil Code and the Development of Private Law in Germany” en *Oxford U Comparative L Forum 1* en ouclf.iuscomp.org, 2006, texto después de la nota 144.
 30. B. FAUVARQUE-COSSON, “Development of Comparative Law in France”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, p. 59.

rehúsen considerarse “comparatistas”, hacen varias formas de comparación. Por ejemplo, todos los textos recientes de doctrina, relativos al derecho de contratos, confrontan el derecho interno francés con convenciones internacionales, “*restatements*”, directivas y jurisprudencia europeas, entre otros materiales³¹.

Inglaterra es otro país en que la fuerte corriente “internista” viene cediendo cada vez más terreno. El giro radical hacia el universalismo viene sobre todo a partir de la década de los 90, período descrito por Lord BINGHAM como “*the time when England... ceased to be a legal island*”. Un punto de inflexión en este sentido representa el caso *White v. Jones* de 1995. En tanto que en el caso *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* (2002) se hace expresa alusión a la búsqueda de soluciones en otros sistemas jurídicos como un “*cross check*” de lo que se adopta como decisiones propias³². Dijo allí Lord BINGHAM: “Si una decisión dada en este país ofende el sentido de justicia del juzgador, y si la consideración de fuentes internacionales sugiere que una decisión diferente y más aceptable sería arribada en otras jurisdicciones, cualquiera sea su tradición jurídica, esto debería motivar una ansiosa revisión de la decisión de que se trate”³³.

La tradición del *common law* anglosajón merece una atención especial, considerando que en 1921, en su apogeo de expansión, el imperio inglés incluía casi un tercio de la tierra del mundo y como un cuarto de su población³⁴, y que hoy muchas de sus soluciones, sobre todo en ma-

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

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

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

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

teria mercantil, permean cual “caballo de Troya”³⁵ en los derechos nacionales, merced también a los acontecimientos mundiales y regionales homogeneizadores, referidos un poco más abajo.

Si bien en el siglo XIX no tuvieron éxito en la praxis inglesa las propuestas codificadoras de BENTHAM, sí fue consolidándose –allí también– la idea general de un derecho “nacional”, expresado en las decisiones de los jueces y en tratados sistemáticos doctrinales explicando el derecho de los jueces. Se empezó a hablar así del “*legal system*” inglés³⁶.

Sin embargo, como lo refiere MERRYMAN, en Inglaterra el positivismo estatal se subrayaba mucho menos, pues no hubo una revolución radical como la francesa que, en aras del nacionalismo, intentara romper abruptamente con el pasado y su tradición universalista³⁷. Debe considerarse que, históricamente, los jueces ingleses han sido receptivos a prácticas mercantiles y equitativas, a través de tribunales especiales como los *Admiralty Courts* o los *Equity Courts*, que fueron finalmente absorbidos por los tribunales del *common law* con su rico bagaje a cuestas. Particularmente los tribunales comerciales y marítimos anglosajones –al igual que el Pretor Peregrino de la Roma antigua–, recurrían constantemente al derecho comparado para la búsqueda de la mejor solución, en un proceder muy parecido al que enriqueciera en su momento el *ius gentium* romano, según lo hizo notar en su momento el célebre e influyente Lord MANSFIELD (*Chief of the English King’s Bench*, de 1756 a 1788) en el caso *Luke v. Lyde*, en el que incluso citó a CICERÓN³⁸.

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

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

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

38. F. K. JUENGER, “General Course on Private International Law (1983)”, en *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1985*, IV, Tome 193



Lord MANSFIELD –entre otros– se había valido liberalmente de fuentes romanas y civiles para desarrollar el derecho comercial inglés. E hicieron lo propio, al otro lado del atlántico, por ejemplo, el notable miembro de la Corte Suprema Joseph STORY (1779-1845), como así también su compatriota James KENT (1763-1847), ambos de gran influencia en los Estados Unidos³⁹.

En definitiva, hoy día existe mucho más claridad sobre las influencias recíprocas y el universalismo subyacente en materia jurídica. GORDLEY, uno de los más versados comparatistas y teóricos del derecho de nuestro tiempo, luego de años y años de investigación, concluye con énfasis que, claramente, en materia de Derecho privado, la idea de sistemas jurídicos como islas de principios y concepciones distintas del derecho debe ceder ante el hecho de que se lidia con problemas similares, de modo que, normalmente, las divergencias en las reglas formales son solo aparentes, en tanto que subyacen problemas comunes que requieren respuestas análogos⁴⁰.

III. El universalismo y los procesos de homogeneización

A lo ya dicho debe agregarse la proliferación, cada vez con mayor ímpetu, de un entramado de normas, dimanantes de procesos mundiales, regionales y locales que tornan imperativo, cada vez con mayor fuerza, el abordaje del derecho propio desde una perspectiva univer-

→ de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 151. Esta contribución se encuentra reproducida, con algunas adaptaciones, en el libro: F. K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Special Edition, New York, Transnational Publishers, 2005. A pesar de que Lord MUSTILL dice que MANSFIELD se refirió a la *lex mercatoria*, no como se le quiere hacer aparecer, sino para asegurarse de que el derecho inglés estatuido por él fuera útil, actualizado e intelectualmente coherente (L. J. MUSTILL, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years”, en *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 152).

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

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

sal. En la esfera comercial, resalta la labor de las Naciones Unidas a través de su Comisión para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI en español o, más difundidamente, UNCITRAL en inglés), en áreas diversas como comercio electrónico, arbitraje, transportes, garantías, insolvencia y otras.

Específicamente en materia contractual, UNCITRAL ha propiciado la conocida como “Convención de Viena”, sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, que establece normas para el contrato preponderante del comercio internacional⁴¹. Calificada por HUBER como “una de las historias de suceso en el campo de la unificación internacional del derecho”, al punto que ZIMMERMANN llega a considerarla como “el convenio más escrupulosamente preparado y significativo para la unificación del derecho privado”⁴², la Convención de Viena se ha convertido –según GOODE– en el prototipo de las disposiciones generales de casi toda la legislación subsiguiente en materia de comercio internacional⁴³. De hecho, hay más actividad de reforma del derecho de contratos luego de veinte años de vigencia de esta convención que en los cincuenta años anteriores⁴⁴, dato no menor si se considera que “las partes generales” de los cuerpos normativos contractuales (que suelen con cuestiones como oferta y aceptación, validez, contenido, interpretación y terminación) encuentran inspiración mayormente en reglas que rigen la compraventa en los temas allí comprendidos.

Hoy por hoy, la Convención de Viena rige en más de setenta países, tanto del mundo desarrollado como en desarrollo y más de mil

-
41. Ver A. GARRO / A. L. ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1990, pp. 43 y ss.
 42. No por casualidad constituye un modelo para la propuesta de reforma del derecho de obligaciones alemán (R. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2000, p. 119).
 43. R. GOODE, “International Restatements of Contract and English Contract Law 1997-1”, *Uniform Law Rev* 231, p. 236.
 44. J. BASEDOW, “Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG”, *25 International Review of Law and Economics*, September 2005, p. 487.

setecientas decisiones que la aplican han sido reportadas⁴⁵. Se estima que dos tercios del comercio mundial es –o puede estar, si las partes no lo excluyen voluntariamente– regido por esta convención⁴⁶. No solo eso, ella está marcada a influir en la interpretación de los derechos domésticos, “transnacionalizándola”; el artículo 7º de la convención⁴⁷ –que inspiró a su vez soluciones de varios otros instrumentos internacionales posteriores– impone la interpretación “autónoma” de la misma, es decir, independientemente de las peculiaridades nacionales que puedan resultar inconsistentes con la uniformidad.

Desde luego que cuando se incorpora a un país instrumentos como este, la armonía pretendida con ellos puede destruirse si la interpretación de sus normas se realiza a la luz de conceptos domésticos y no desde una amplitud comparativa⁴⁸. Lo mismo ocurre –o debería ocu-

-
45. P. HUBER, “Some introductory remarks on the CISG”, en *Internationales Handelsrecht* (6/2006), European Law Publishers, 2006, antes de la nota 1.
 46. P. HUBER, “Comparative Sales Law”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, p. 954.
 47. El citado artículo dispone en su primera parte: “1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional...”.
 48. J. H. DALHUISEN, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Portland, Hart Publishing, 2000, p. 119. De hecho, en tiempos recientes ha aumentado la práctica de insertarse en instrumentos de derecho uniforme indicaciones para que el juez nacional o árbitro tenga en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover su aplicación uniforme. Así, estos textos suelen hacer referencia a “principios generales” –a ser derivados del mismo instrumento normativo–; a que debe recurrirse solo en última instancia al propio u otro derecho doméstico (ver M. J. BONELL, “International Uniform Law in Practice – Or Where the Real Trouble Begins”, en *The American Journal of Comparative Law* (38 American Journal of Comparative Law 865), 1990, p. 867). De igual manera adquieren particular valor también los usos y costumbres internacionales. Como lo señala OVIEDO ALBÁN, con la incorporación de Convención de Viena la costumbre ha dejado de ser una de las “cienicientas” de las fuentes del derecho mercantil (J. OVIEDO ALBÁN, “La Costumbre en el Derecho Privado”, en J. Oviedo Albán (coord.), *Derecho Comercial en el Siglo XXI*, Bogotá, Editorial Temis, Universidad de la Sabana, 2008, p. 69).

rrir— a nivel regional. Europa es un claro ejemplo. Allí, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴⁹ busca principios generales europeos y filtra lo que los tribunales nacionales pueden haber decidido con criterios estrictamente locales⁵⁰. La Corte europea ha expresado que “de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad, se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la comunidad”⁵¹.

Pues bien, si se traslada a la compraventa lo dicho aquí con respecto al “principio de la igualdad”, no habría argumento convincente para interpretar con cánones o estándares distintos una operación internacional de una doméstica. ¿Por qué la buena fe, por ejemplo, debería ser diferente en uno u otro caso análogo, en cuanto a las derivaciones que en la práctica se vayan aceptando del principio?⁵² Más acorde con la

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

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

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

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

“transnacionalización”, el “universalismo” y la “igualdad”, en el sentido que venimos exponiendo, sería, ante la duda interpretativa, recurrir a la solución uniforme que haya emergido, en su caso, en aplicación de la Convención de Viena, con lo que se –según viene ocurriendo de manera reiterada en el derecho comparado⁵³– introducen al derecho doméstico, de afuera, “por la ventana”, criterios relevantes relacionados con la labor hermenéutica. El jurista nacional –y ni qué decir el vinculado al quehacer transfronterizo– que encara cuestiones de interpretación contractual debe estar, pues, adecuadamente al tanto de los desarrollos normativos, casuísticos y doctrinarios preponderantes en el mundo.

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

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

esta interpretación “oficial”, sobre todo si se considera que no era la única que cabía⁵⁴.

Yendo más allá de la elaboración de textos destinados a tener sanción estatal, particular repercusión mundial ha tenido también la labor en materia contractual de UNIDROIT. Tal constituye el acrónimo francés de un instituto intergubernamental con sede en Roma, vinculado a Naciones Unidas a través de un acuerdo de cooperación, que publicó en los años 1994 y 2004 “Principios” de Derecho Contractual⁵⁵. Grupos de expertos han trabajado para detectar y reformular (*to restate*) los “principios” universales en la materia, y los trabajos resultantes se encuentran consignados en textos con redacción parecida a la de las normas legislativas, acompañados de comentarios y ejemplificaciones, además de un preámbulo que precede y explica el instrumento⁵⁶. Entre varias

-
54. Es cierto que los tribunales podrán desatender esta interpretación. Pero aquí entramos en otro problema. Los jueces también circunvalan textos con sanción estatal. Por ejemplo, en materia de Derecho internacional privado, en reiteradas oportunidades se han dejado de lado reglas puntuales sustituyéndolas por interpretaciones basadas en principios amplios o “válvulas de escape”, como el orden público, por citar un ejemplo bien conocido. Esto en definitiva depende del grado de desarrollo y de apertura del derecho y de los tribunales de un país, para lo que en mucho contribuye obviamente su marco normativo, pero quizás en considerable mayor medida el grado de preparación de sus jueces y operadores jurídicos. Grandes comparatistas han puesto énfasis en que el cambio de regímenes jurídicos, desde luego, no pasa solo por una transformación de sus normas, sino fundamentalmente de mentalidades, puesto que existen preconceptos, formas de razonar y hábitos arraigados que solo se destierran con mucho esfuerzo que comprende una paciente y abarcativa labor de formación. Puede profundizarse sobre el tema en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “La Interpretación del Contrato dentro del Nuevo Escenario Internacional”, en C. A. SOTO (dir.), *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Perú, Grijley, 2007; aparece también en J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*, Asunción, Catena Editores y CEDEP, 2006.
55. Puede profundizarse al respecto en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?”, en *Revista Foro de Derecho Mercantil*, Bogotá, Editorial Legis, 2005; se reproduce asimismo en J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje* (nota 54).
56. Ello al igual que los llamados “Restatements” norteamericanos, de elaboración académica, no destinados a obtener sanción estatal –aunque sí pueden inspirar reformas normativas– que resumen así las tendencias preponderantes en diversos temas.

aplicaciones, estos principios pueden ser adoptados por las partes como reglas en sus contratos, o servir como guías a legisladores, jueces o árbitros en lo que respecta al *status* de los usos y principios internacionales⁵⁷.

En el seno de la Unión Europea se publicaron también “Principios” similares en los años 1995 (parte I), 1999 (partes I y II) y 2003 (parte III) (en adelante “PECL”)⁵⁸, elaborados por un grupo cuya cabeza visible fue el profesor escandinavo Ole LANDÖ (Comisión Landö). Pero Europa fue más allá. A partir del 2003, aparece por primera vez en comunicación de la Comisión europea⁵⁹ el “enigmático” concepto del Marco Común de Referencia (MCR), que a partir de entonces se ha consolidado en escena y domina hoy el debate europeo sobre el futuro del derecho contractual⁶⁰.

Tanto UNIDROIT como la “Comisión Landö”⁶¹, de manera imprecisa, habían denominado finalmente “principios” a su producto, cuando en realidad estamos ante un cuerpo de reglas que podrían fácilmente ser sancionados por un legislador como “Código”. Esto fue enmascarado ahora bajo la expresión “Marco Común de Referencia”, que

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

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

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

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

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

fue elegida por la Comisión europea⁶², y se espera contar como resultado final con Principios Comunes del Derecho Contractual Europeo (*Common Principles of European Contract Law—CoPECL*), con definiciones claras de términos contractuales y con principios fundamentales y reglas coherentes en la materia.

Para el proyecto se conformó el grupo de investigación más grande jamás creado en el continente⁶³, compuesto por una red de académicos expertos, representativos de las distintas tradiciones jurídicas, más representantes de distintos intereses económicos, como asociaciones de consumidores, bancos y otros, amén de autoridades de la Unión Europea. Los distintos grupos fueron integrados en una “Red de Excelencia”⁶⁴, cuyos actores más importantes son el *Study Group on a European Civil Code* (SGECC)⁶⁵ liderado por Cristian VON BAR y el *Research Group on EC Private Law* (Acquis Group) bajo la conducción de Hans SCHULTE-NÖLKE⁶⁶.

El primer borrador del Marco Común de Referencia fue publicado en diciembre de 2007 en tanto que una nueva versión apareció en febre-

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

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

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

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

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

ro y luego a fines de 2009⁶⁷. El trabajo puede ser considerado sucesor de los PECL de la Comisión Landö⁶⁸, si bien la cobertura resulta ahora más amplia⁶⁹, puesto que se comprenden reglas generales de contratos y obligaciones, más otras relativas a contratos específicos, y obligaciones contractuales, como también reglas relativas a enriquecimiento injusto, daños y gestión de negocios, además de propiedad mobiliaria⁷⁰.

Como lo predicen connotados juristas germánicos, el debate ahora será marcado por la existencia de diferentes textos compitiendo entre sí. Al lado del borrador “académico” –porque, en el fondo, de eso se trata– del Marco Común de Referencia continuarán existiendo los PECL de la Comisión Landö, además de los textos individuales que fueron publicados en varios volúmenes tanto por el *Acquis Group* como por el

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

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

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

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

Grupo de Estudios de von Bahr⁷¹. Ambos presentaron trabajos que resumen los “principios” europeos tal cual lo ven⁷², emparentados también con otra iniciativa del “*common core*” europeo, bajo la Dirección de Mauro BUSSANI (Trento) y Ugo MATTEI (Torino/Hastings), y que apunta a analizar las complejidades de la situación presente, sin adoptar una actitud preservacionista ni empujar en dirección hacia la uniformidad, lo que lo diferencia de los otros esfuerzos en el viejo continente⁷³.

Ahora bien, el proceso de homogeneización reglamentaria lo impulsan no solo organismos en la esfera pública, como las Naciones Unidas, UNIDROIT o la Unión Europea. En la órbita privada se registran un sinnúmero de iniciativas, entre las que se destacan, a nivel mundial, los trabajos de la Cámara de Comercio Internacional⁷⁴, que propone numerosos instrumentos normativos para que los particulares, hacien-

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

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

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

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

do uso de la libertad contractual, los incorporen a sus convenios, como ocurre por ejemplo con las reglas relativas a INCOTERMS (que aluden a términos estándares de intercambio usados en el comercio internacional⁷⁵), a cartas de crédito documentarias⁷⁶, etcétera⁷⁷.

Existen también contratos estándares aceptados dentro de determinados círculos económicos, como las condiciones de contratos internacionales para la construcción de obras de ingeniería civil del año 1987, elaboradas bajo auspicio de la Federación Internacional de Ingenieros-Consejeros (FIDIC), conocidas comúnmente como Contrato FIDIC⁷⁸; o los formularios estándares internacionales de la *Grain and Feed Trade Association* con respecto a productos agrícolas, también de gran utilización en el comercio exterior⁷⁹. Contratos modelos son también propuestos por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, como el de venta internacional de bienes perecederos del UNCTAD/WTO *International Trade Centre*⁸⁰, en tanto que el Banco Mundial⁸¹ y organismos de financiación europeos⁸² cuentan con lineamientos (*guidelines*) a este respecto.

A ello deben sumarse los llamados “Códigos de Conducta”, elaborados en círculos privados –o también en organismos interguberna-

-
75. Como FOB (*Free on board*-libre a bordo), CIF (Costo, seguro y flete), etcétera.
 76. Las reglas uniformes para el uso de cartas de créditos documentarias, publicadas en el año 2007 como UCP 600, fueron apoyadas por UNCITRAL en julio de 2007 (Informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones (A/64/17), 2009, paras. 356-357 <http://www.uncitral.org>).
 77. Otro organismo privado muy influyente en su área es el Comité Marítimo Internacional (IMC en inglés, CMI en francés y español). <http://www.comitemaritime.org/> (Último acceso: 2 de marzo de 2010)
 78. Ver www.fidic.org. (Último acceso: 2 de marzo de 2010).
 79. Ver www.gafta.com. (Último acceso: 2 de marzo de 2010).
 80. H. KRONKE, “The Scope of Party Autonomy in Recent UNIDROIT Instruments and the Conflict of Laws in the MERCOSUR and the European Union”, en *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Operti Badán*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 296.
 81. Ver www.bancomundial.org (Último acceso: 2 de marzo de 2010).
 82. Ver www.eurdc.com (Último acceso: 2 de marzo de 2010).

mentales⁸³-, que reúnen de manera sistemática normas generalmente de carácter programático, y tienen como características su flexibilidad, el cumplimiento voluntario de sus postulados y la autorregulación, al margen de normativas estatales. Aquí también la Cámara de Comercio Internacional cuenta con instrumentos como el *International Code of Advertising Practice*⁸⁴ y el *International Code of Sales Promotion*⁸⁵; en tanto que la *Factors Chain Internacional* ha elaborado el *Code of International Factoring Customs (IFC)*⁸⁶.

Los gremios de abogados, como la *International Bar Association*, la *American Bar Association (ABA)*⁸⁷ y la *Union Internationale de Avocats (UIA)*⁸⁸, participan activamente, asimismo, en los diversos procesos de homogeneización, enviando sus representantes a los grupos de trabajo, además de proponer reglas privadas, como las reglas de ética, conflictos de intereses y producción de pruebas en el arbitraje de la IBA, de amplia utilización en el mundo⁸⁹.

Además de todos estos esfuerzos mundiales y regionales, públicos y privados de aproximación normativa, los propios Estados toman cada día con mayor fuerza iniciativas para homogeneizar sus derechos,

-
83. Así, la Comisión de la Unión Europea, por Recomendación 77/524/CE de 1977, ha dictado el Código de Conducta Europeo relativo a transacciones de valores mobiliarios (ver sobre todo esto en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (nota 51), pp. 91-198).
 84. Ver <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/marketing/pages/Spanish%20ICC%20Consolidated%20Code%20on%20MA%20Practice.pdf> (Último acceso: 2 de marzo de 2010)
 85. Ver <http://www.iccwbo.org/id502/index.html> (Último acceso: 2 de marzo de 2010).
 86. <http://www.factors-chain.com/> (Último acceso: 2 de marzo de 2010).
 87. <http://www.ibanet.org/> (Último acceso: 2 de marzo de 2010).
 88. <http://www.uianet.org/> (Último acceso: 2 de marzo de 2010).
 89. Se accede a través del siguiente link: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Así también, el Club Español de Arbitraje, por ejemplo, cuenta con Recomendaciones Relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros, además de un Código para las Buenas Prácticas Arbitrales (www.clubarbitraje.com). (Últimos accesos: 2 de marzo de 2010).

tal cual ha ocurrido, por ejemplo, en materia contractual en China Continental, Japón, Rusia, México, Holanda, Alemania⁹⁰ y Estados Unidos, país en que una Comisión (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*⁹¹) y el *American Law Institute*⁹² están revisando las doce partes del Código de Comercio (UCC – *Uniform Commercial Code*)⁹³. Un dato no menor es que desde 1990, el Banco Mundial ha apoyado trescientos treinta proyectos de “Estado de Derecho” –relacionados de manera importante con lo arriba señalado– y gastado casi tres billones de dólares norteamericanos para fondarlos⁹⁴.

-
90. Por ejemplo, el Código Civil Holandés de 1994 y el recientemente aprobado Código Alemán de las Obligaciones (ver P. SCHLECHTRIEM (nota 35) (ver también R. ZIMMERMANN (nota 29)).
 91. Esta Comisión, sin fines de lucro e integrada por delegados de todos los Estados norteamericanos, funciona desde 1892 y apunta a lograr la uniformidad en la regulación de los distintos Estados. Ha estado activa en cuestiones de Derecho Comercial, Derecho de Familia y Conflicto de Leyes, entre otras (ver www.nccusl.org). (Último acceso: 2 de marzo de 2010).
 92. El *American Law Institute* fue conformado en 1923 para el estudio y análisis de diversas áreas del Derecho norteamericano que necesitaban ser reformadas. El instituto está conformado por un grupo selecto de jueces, docentes y profesionales del ámbito jurídico y desde su creación ha propiciado el desarrollo sistemático de normas uniformes de derecho. Frutos de sus esfuerzos constituyen los *Restatements*, cuerpos redactados por juristas que resumen el estado de distintas cuestiones del *common law* norteamericano, que tienen un gran valor persuasivo para los jueces; como así también el *Uniform Commercial Code*, o Código de Comercio, en el cual el instituto tuvo una participación activa. Desde 1947, el instituto colabora estrechamente con el *American Bar Association* (Asociación de Abogados Norteamericanos) en programas conjuntos (ver www.ali.org). (Último acceso: 2 de marzo de 2010).
 93. Particularmente el artículo segundo que trata de la compraventa, tomándose como modelos la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios de Derecho Contractual de UNIDROIT, los INCOTERMS y otras fuentes internacionales (Ver artículo de A. ROSSET, “UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven”, en www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1997-3.htm). (Último acceso: 2 de marzo de 2010). Cabe apuntar que el UCC no tiene el nivel de abstracción y generalización típico en códigos del sistema de derecho civil, A. T. VON MEHREN, *The U.S. Legal System: Between the Common Law and Civil Law Legal Traditions*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, Conferenze e Seminari, 40, Roma, 2000, p. 10.
 94. M. GRAZIADEI (nota 34), p. 459.

IV. Aproximación jurídico-cultural

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

95. W. VAN GERVEN, “Comparative Law in a European regionally integrated context”, en: A. HARDING / E. ÖRÜCÜ (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, London y otras, Kluwer Law International, 2002, pp. 176-177. Resulta famosa una polémica histórica hacia comienzos del siglo XIX entre SAVIGNY y THIBAUT. Este último abogaba fervientemente por la codificación del derecho, en tanto que SAVIGNY se inclinaba a que el derecho fuera desarrollándose consuetudinariamente, con fuerte apoyo de la doctrina, a fin de evitar su estancamiento y permitir su evolución histórica. Pues bien, LANDÖ llama Savignys a los que encaran en Europa la labor de homogeneización *bottom-up* (debates en universidades, publicación de libros, etcétera, hasta introducirse sigilosamente en la mente de los europeos) y Thibauts a los que enfocan la cuestión de arriba para abajo (*up-down*). Al haber impulsado los PECL, LANDÖ se considera un Thibaut, no obstante lo cual propugna el espíritu y los métodos de un Savigny (O. LANDÖ, “The Principles of European Contract Law and American Legal Thinking”, en *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002, pp. 748-749). BUSSANI, por su parte, entiende que la dicotomía Savigny-Thibaut no tiene mayor sentido (M. BUSSANI, “Current Trends in European Comparative Law: The Common Core Approach”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, Summer, 21 Hastings Int’l & Comp. L. Rev. 785, 1998, p. 11).

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

El libro de KÖTZ representa –según ZIMMERMANN– un original paso más allá que el de los *casebooks*, al no presentar meramente el derecho contractual tal cual se encuentra formulado en diferentes partes de Europa sino, en vez, proveer un amplio e integrado recuento adoptando hacia un ideal (*vantage point*) situado más allá o por encima de sistemas jurídicos nacionales. Así el derecho privado europeo descrito por KÖTZ no se encuentra en vigor (“*in force*”) en ningún lugar y no es “aplicado” como tal por ningún tribunal de Europa: su realidad es virtual antes que actual. Sin embargo, la obra establece un marco intelectual para discutir, desarrollar y enseñar el derecho europeo⁹⁷.

A modo de resumen, SCHWENZER hace notar la existencia hoy día de dos enfoques en Europa con respecto a la búsqueda del fondo común (“*common core*”). Uno, al que califica como “clásico”, no consiste más en reportes relativos al derecho en los distintos países sino en el tratamiento funcional de problemas prácticos. Se incluye aquí a libros como el de KÖTZ sobre derecho contractual europeo de 1996, de VON BAR en 1996 y 1999 sobre responsabilidad civil y de SCHLECHTRIEM de 2000 y 2001 sobre enriquecimiento sin causa. El otro enfoque es el de la búsqueda de un “*ius commune*” o derecho común para Europa, impulsado originalmente por Heinrich MITTEIS en 1947 y a partir de 1990 por ZIMMERMANN, valiéndose de perspectivas históricas y comparativas, con gran orientación práctica⁹⁸. Desde 1980 hasta hoy se vienen registrando

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

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

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

diversos emprendimientos en este sentido, que van desde un anteproyecto de Código de Contratos, a *Restatements* parecidos a los Principios de UNIDROIT y proyectos más recientes.

Otros esfuerzos, ya de orden “mundial” que coadyuvan a la aproximación cultural constituyen las bases de datos que contienen pronunciamientos judiciales y arbitrales de distintos puntos recónditos del orbe. Para coadyuvar en la interpretación uniforme de sus textos, UNCITRAL ha establecido un sistema de reporte de los fallos basados en aquellos, bajo la denominación abreviada con las siglas “CLOUT”, la cual puede ser accedida en versión impresa o a través de internet⁹⁹. Algo parecido ocurre con UNIDROIT y la base de datos asociada, conocida como UNILEX¹⁰⁰. Merecen también mención aquí otras bases de datos con valiosa información, como la de la Universidad de Pace en los Estados Unidos, relativa a la Convención de Viena, conteniendo un sinnúmero de fallos judiciales, laudos arbitrales, doctrina, y otros documentos relativos a la misma¹⁰¹; y la de la Unviuersidad de Colonia, en Alemania, a través de su *Center for Transnational Law* (CENTRAL) y su método de “*creeping codification*” del nuevo derecho mercantil transnacional. A dicho efecto, se elaboró una lista abierta de principios sobre la *lex mercatoria*, que se mantiene fácilmente accesible a través de Internet, con lo que se logra una constante actualización, confiriendo flexibilidad a esta forma de “codificación” y evitando estancamientos en el desarrollo de la misma. Cada principio y cada regla traen consigo las referencias de sus fuentes, cuyo texto completo se vuelve así asequible¹⁰². A semejanza de lo que ocurre con los Principios de UNIDROIT y otros instrumen-

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

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

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

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

tos análogos, los textos encontrados en CENTRAL, pueden ser utilizados con diversos propósitos, ya sea como inspiración a las partes en sus contratos o a los jueces o árbitros que deban juzgarlos, ya sea como inspiración a legisladores, etcétera.

No menor ha sido el aporte de iniciativas como las resultantes en las “resoluciones” del Instituto de Derecho Internacional, calificado por DEZALAY y GARTH como la más prestigiosa organización de académicos de derecho internacional¹⁰³. Fundado en 1873 en Gante, Bélgica, como asociación privada, sus credenciales científicas, la calidad de sus trabajos y su independencia coadyuvan al mejor entendimiento y al progreso del derecho internacional, tanto público como privado. Ello a través de estudios de sus comisiones científicas que, en su caso, son adoptadas como resoluciones del instituto¹⁰⁴.

Last but not least, se encuentran las iniciativas de los “Moots” o simulacros de arbitrajes que se desarrollan en distintas áreas, tanto del derecho internacional público (resalta aquí el *Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition*¹⁰⁵) como privado, tal cual ocurre con iniciativas como la del Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, que se desarrolla cada año en Viena y en Hong Kong¹⁰⁶, el Moot de Madrid¹⁰⁷ (extendido a Latinoamérica a través del Pre-Moot de Asunción) y la competencia que organizan la Universidad de Buenos Aires y del Rosario de Bogotá, en conjunto¹⁰⁸.

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

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

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

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

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

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

V. Un errático “conflictualismo nacionalista”

En la disciplina conocida como Derecho internacional privado, queda patente, una vez más, el fracaso del “nominalismo legalista” o positivismo estatista de filiación decimonónica. En una arraigada concepción cerrada o particularista se trata más bien –se ha dicho– de un “Derecho privado internacional”¹⁰⁹, es decir, “nacionalizado” en lugar de universal, razón por la cual a los especialistas de la disciplina se les llama muchas veces, despectivamente, “conflictualistas” antes que “internacionalistas”¹¹⁰ que, en vez de buscar soluciones idóneas para un caso multiestatal se obsesionan por localizarlo en una jurisdicción determinada¹¹¹.

Las dificultades, particularmente en materia de contratación internacional, son patentes.

Muchos sistemas nacionales no están preparados para transacciones internacionales.

Por ejemplo, el rechazo del comprador de aceptar bienes es mucho más serio en una venta internacional, y aunque el comprador estuviera en su derecho al efectuar el repudio, ciertas obligaciones como de conservación o reventa de la mercadería pueden serle impuestas. Debe considerarse que, comúnmente, las transacciones transfronterizas tienen factores particulares como el de la distancia entre comprador y vendedor, ciertos requerimientos como licencias para importar y exportar que dependen de las autoridades, o prohibiciones, transferencias de moneda, y un sinfín de eventualidades¹¹²; además de las soluciones di-

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

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

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

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

símiles que pudieran existir entre las leyes nacionales en cuanto a formación, interpretación, cláusulas de exención, incumplimiento y exoneración¹¹³.

No solo eso, las propias normas “indirectas o de conflicto” contenidas en los distintos sistemas jurídicos locales suelen resultar dispares. Todo ello deja a las partes bajo la incertidumbre desde qué derecho se aplica al contrato hasta cuál foro será competente para juzgarlo; y aun allí, dependiendo de las reglas de conflicto del foro elegido, un mismo convenio puede muy bien estar sujeto al derecho de uno y otro Estado¹¹⁴. No debe perderse de vista que el problema del derecho aplicable no se presenta solo en los pocos casos que –en términos comparativos– van a litigio, sino en la celebración y el comienzo mismo de la ejecución de las obligaciones emergentes del contrato internacional. Desde el principio, las partes deben conocer el contenido y alcance del derecho que les regirá. De allí –expresa DERAINS– que no resulta exagerado decir que la ignorancia sobre el derecho aplicable al contrato no solo complica la solución de controversias, sino puede contribuir incluso a que aparezcan. Si las partes no saben cuál regla se aplica a su vinculación contractual, cada una de ellas, de buena fe, estará tentada a ejecutar el convenio conforme al derecho que conoce mejor (como, por ejemplo, el de su país), sin percibir que al hacerlo, está incumpliendo con sus obligaciones, dando pie, precisamente por ese hecho, al nacimiento de un conflicto. Por lo demás, una parte de mala fe puede tomar ventaja de cualquier incertidumbre relativa al derecho aplicable e intentar ceñirse al que mejor sirve sus propios intereses¹¹⁵.

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

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

115. Y. DERAINS, “The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration” en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Volume 6/ N° 1, 1995, p. 10.

Otro problema es que el conflictualismo clásico parte de una premisa irreal de que los tribunales locales se encuentran igualmente capacitados para aplicar el derecho doméstico y el internacional, en tanto que evidentemente solo la práctica, la jurisprudencia y doctrina propias caen bajo el manejo adecuado de juzgadores dentro de una jurisdicción¹¹⁶. Es conocida la investigación de RHEINSTEIN de los cuarenta fallos obrantes en un famoso libro de casos del Derecho internacional privado relativos al derecho aplicable: solo cuatro de ellos arribaron al resultado correcto, por razones incorrectas¹¹⁷.

Por lo demás –como lo destaca GLENN– contrariamente a cuanto se pensó, el sistema de conflicto de leyes, antes que traer estabilidad y efectividad, ha sido inestable e ineficaz. En muchas partes del mundo, como en Rusia, Indonesia, China o gran parte de Latinoamérica, es imposible emitir una opinión sobre el estado de un derecho nacional, o predecir cómo fallará un tribunal local. Algunos Códigos o leyes pueden ser tan viejos, o estar tan corregidos, que resulta imposible saber si uno se encuentra trabajando con un texto fiel. Así también, la corrupción de los sistemas judiciales constituye en muchos países la regla antes que la excepción, lo cual deja sin sentido la teoría decimonónica europea de que las diferencias entre leyes nacionales pueden ser resueltas a través del complicado y costoso sistema conflictualista de Derecho internacional privado¹¹⁸.

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

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

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

A lo que debe agregarse que el ciberespacio originado por la interconexión informática deja sin sustento posible cualquier concepción territorial o de aplicación de derechos domésticos, pues el derecho aquí no conoce fronteras¹¹⁹.

Por si lo dicho hasta aquí fuera poco, dentro del conflictualismo clásico hay nuevamente varias “escuelas”, con toda la incertidumbre que ello conlleva. Lo que sí queda claro es que –como bien lo destaca JUENGER– estas escuelas conflictualistas, en todas sus vertientes, recompensan a quienes buscan un foro de su conveniencia (*forum shoppers*), pues la decisión sobre disputas internacionales se produce acorde con las reglas del foro donde se litiga¹²⁰, lo cual frustra la búsqueda de la comunidad internacional de certeza y predecibilidad para sus transacciones¹²¹.

Por lo demás, de manera frecuente los juzgadores, solapadamente, obvian entrar en el laberinto de la llamada “justicia conflictual” para

-
119. F. K. JUENGER, “The Lex Mercatoria and Private International Law”, *Louisiana Law Review*, Summer, 2000 (60 La. L. Rev. 1133), p. 1141. Lo que antes fue excepción –dice LESSIG– ahora es regla. El comportamiento era alguna vez gobernado ordinariamente dentro de una jurisdicción o de dos jurisdicciones en coordinación. Ahora estará sistemáticamente gobernado dentro de múltiples jurisdicciones no coordinadas (L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Editorial Basic Books, 1999, p. 192).
 120. F. K. JUENGER (nota 119), p. 1138. No menor es el problema conexo que se presenta con el orden público y nociones relacionadas. La problemática del orden público la hemos abordado en diversos artículos. Ver, por ejemplo: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Orden Público y Arbitraje”, *Revista Electrónica Lima Arbitration*, 2007 (http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf) (Último acceso: 2 de marzo de 2010), incluido también en la *Revista Foro de Derecho Mercantil*, N° 20, Bogotá, 2008 y en la obra J. Oviedo Albán (coord.), *Derecho Comercial en el Siglo XXI*, Bogotá, Editorial Temis, Universidad de la Sabana, 2008.
 121. ZEKOLL rescata dos mensajes centrales de la crítica de JUENGER al multilateralismo: al no haber reglas de conflicto universales, no hay armonía decisoria; y el abstracto y avalorativo sistema multilateralista no solo no tiene resultados uniformes sino coarta la justicia individual (J. ZEKOLL, “A Review of Choice of Law and Multistate Justice”, en *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001, p. 12).

arribar, por otros medios argumentativos, a soluciones calificadas como de “justicia substantiva” o “material”. Ocurre que supuestamente a través del conflictualismo se distribuye de manera justa el poder de los sistemas jurídicos para gobernar las vinculaciones transfronterizas, encontrándose en el interés de la seguridad jurídica y del comercio internacional que los juzgadores traten las distintas normas del mundo de igual manera. Pero, frecuentemente, los juzgadores no siguen esta ortodoxia: pretenden que siguen las normas establecidas, pero de hecho no lo hacen, sino buscan la justicia para el caso individual, lo que se considera más importante que la observancia de abstractas reglas conflictualistas. Se utilizan técnicas encubiertas para llegar al resultado que el tribunal desea, y esto afecta la certeza que supuestamente el conflictualismo debería proveer¹²². De allí que en este dilema entre justicia conflictual (*conflicts justice*) y justicia material o substantiva (*material justice*)¹²³, los juzgadores suelen recurrir frecuentemente a lo que los anglosajones denominan “*escape devices*”, o mecanismos de escape de la rigidez conflictualista, manipulándose a dicho fin, distorsionándolas, nociones como calificación, reenvío, orden público internacional, fraude a la ley y otros¹²⁴. Recientemente incluso, los derechos humanos

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

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

124. La opción del juez por otras alternativas a las soluciones conflictualistas clásicas es la línea de las normas narrativas de JAYME, de la doctrina de las cláusulas de excepción y la teoría alemana *Zweistufentheorie*, que toma en cuenta la regulación establecida en un ordenamiento no reclamado por la norma de atribución, pero sí estrechamen-



han sido invocados para “limitar” lo que los Estados pueden hacer en materia de Derecho internacional privado, y marcó todo un hito en este sentido la famosa decisión de la Corte Constitucional alemana en 1971, seguida por otras, como la italiana de 1987¹²⁵.

Hace unos años, un informe conjunto de la Comisión Europea y del Grupo de Trabajo formado para elaborar un Código Civil europeo, conformado por eximios juristas del continente, ha encontrado numerosos problemas con el conflictualismo, tales como lidiar con distintos idiomas, la dificultad de establecer el alcance de leyes extranjeras, la existencia de precedentes jurisprudenciales no claros o contradictorios, así como la onerosidad de obtener información sobre el derecho extranjero y el tiempo que ello insume¹²⁶. En el *common law* los jueces son más pragmáticos, pues, frecuentemente, recurren a testigos, expertos en sus respectivos sistemas foráneos, para que los convenzan y, si la

→ te vinculado con el asunto, al objetivo de adaptar la solución conflictual legislativamente prevista a los propios objetivos de justicia del foro (J. M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997, p. 88).

125. Además de la propia Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, que invocó a ese efecto repetidamente el tratado de la Unión, especialmente las cuatro libertades (movimiento de bienes, personas, servicios y capital) y el principio de no discriminación. Así, la regla tradicional prevaleciente por mucho tiempo en países europeos, de que las corporaciones se encuentran sujetas a lugar de su asiento, no puede ser invocada para denegar a un emprendimiento incorporado en otro estado miembro a establecerse y ser reconocido como tal en otro (*Centros v Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Caso C-212/97, (1999) ECR-I, 1459). Al menos en una ocasión la Corte se basó también en la Convención Europea de Derechos Humanos, como cuando dijo que el alcance de la excepción de orden público al deber de reconocer los juzgamientos civiles de otros estados miembros debe ser interpretado conforme a la referida convención (*Krombach v Bamberski*, Caso C-7/98, (2000) ECR I-1935). También en Francia se ha invocado dicha convención para denegar juzgamientos foráneos que la violaran (ver M. REIMANN, “Comparative Law and Private International Law”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, pp. 1392-1393).

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

evidencia se presenta insuficiente, los tribunales se inclinarán a aplicar el derecho de su foro¹²⁷. El informe concluye que en el sistema conflictualista europeo hay un amplio margen para que las empresas sean tomadas de sorpresa, simplemente porque las reglas son complejas y no siempre pueden resultar rigurosamente aplicadas en la práctica¹²⁸.

En suma, nacionalizar vinculaciones internacionales, o “intentar hacer cuadrado un círculo”, según una célebre frase, resulta algo altamente indeseable en un sinnúmero de situaciones, lo que forzó a que la doctrina intentara, infructuosamente, encontrar luz entre tanta sombra, en una rama, caracterizada por VISHNER, como “la más debatida del derecho”, en la que no hay acuerdos básicos sobre sus principios, métodos y objetivos¹²⁹. El fracaso teórico de la disciplina queda patentizado en expresiones como la de NIBOYET, que califica al conflictualismo como un juego mental con infinitas complicaciones, en tanto que según BUCHOLZ se trata de un campo minado en un laberinto, construido por profesores borrachos en teorías¹³⁰, o –en palabras del Decano PROSSER– estamos frente a “profesores excéntricos que teorizan sobre cuestiones misteriosas en un extraño e incomprensible idioma”, y complican una materia de por sí compleja, inyectando a la discusión su propia nomenclatura¹³¹.

Ante tanta frustración, SYMEONIDES habla hoy de una pérdida de inocencia en el Derecho internacional privado en la segunda mitad del siglo XX¹³². Dicho fracaso lleva a cultores ortodoxos de la disciplina a

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

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

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

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

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

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

recurrir actualmente a un “pluralismo metodológico”, que “porque explica todo no explica nada” (“*because it explains everything, it explains nothing*”), agregando más confusión¹³³. Enfrentado este panorama desolador, y específicamente con relación a la contratación internacional, decía DAVID en su “*Rapport General*” de 1977 para el Instituto UNIDROIT que “la manera en la cual el comercio internacional se regula actualmente, luego de la nacionalización del Derecho a partir del siglo XIX, es lo más insatisfactoriamente posible; lastima la razón y es una vergüenza para los juristas”¹³⁴.

VI. Hacia una nueva “*lex mercatoria*” universal

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

La salida... un retorno al universalismo. Martin WOLFF lo había dicho ya claramente –desde una perspectiva visionaria– hace varias décadas: Un sistema de iusprivatista internacional que descuidara una visión supranacional sería contrario a la justicia¹³⁶.

Pues bien, en materia de contratación transfronteriza, el nuevo Derecho internacional privado reconoce cada vez más una *lex mercato-*

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

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

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

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

ria¹³⁷ universal –como lo fue en el Medioevo–, sobre todo a partir de los años sesenta en que Berthold GOLDMAN y otros juristas franceses proveyeron una base teórica al fenómeno registrado en el comercio internacional del respeto a la palabra empeñada y a los usos, costumbres y principios cosmopolitas, incluso muchas veces por encima de particularismos locales¹³⁸. Ello, en coincidencia con la propagación del recono-

-
137. La terminología alusiva a la nueva *lex mercatoria* es caótica. En las primeras décadas del siglo XX LAMBERT utilizaba la expresión “derecho corporativo internacional” (*droit corporatif international*). JESSUP en su obra *Transnational Law* de 1956, parece haber sido el primero en poner en circulación esta expresión, con la que se pretende superar la división tradicional entre el aspecto público y privado de las relaciones internacionales (ver F. RIGAU, *Derecho Internacional Privado*, Parte General, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1985, p. 81). Modernamente la utilizan autores como GOODE (R. GOODE, “Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law”, *46 ICLQ* 1, 1997, p. 2), Muir WATT (H. MUIR WATT, “New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help?”, en M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, p. 277), LOUSSOUARN, BORUEL y VAREILLES SOMMIÈRES –quienes también aluden a un “orden superior” (P. BOUREL / Y. LOUSSOUARN / P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8e édition, Éditions Dalloz, 2004, p. 3), entre varios otros. También se habla de un “derecho a-nacional”, término atribuido a FOUCHARD (L. J. MUSTILL (nota 38), p. 151, nota al pie), en tanto que los Principios de UNIDROIT de derecho contractual utilizan la palabra “supranacional”. También puede verse en BERMAN la utilización de la expresión “world law” (derecho mundial) (H. J. BERMAN: “Is Conflict-of-Laws Becoming Passe?, An Historical Response”, *Emory University School of Law, Public Law & Legal Research Paper Series, Research Paper N° 05-42*, <http://papers.ssrn.com/abstract=870455>) (Último acceso: 2 de marzo de 2010). ILLESCAS y PERALES VISCASILLAS, por su parte, en vez de utilizar expresiones como *lex mercatoria*, Derecho mercantil internacional, Derecho comercial internacional o Derecho del comercio internacional, se inclinan por adoptar –por considerarla más adecuada– la terminología de Derecho uniforme del comercio internacional (R. ILLESCAS ORTIZ / P. PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2003, pp. 28 y ss.). Actualmente se encuentran muy en boga las expresiones en inglés *soft law*, o derecho de génesis no-estatal, y su contrapartida *hard law*, que sí tiene dicho origen.
138. Como lo expresa OVIEDO ALBÁN, “el derecho comercial está asistiendo a una nueva etapa en su desarrollo que lo lleva más cerca de lo que fue en sus orígenes: un derecho que se nutre de los usos y prácticas de los comerciantes, que se depura en el laboratorio del comercio y que no conoce fronteras” (J. OVIEDO ALBÁN (nota 48), p. 69).

cimiento, la consolidación y la propagación a lo ancho del orbe de la autonomía de la voluntad¹³⁹, que en materia de transacciones transfronterizas se relaciona con facultad de elegir el derecho aplicable y el juzgador que entenderá el caso, a cuyo respecto cobra cada vez más preponderancia el arbitraje.

Como lo destaca FERNÁNDEZ ARROYO, el avance del principio de la libertad contractual o autonomía de la voluntad, a expensas del de soberanía otrora imperante, es característica de tendencias recientes en el Derecho internacional privado y promete una profundización en los años venideros¹⁴⁰. De hecho, con el reconocimiento de la autonomía de

-
139. El principio de la autonomía de la voluntad en materia internacional se propaga por Europa durante los siglos XVII y XVIII, y sobre todo con el liberalismo del siglo XIX, con apoyo de doctrinas como las de HUBER, VOET, FOELIX, SAVIGNY, MANCINI y STORY, a lo cual vino a sumarse su consagración en la jurisprudencia francesa de 1840 a 1874. El proceso queda consolidado en Francia con el fallo de la máxima instancia judicial –Tribunal de Casación– del 5 de diciembre de 1910, en el asunto *American Trading Company contra Québec Steamship Company Limited*. En Alemania, si bien no fue previsto en la Ley de Introducción al Código Civil de 1896, el principio ha sido aceptado jurisprudencialmente, y hoy en día también en doctrina. En Italia, la autonomía de la voluntad ya había sido recogida en el Código Civil de 1865, y hace lo propio, actualmente, el Código Civil de 1942, en su artículo 25 relativo a disposiciones preliminares. Asimismo, lo hacen el artículo 6:248 del Código Civil Holandés y la Sección 859 del Código Civil austríaco. En el derecho inglés también ha sido admitida durante mucho tiempo por los tribunales la libertad de las partes de elegir la ley que regirá el contrato (*proper law of the contract*) (R. H. GRAVESON (nota 3), p. 289. Al otro lado del Atlántico, el principio de la autonomía de la voluntad (*party autonomy*) lo terminó consagrando definitivamente el segundo *Restatement* norteamericano de 1971, en su sección 187. Casos emblemáticos reafirmaron el principio en los Estados Unidos (*Bremen v. Zapata* (1972) y *Scherk v. Alberto Culver Co.* (1974). También lo ha consagrado el Tribunal Internacional de Justicia Permanente, ya en el año 1929, en un conocido asunto relativo a préstamos del Brasil. La autonomía de la voluntad ha sido recibida, además, en importantes tratados, y –como lo resalta JAYME– el principio de la libertad individual se encuentra reconocido por diversas cartas y declaraciones que enuncian derechos fundamentales del hombre, como el artículo 29, párrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que alude al libre y pleno desarrollo de la voluntad (ver E. JAYME, “Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne”, *Cours général de droit international privé, Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1995*, IV, Tome 251 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 147).
140. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba, Editorial Advocatus, 1998, p. 92.

la voluntad desaparece, en la gran mayoría de los casos, la incertidumbre que, en su defecto, existiría sobre la aplicación de reglas estatales según el sistema conflictualista, pues regirán las normas establecidas, referidas o incorporadas por las partes. Así, quienes están envueltos en actividades de comercio exterior desarrollan sus propias reglas, manifestadas, muchas veces, en cláusulas estándares que incorporan a sus acuerdos. Los contratantes, además, buscan asegurarse que dichas estipulaciones serán respetadas, para lo cual recurren masivamente a sistemas de resolución de conflictos sustraídos de la órbita estatal, como el arbitraje¹⁴¹. Ya lo señalaba hace varias décadas GUTTERIDGE, que el boicot a los tribunales, que se hace al recurrirse a los arbitrajes, es el resultado a una inclinación marcada de no correr el riesgo de quedar envueltos en reglas de conflicto tan complicadas que los mercaderes ni sus asesores puedan prever sus efectos. El derecho que prevalecerá ante juzgadores ordinarios puede últimamente estar determinado por un evento puramente fortuito o relativamente trivial, como ocurrió en el famoso caso *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co.*¹⁴²

VII. Arbitraje y universalismo

En el ámbito transfronterizo, los contratantes se encuentran comúnmente ante la opción de someter sus eventuales conflictos a un tribunal “nacional” o a un arbitraje “internacional”. En el primer caso

-
141. Aunque no de manera exclusiva. Como lo señala LOWENFELD, el debate sobre *lex mercatoria* no debe concentrarse exclusivamente en el arbitraje, pues la cuestión también se plantea con respecto a los fallos judiciales (A. F. LOWENFELD, “Lex Mercatoria: An Arbitrator’s View”, Special Supplement, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2002, p. 74). En UNILEX figuran al menos 70 casos de tribunales de Australia, Bélgica, China, Francia, India, Italia, Holanda, Estados Unidos, Reino Unido, Venezuela, Suiza, España, etcétera (www.unilex.info) (Último acceso: 2 de marzo de 2010).
142. H. C. GUTTERIDGE, *Comparative Law, An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Second Edition, Cambridge University Press, 1949, p. 53.

se presenta el riesgo de tener que litigar en otro país ante juzgadores que probablemente manejarán criterios “nacionales”, desconociendo la problemática del quehacer mercantil transfronterizo. Por lo demás, la parte foránea deberá recurrir a los servicios de abogados de esa jurisdicción, muchas veces desconocidos o al menos no de su confianza, y el proceso puede resultar conducido en un lenguaje que quizás no sea el del contrato, con las consecuentes complicaciones de que los documentos básicos de la contienda deberán ser traducidos, lo que implica costos y retrasos, más la posibilidad generada por malos entendimientos¹⁴³. En contrapartida, el arbitraje provee un método barato y eficiente para resolver disputas internacionales sin muchas de estas complicaciones, normalmente en sitios y ante árbitros neutrales y competentes en cuestiones técnicas del comercio exterior, por lo general –además– con habilidades en el manejo de distintos idiomas¹⁴⁴. También suele ser “neutral” el derecho aplicable en los arbitrajes, con una tendencia a sustraerse de localismos y arcaicas fórmulas de Derecho internacional privado conflictualistas, apuntándose, en vez, a soluciones universales o transnacionales¹⁴⁵.

No resulta, pues, de extrañar, que se presente en el arbitraje lo que OPETITIT denomina como el fenómeno de la “aculturación jurídica”: los árbitros se ven obligados a realizar un esfuerzo de integración que re-

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

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

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

cuerda la simbiosis de los derechos “sabios” en la Edad Media, como lo eran el canónico y el romano, descartándose en aquel entonces el derecho feudal y la costumbre local¹⁴⁶, en exclusión análoga a la de hoy día con respecto a los localismos.

Ello, diría un novato, implicaría dar una carta blanca (*carte blanche*) con la que el juzgador tendría una fácil tarea por delante (*easy ride*), al no tener que entrar en mayores profundizaciones, lo cual –expresa BLESSING– está absolutamente equivocado. Ocurre en estos casos exactamente lo contrario: el juzgador debe extremar esfuerzos en cotejar las distintas posibilidades existentes ante la problemática del caso que se le presente, y optar por alternativas que fundadamente puedan resultar aceptables conforme a parámetros manejados internacionalmente¹⁴⁷, extremando esfuerzos en su argumentación. A dicho efecto, como bien lo afirma Lord Goff DE CHIEVELEY: “Es mejor tener un festival de fuentes en contraste, con ebullición de ideas, que un simple paquete higiénico, envuelto en polietileno”¹⁴⁸.

-
146. B. OPPETT, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Bogotá, Legis Editores, 2006, pp. 278-279, nota al pie.
147. M. BLESSING, “Choice of Substantive Law in International Arbitration”, *Journal of International Commercial Arbitration*, Vol. 14, N° 2, (Kluwer CD), June, 1997, p. 7.
148. Citado por J. M. SMITS, “The Europeanisation of National Legal Systems”, en M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, p. 239). No es muy distinto lo que ocurría en la Edad Media con las transacciones mercantiles. La caracterizaba, en primer lugar, su universalismo, por tratarse de reglas consuetudinarias que trascendían fronteras, sobre todo debido al intercambio marítimo de los últimos tiempos del medioevo. Segundo, la distinguía su mecanismo particular de resolución de conflictos, consistente en juzgamientos por tribunales especiales, usualmente integrados por comerciantes, reconociéndose la libertad contractual y la supresión de tecnicismos jurídicos y la potestad de decidir “*ex aequo et bono*”. Por último, merece también particular mención la progresiva estandarización en su utilización escrita, sobre todo por la actividad de los Notarios Públicos (ver C. M. SCHMITTHOFF, “International Business Law: A New Law Merchant”, en C.-J. CHENG (ed.), *II Current Law and Social Problems*, 129 (1961), Clive M. Schmitthoff’s Selected Essays on International Trade Law, p. 23). Cuando COLBERT, propulsor de las célebres ordenanzas francesas que precedieron a la codificación en la Francia del siglo XIX preguntó a VOLTAIRE cómo debería ser promociona-

→

Ahora bien, un hito para la consolidación del arbitraje internacional –y el universalismo consecuente– lo marca la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, propiciada por las Naciones Unidas y hoy día ratificada por más de ciento cincuenta países. Calificada por Lord MUSTILL como “la más efectiva instancia de legislación en la historia del Derecho comercial”¹⁴⁹, por GOODE como “*astonishingly succesful*”¹⁵⁰ y por WETTER como el “pilar en el cual descansa el edificio del arbitraje internacional”¹⁵¹, la Convención de Nueva York prevé condiciones uniformes para la ejecución de los laudos arbitrales en los países adherentes, amén de confirmar el criterio de que las partes se rigen por el derecho que elijan. Si hoy día resulta mucho más fácil ejecutar un laudo extranjero que un juzgamiento foráneo¹⁵², ello debe atribuirse, fundamentalmente, a las virtudes de la

→ do el comercio internacional por la legislación estatal, los comerciantes respondieron con la célebre frase de “*laissez faire et laissez passer*”. Sin embargo, a partir del siglo XIX, se produce la nacionalización de la *lex mercatoria*, expresándose en Códigos de Comercio “nacionales”, lo que llevó al peculiar desarrollo del Derecho internacional privado “conflictualista”, con todos sus problemas ya resaltados.

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

150. R. GOODE, “The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration”, *Arbitration International*, Vol. 17, N° 1, 2001, p. 22.

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

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

Convención de Nueva York¹⁵³. De hecho, es difícil encontrar en casos publicados “horror stories” de no ejecución de laudos¹⁵⁴, a los que VAN DEN BERG califica como “unfortunate few”¹⁵⁵ –los resultados de una investigación indican que solo en alrededor de un diez por ciento de los casos se deniega ejecución¹⁵⁶–.

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

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

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

155. Ver G. KAUFMAN-KOHLER, “Enforcement of Awards – A Few Introductory Thoughts”, en *ICCA Congress series* N° 12, 2005, pp. 287-290.

156. A. J. VAN DEN BERG, “Why Are Some Awards Not Enforceable”, en *ICCA Congress series* N° 12, 2005, p. 291.

Al éxito de este texto convencional debe sumarse el *aggiornamento* en los derechos internos, más aún luego que UNCITRAL aprobara en 1985 una “ley modelo”¹⁵⁷, que ha inspirado reformas normativas por doquier, para volver más propicios los sistemas nacionales a las peculiaridades del arbitraje. Esta ley no solo tiene como uno de sus pilares el principio de la autonomía de la voluntad¹⁵⁸, sino también habilita a que las disputas sean resueltas de acuerdo a principios y criterios transnacionales, cuando las partes así lo hayan decidido¹⁵⁹. Incluso ante el silencio de las mismas, si bien en principio la Ley Modelo se atiene a

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

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

159. El comentario de UNCITRAL al artículo 28 (1) de la Ley Modelo expresa que la referida disposición es importante por dos razones. En primer lugar, atribuye a las partes la facultad de elegir el derecho sustantivo aplicable, lo que es importante dado que varias leyes nacionales no reconocen clara o plenamente esa facultad. Además, al hacer referencia a la elección de las “normas de derecho” y no a la “ley”, la Ley Modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, por cuanto aquellas pueden, por ejemplo, elegir de común acuerdo normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional. A su vez, se expresa en los Principios Europeos de Derecho contractual, que la expresión “normas de derecho” del art. 28(1) de la Ley Modelo supone que las partes pueden escoger la *lex mercatoria* para regir su contrato (Notas, art. 1:101 PECL, comentario 3, a). Por su parte, observa GRIGERA que en materia de Derecho internacional privado el término “derecho” para referirse al régimen jurídico aplicable al fondo de la controversia en materia de arbitraje internacional se entiende que excluye normas, principios o reglas de fuente anacional o internacional general, y se limita tan solo a los derechos nacionales o convenciones internacionales ratificadas por los Estados cuyas condiciones de aplicación se encuentren reunidas en el caso concreto (H. A. GRIGERA NAÓN, “El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR: un Análisis Crítico”, en *Revista Brasileira de Arbitragem*, Coedición de Síntese y el Comité Brasileño de Arbitragem, N° 1, jul/out 2003, p. 24).

criterios más tradicionales o “conflictualistas”¹⁶⁰, autoridades del mundo arbitral entienden que debe darse una interpretación extensiva a estos cuerpos normativos¹⁶¹. Y aunque así no fuera, la Ley Modelo contiene una importante disposición de que “en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”¹⁶². Como bien lo señala DALHUISEN, la aplicación de este precepto no depende de la voluntad de las partes, y tiene prelación sobre cuanto determinen las reglas de conflicto, en su caso, lo cual da pie en cierto sentido a la *lex mercatoria* o el derecho transnacional, al menos en lo que respecta a la aplicación de los principios fundamentales al caso en particular que se presente¹⁶³.

En la misma línea, muestran una amplia apertura hacia el derecho transnacional los reglamentos de las principales instituciones arbitrales del mundo¹⁶⁴. Este constituye un dato no menor, si se considera la

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

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

162. Artículo 28, inciso 4).

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

164. Como el de la Cámara de Comercio Internacional, la *American Arbitration Association*



uniformidad existente entre estos instrumentos normativos¹⁶⁵, guiados, en cierta parte, por los conceptos y las reglas elaboradas bajo los auspicios de UNCITRAL¹⁶⁶, con el efecto homogeneizador consecuente impactando, también aquí, de manera favorable al universalismo.

A todo lo anterior debemos sumar el imponente desarrollo casuístico, sobre todo en las últimas décadas en que, además, los laudos arbitrales comenzaron a ser publicados y –por ende– difundidos internacionalmente¹⁶⁷. La Cámara de Comercio Internacional, por ejemplo, difunde sus laudos desde 1974 en el “*Journal du droit international*”, los que, a partir de entonces, también aparecen en otras publicaciones. Estos laudos, por su parte, citan o se apoyan en muchos casos en otros anteriores.

A su vez, los laudos arbitrales han sido sistematizados por la doctrina, a cuyo respecto, claramente, Francia ha estado a la vanguardia, al punto de que se ha llegado a calificar a la *lex mercatoria* como “un fantasma creado por profesores de La Sorbona”¹⁶⁸. Esa doctrina, nueva-

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

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

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

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

168. Debido al influjo de la doctrina francesa, algunos críticos han llegado a afirmar que se está ante un “fantasma creado por profesores de la Sorbona” (ver G. TEUBNER, “Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems”, en *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 149), p. 151). En general, ver J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Nueva Lex Mercatoria: Fantasma creado por profesores de La Sorbona?”, en *Foro de Derecho Mercantil, Revista Internacional*, N° 1, Bogotá,

→

mente, recibió espaldarazos importantes de los más altos tribunales de diversas jurisdicciones claves para el desarrollo del comercio internacional.

En la propia Francia, por ejemplo, tribunales superiores se han expedido en numerosos casos en esta dirección. Así, en *Fougerolle c. Banque de Proche Orient* de 1981, la Corte de Casación no revirtió un laudo en que los árbitros decidieron que la disputa se resolvería según principios generalmente aplicables en el comercio internacional –o *lex mercatoria*–, incluso sin que las partes hubieran hecho mención a ello¹⁶⁹. En otro caso (*Pabalk Ticaret c. Ugilor/Norsolor*), quedó convalidada la decisión de los árbitros que, ante la dificultad de elegir entre dos derechos nacionales, optaron por recurrir a la *lex mercatoria*¹⁷⁰, sin que las partes contratantes se hubieran remitido, en su momento, ni a ella ni a *amiable composition*¹⁷¹. En 1989, la Corte de Apelaciones de París llegó a atribuir un carácter normativo¹⁷² al derecho transnacional (*Compañía Valenciana de Cementos Portland c. Société Primary Coal Inc.* 1989)¹⁷³, ex-

→ Editorial Legis, 2003). Ello en alusión a GOLDMAN y otros juristas franceses que instalaron el debate contemporáneo en torno al derecho transnacional así manifestado (ver, por ejemplo, B. GOLDMAN (nota 134).

169. A pesar de las dudas que plantea, el caso *Fougerolle* puede verse como un primer modesto paso a considerar la *lex mercatoria* como *lex fori* dentro del arbitraje internacional (F. DE LY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Netherlands, Elsevier Science Publishers B.V., 1992, pp. 255-256). Desde una posición crítica, refiere MUSTILL que, de las razones económicas dadas por la Corte no resulta claro si la decisión estaba fundada en la *lex mercatoria*, y puede no resultar seguro sacar muchas conclusiones al respecto (L. J. MUSTILL (nota 38), pp. 169-170).
170. En el caso *Norsolor*, la Corte acepta que la *lex mercatoria* consiste en reglas jurídicas que pueden ser aplicadas, aun si las partes no han autorizado al tribunal arbitral a actuar como *amiables compositeurs* (F. DE LY (nota 169), p. 257).
171. Ver referencia en O. LANDÓ, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", 34 *ICLQ* 747, 1985, p. 757.
172. Ver referencia, por ejemplo, en C. Esplugues (Coord.), *Contratación Internacional*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1994, pp. 62-63.
173. La Corte concluyó que la decisión arbitral estuvo correcta, puesto que la aplicación del derecho español, el de Nueva York o el inglés –que podrían también tener conexión con el caso– hubiera frustrado la tácita voluntad de las partes contratantes (caso CCI 5953, 1990) (F. DE LY (nota 169), p. 261).

presado en los principios y usos de comercio denominados *lex mercatoria*¹⁷⁴. En tanto que en 1991, la Corte de Casación decidió que un árbitro que aplique *lex mercatoria* o reglas transnacionales, en lugar de normas creadas por el Estado, decide conforme a derecho¹⁷⁵, lo que fue reafirmado en fallos ulteriores, como el de 1993, en que dicha Corte proclamó la autonomía de la cláusula compromisoria¹⁷⁶ sobre la base de una regla material del “derecho internacional del arbitraje” (*Dalico Contractors c. Comité de la Municipalité de Khoms El Mergeb*)¹⁷⁷. La misma línea fue seguida en los casos *Uni-Kod* (2004)¹⁷⁸ y *Némesis* (1ª Sala Civil, 2005)¹⁷⁹. Nuevamente, en 2007, en el caso *PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding* la Corte de Casación confirmó la existencia de un orden jurídico arbitral distinto de los sistemas normativos nacionales. Además, caracteri-

-
174. Como señala GAILLARD al referirse al caso, “si un árbitro puede, ante la ausencia de elección de ese derecho por las partes, preferir recurrir a una regla trasnacional antes que arriesgar, según los peligros de vinculación, este derecho, lo es en razón del carácter aislado de la regla francesa y no porque las reglas trasnacionales no “digan nada” sobre el tema (Ver E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Les Livres de Poche de L'Academie de Droit International de La Haye, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 89). En la ultima frase, “lo es en razón del carácter aislado de la regla francesa y no porque las reglas trasnacionales no “digan nada” sobre el tema” (GAILLARD cita a P. MAYER, “L'arbitre et la loi”, p. 236).
175. Y. DERAIS / E. A. SCHWARTZ, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, México, D.F., Oxford University Press, 2001, p. 268, nota al pie.
176. Es decir, que las discusiones sobre la validez del contrato principal no se extienden a la cláusula arbitral.
177. En esta contienda, una de las partes había alegado que el convenio arbitral era inválido por no cumplir con los formalismos exigidos por el derecho aplicable al contrato principal (en ese caso, el derecho libanés). La Corte resolvió que en virtud de regla material del Derecho internacional del arbitraje, la cláusula compromisoria es independiente jurídicamente del contrato principal que la contiene. Su existencia y eficacia se aprecian reservando la aplicación de reglas imperativas del derecho francés y del orden público conforme a la voluntad común de las partes, sin que sea necesario referirse a ningún derecho nacional (J. M. GARCÍA REPRESA, en J. M. García Represa / F. Mantilla-Serrano / A. Mourre / C. Núñez-Lagos (coords.), “Panorama de Jurisprudencia Francesa” (por el Capítulo Francés del Club Español del Arbitraje), *Revista del Club Español del Arbitraje* – 3/2008, p. 101.
178. Rechazando la aplicación del derecho ruso.
179. Efecto positivo del principio competencia-competencia.

zó el laudo arbitral como una decisión judicial internacional¹⁸⁰. Un tiempo antes, en el caso *Jules Verne et al. c. American Bureau of Shipping* (2006) el alto tribunal había reconocido, expresamente, virtualidad al “derecho a-nacional”¹⁸¹.

En Inglaterra, DALHUISEN hace notar una actitud judicial definitivamente favorable a la *lex mercatoria* a partir del caso *Eagle Star v. Yuval*, del año 1978¹⁸². Pero indudablemente, como “*landmark case*” se erige *Deutsche Schautbau-und Tiefbohrergesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd.* (1987). Allí, la Corte Inglesa de Apelaciones rechazó el argumento de que violaría el orden público la ejecución de un laudo que, sin invocar derechos nacionales, se encuentra basado en principios del derecho internacionalmente aceptados para las relaciones contractuales y, más en concreto, la práctica común en arbitrajes internacionales, particularmente en el campo de concesiones de hidrocarburos¹⁸³.

180. Es la primera vez en que se expide la Corte de Casación sobre este tema desde las famosas decisiones *Hilmarton*, mencionadas más abajo, y este caso tiene importancia por el marco teórico que brinda el tribunal a esta solución (ver P. PINSOLLE, “The Status of Vacated Awards in France: the Cour de Cassation Decision in Putrabali”, *Arbitration International*, volume 24, issue 2, 2008, pp. 277-278). Señala GAILLARD que allí donde la Corte de Apelación de París se contentaba con mostrar que la sentencia no estaba integrada al orden jurídico de la sede, la Corte de Casación va aun más lejos hasta afirmar que ella no está ligada a ningún orden jurídico estatal. Prosigue diciendo GAILLARD que “no podremos consagrar más claramente la existencia de un orden jurídico arbitral, al ser considerada la sentencia como una “decisión de justicia internacional” al mismo título que puede ser la decisión de una jurisdicción permanente creada por la comunidad internacional” (ver E. GAILLARD (nota 174), pp. 96-97).

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

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

183. ILA *Interim Report* (2000), pp. 27-28. Se trataba de un acuerdo para la exploración de petróleo y gas hecho por el gobierno y una compañía del gobierno, de un lado; y del otro un consorcio de compañías registrado en varios países. El arbitraje, sometido a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, se llevó a cabo en Ginebra. El gobierno y la compañía de petróleo declinaron cumplir alegando que fueron inducidos por engaños (*misrepresentation*). La disputa fue sometida a arbitraje y el gobierno no participó del mismo. Los árbitros decidieron en los hechos sosteniendo que el engaño no quedó establecido y que no había otro argumento para declarar inválido



Otros tribunales superiores europeos también han admitido –o tolerado– la aplicación de la *lex mercatoria*. Ya hemos mencionado la decisión de la Corte Austríaca en *Norsolor* (1982). Además, existen pronunciamientos en ese sentido de la Corte de Casación Italiana (caso *Damiano*, 1982) y de la Corte Suprema de Suecia (*Götaverken Arendal AB v. Libyan General Maritime Transport Co*¹⁸⁴). Al otro lado del Atlántico, el camino quedó allanado en los Estados Unidos de América con el caso *The Bremen v. Zapata Offshore Co.*, de 1972¹⁸⁵, dictado en el marco de un

→ el acuerdo. En el laudo (CCI 3572) dijeron los árbitros que “la elección del derecho a ser aplicado al acuerdo es de pequeña significación, si alguna, bajo las circunstancias prevalecientes”. Pero, no obstante, expresaron una elección, presumiblemente porque se sintieron obligados según los términos de referencia, rechazando el derecho del país donde el acuerdo sería ejecutado, y sostuvieron que principios internacionalmente aceptados de derecho rigiendo las relaciones contractuales eran “*the proper law*”. De esto se asió la compañía para impugnar el fallo en Inglaterra. Se pretendió la no ejecución del laudo por resultar contrario al orden público, porque los principios aplicados por los árbitros eran inseguros en cuanto a su determinación. El planteo, está visto, no tuvo éxito. MUSTILL relativiza las circunstancias de este caso, por las particularidades del arbitraje llevado a cabo en Suiza, que no contradecían el orden público inglés (L. J. MUSTILL (nota 38), pp. 171-172). Este fallo llegó a manos de MUSTILL cuando estaba por enviar a imprenta su artículo (renuente hacia la *lex mercatoria*), y señaló que, no obstante lo anteriormente dicho, será bienvenido por mercatoristas (L. J. MUSTILL (nota 38), p. 171).

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

185. La Corte Suprema de Estados Unidos dio virtualidad a una cláusula de selección de foro entre una empresa alemana y otra norteamericana, requiriendo que su disputa sobre una operación en alta mar sea litigada en una corte inglesa. Sin preocuparse de cuestiones teóricas, como si la cláusula podría dejar de lado a tribunales federales o la jurisdicción marítima, o si la cláusula debería ser regida por leyes domésticas o foráneas, la Corte escribió –en palabras de BORCHERS– una magnífica decisión cosmopolita, basándose en el endoso mundial de la idea que las partes pueden elegir de antemano el foro y el derecho que las gobernará (P. J. BORCHERS, “The Triumph of Substance over Rules of Choice in International Commercial Transactions: From the *Lex Mercatoria* to Modern Standards”, en M. J. RAISCH / R. I. SHAFFER (eds.), *Introduction to Transnational Legal Transactions*, New York y otras, Oceana Publications Inc., 1995, p. 153).

litigio ante tribunales nacionales, en que la Corte Suprema profirió –en palabras de BORCHERS– una magnífica decisión cosmopolita, basándose en el endoso mundial de la idea que las partes pueden elegir de antemano el foro y el derecho que las gobernará¹⁸⁶. El golpe de gracia lo dio la misma Corte Suprema en 1985, ya en un caso sometido a arbitraje, en que se dejó sentado que el tribunal arbitral no se debía a normas de Estados en particular, y sí está obligado a dar virtualidad a la intención de las partes (*Mitsubishi Motor Corp. c. Soles Chrysler-Plymouth Inc.*)¹⁸⁷.

Pero la cosa no para allí. En paralelo a la resurrección en forma moderna de la *lex mercatoria* en el arbitraje, se propugna incluso la liberación del proceso arbitral y de su eventual laudo de los derechos nacionales¹⁸⁸, con lo que la contienda por esta vía debería ser capaz de “flotar” independientemente al país en que se conduce¹⁸⁹, producién-

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

187. 473 U.S. 614, 636 (1985). Ver A. T. VON MEHREN, “Arbitration Between Status an Foreign Enterprises. The Significance of the Institute of International Law’s Santiago de Compostela Resolution”, 5 *ICSID Rev. – Foreign Investment L.J.* 54, 1990, p. 60. Refieren DEZALAY y GARTH que este fallo alteró la relación entre tribunales, el gobierno federal y la regulación de la empresa privada establecida luego del *New Deal*, cambiando el escenario de resolución de disputas en los Estados (Y. DEZALAY / B. G. GARTH (nota 103), pp. 156-157). En este caso, un representante de automóviles (Soler) intentó evitar una cláusula de arbitraje en su contrato de distribución con la empresa transnacional Mitsubishi. La cláusula preveía el arbitraje en Japón sometido a las reglas y procedimiento de la *Japan Comercial Arbitration Association*. Soler se resistió al arbitraje sosteniendo que Mitsubishi había violado leyes federales de defensa de la competencia de los Estados Unidos y que esto debía ser juzgado ante tribunales ordinarios

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

189. READ cita a LALIVE para quien el arbitraje no debería ser considerado una “manifestación del poder del Estado” como la de los jueces. Los poderes del árbitro derivan del acuerdo privado de las partes antes que de la tolerancia del Estado en que se lleva a cabo. Muchas veces los árbitros seleccionan un foro de arbitraje basados en consideraciones de conveniencia y neutralidad, a pesar de que ninguna tiene residencia o activos en el Estado del foro. La intervención se justificaría si se afectan políticas de ese Estado, pero ese no es normalmente el caso. Ello no implica que los laudos no estarán sujetos a escrutinio: lo estarán en el lugar en que se pretenda su ejecución, en



dose así lo que se llama como “deslocalización”¹⁹⁰ o “desnacionalización”. Se sostiene incluso que las leyes nacionales solo tendrían efecto, en su caso, ante un ulterior estadio de ejecución del laudo en virtud de limitadas eventuales causales de invalidación o –por supuesto–, cuando las partes específicamente designan el derecho del foro arbitral (*lex loci arbitri*) como aplicable al procedimiento arbitral¹⁹¹.

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

También en este tema Francia se encuentra a la vanguardia. En el ya mencionado caso *Pabalk c. Norsolor*, la Corte de Casación resolvió a favor de la ejecución en Francia de un laudo, no obstante su invalidación en Austria¹⁹².

→ el cual sí se verá si existen violaciones al orden público. Pero ello en nada debería afectar al lugar del arbitraje, que muchas veces es elegido por razones de conveniencia o neutralidad, sin que las partes tengan allí activos o intereses (P. READ, “Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millennium”, *10 American Review of International Arbitration* 177, p. 186).

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

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

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

En tanto que en *Unichips c. Gesmouing*, la Corte de Apelación de París, en 1993, abordó la cuestión de los efectos extraterritoriales de una decisión judicial, declarando el carácter ejecutivo del laudo. Pero quizás el caso de mayor trascendencia haya sido *Hilmarton c. OTV*, resuelto por la Corte de Casación en 1994. Desatendiendo lo juzgado por tribunales superiores suizos, dejó sentado aquí la Corte de Casación que un laudo arbitral dictado en Suiza es un laudo internacional que no se encuentra integrado al sistema jurídico de ese Estado, de tal manera que subsiste pese a su anulación en dicho país, por lo que su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público internacional¹⁹³. A su vez, en el caso *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arabic Republic of Egypt*, de 1997, la Corte de Apelaciones de París concedió exequátur a un laudo pese a su invalidación en Egipto¹⁹⁴.

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

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

Particular mención merece también, nuevamente, el caso *Putrabali* de 2007. Dijo allí la Corte de Casación que el juez francés no puede denegar la ejecución, cuando el laudo ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en el cual ha sido proferido, si la causal no figura en la legislación procesal francesa¹⁹⁵, por más que aparezca en el artículo VII de la Convención de Nueva York¹⁹⁶. Expresa MANTILLA que hasta entonces la Corte había dado un fundamento “negativo” al laudo arbitral, en el sentido de que no es decisión estatal y no se encuentra integrado a sistema estatal alguno. También resultaba negativo el análisis de las decisiones sobre anulación, en el sentido de que “esas decisiones no producen efectos internacionales puesto que ellas solo conciernen un poder soberano concreto y el territorio donde este se ejerce”. Con *Putrabali*, la Corte de Casación da un paso adelante. El laudo arbitral es “una decisión de justicia de carácter internacional”, existiendo un verdadero orden jurídico arbitral, independiente de los ordenamientos jurídicos estatales, conforme al cual el laudo tiene vida propia, que emana de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje y encuentra su aplicación práctica en la medida en que existe al menos un país dispuesto a reconocer esa voluntad y el laudo que genere, sin preocuparse por la posición que puedan asumir los tribunales en la sede del arbitraje¹⁹⁷.

195. Artículo 1502 del Código Procesal Civil Francés.

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

197. J. M. GARCÍA REPRESA (nota 177), p. 111. En el 2007, en el caso, *Societe Barges Agro Industries*, la Corte de Apelación de París ha afirmado que “es en efecto un principio fundamental del derecho francés de la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero que la anulación por el juez de la sede no alcanza a la existencia de la sentencia



En Inglaterra el caso emblemático favorable respecto a “laudos flotantes” es *Omnium de Traitement (OTV) et de Valorisation S.A. v. Hilmarion Ltd.* (1999)¹⁹⁸. Por su parte, en los Estados Unidos, en el caso *KBC c. Pertamina* de 2003 los tribunales han sentado que tienen “una competencia discrecional en la aplicación de la Convención de Nueva York para ejecutar un laudo a pesar de su anulación en otro país, y ya la ha ejercido en el pasado”, con referencia a *Chromalloy Aeroservices v. Egypt* de 1996¹⁹⁹, en que se había pretendido ejecutar en los Estados Unidos un laudo anulado en Egipto²⁰⁰.

→ impidiendo su reconocimiento y su ejecución en los otros órdenes jurídicos nacionales porque el árbitro no forma parte integrante del ordenamiento jurídico del Estado de la sede, en nuestro caso, de Bélgica”. (Corte de Apelación de París, 18 de enero de 2007, *La société S.A. Lesbats et fils c. Monsieur Volker le docteur Grub*, inédito). Como bien señala GAILLARD, “la solución retenida por la jurisprudencia francesa se inspira directamente en la visión del arbitraje propuesta por Berthold GOLDMAN, de quien la fórmula de sentencia “no integrada” al orden jurídico de la sede ha sido prestada”. (ver E. GAILLARD, citando a B. GOLDMAN en “Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*”, (nota 174), pp. 95-96).

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

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

200. Aquí, La Corte Distrital Norteamericana confirmó el laudo a pesar de su anulación en la sede, y el razonamiento fue que dicha confirmación estaba permitida bajo la

→

En su evaluación del derecho comparado, expresa ZULETA que los casos dan comienzo a la construcción de una teoría del reconocimiento de laudos anulados, según la cual a los tribunales de cada país ya no les es suficiente sustentar la anulación a la luz de las particularidades de la norma local. Por el contrario, tienen que preguntarse si esa anulación es o no internacionalmente efectiva, si la causal invocada y el fundamento de la anulación es aceptable por las cortes en las que se puede hacer efectivo el laudo por corresponder a situaciones internacionalmente aceptadas como eventos en los que se debe anular el laudo. El omitir dichos cuestionamientos lleva a que los laudos que han sido anulados por simples consideraciones locales, resuciten y cobren vida en otro Estado ante la impotencia de quienes se han empeñado en anularlos²⁰¹.

Además de todos estos desarrollos jurisprudenciales, modernas leyes de arbitraje vienen propiciando distintas aristas de la deslocalización. Por ejemplo, antes de ser reformado en 1998, el artículo 1717 del Código Procesal Belga permitía, pero no imponía, la exclusión de un

→ *Federal Arbitration Act* y por tanto se encontraba dentro de la esfera de la Convención de Nueva York, cuyo art VII habilita la ejecución de un laudo si así lo permite el derecho doméstico (L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 192), p. 506). La cuestión, sin embargo, se presenta dudosa en los Estados Unidos ante un pronunciamiento ulterior en el caso *Termorío* de 2006, en que el tribunal se atuvo al tenor literal de la versión inglesa del encabezamiento del art. V.1, que el reconocimiento y refuerzo del laudo “pueden ser rechazados”, lo cual implicaría que el tribunal tiene un poder discrecional al respecto (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 140), p. 116). Esta decisión es señalada como sinónimo de una pobremente redactada decisión judicial (J. M. GARCÍA REPRESA (nota 177), p. 397) MANTILLA expresa la pérdida de oportunidad en *Termorío* de la corte del Distrito Federal de los Estados Unidos de América para aclarar una posición con respecto a los laudos anulados. (F. MANTILLA-SERRANO, “Case Note: *Termorío S.A. E.S.P. et al v. Electranta S.P. et al.*”, en *Journal of International Arbitration*, 25 – N° 3, 2008, p. 405).

201. E. ZULETA, “El Reconocimiento Internacional de Laudos Anulados”, en C. A. SOTO (dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008, p. 607. Pero ojo: la deslocalización del arbitraje –en palabras de FERNÁNDEZ ARROYO– constituye una tendencia y no un hecho consumado (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 140), p. 117).

eventual escrutinio de los tribunales por voluntad de las partes²⁰². En la actualidad, Bélgica²⁰³ y otros países como Suiza²⁰⁴, Suecia²⁰⁵, Túnez y, recientemente Perú²⁰⁶, prevén en sus leyes de arbitraje la posibilidad de que las partes renuncien al derecho de apelar el laudo cuando son extranjeras, lo que constituye un paso más hacia su desnacionalización²⁰⁷.

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

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

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

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

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

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

Si bien debe reconocerse que la deslocalización del arbitraje –en palabras de FERNÁNDEZ ARROYO– constituye una tendencia y no un hecho consumado²⁰⁸, hasta detractores como GOODE han llegado a reconocer que el debate ha ayudado a la formulación de principios internacionales²⁰⁹; y, en efecto, de la praxis arbitral renace –o se extiende en su consolidación– un derecho consuetudinario universal como lo fue el de los mercaderes en la Edad Media²¹⁰, al punto incluso de que organismos internacionales han propuesto su cristalización en cuerpos normativos como convenciones, guías legislativas, leyes modelo u otros instrumentos análogos, o bien han ensayado consolidarlo en documentos peculiares como “*Restatements*” o “*Principios*”²¹¹, según se ha visto²¹².

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

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

210. El arbitraje –dice STRENGER– ha sido el ambiente más fértil para el desarrollo de la *lex mercatoria*, porque los árbitros no dictan sentencias en nombre de la soberanía natural y pueden, en consecuencia, aplicar o crear reglas adecuadas al comercio internacional lo que explica el continuo enriquecimiento de sus formulaciones (I. STRENGER, “A Arbitragem como Modo de Inserção de Normas da Lex Mercatoria na Ordem Estatal”, en *Revista Brasileira de Arbitragem*, Año 1, Número 3, São Paulo, Editora Síntese y Comité Brasileiro de Arbitragem, 2004, pp. 8-9).

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

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

VIII. Las lecciones de América Latina

1. Influencias en la codificación latinoamericana

Esta región, cuyos desarrollos fascinan a juristas de los principales círculos mundiales, ha sido calificada como “el sueño de todo comparatista (*“a comparatist’s dream”*), un “mosaico” que fue conformándose con la mezcla de distintos sistemas jurídicos²¹³, europeos y –sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial– norteamericano²¹⁴.

Para explicarse lo que ocurre en Latinoamérica debe comprenderse como se moldeó, en general, su tradición jurídica, en una historia no muy distinta a la de otras regiones de Occidente. En el mundo existen países, a los que podría calificarse de “centrales”, que terminan monopolizando la teoría jurídica y exportando sus modelos, debido a la riqueza de su tradición y del bagaje de la información allí circulante, además del sinfín de recursos con los que cuentan. A su vez, los países “periféricos”, por llamarlos de alguna forma, reciben textos jurídicos de otras latitudes sin –comúnmente– tener el acceso extratextual y la información acabada del contexto en el que fueron elaborados, desatendiéndose muchas veces las estructuras jurídicas subyacentes, o co-

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

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

yunturas políticas o intelectuales específicas. De allí que se los haya referido como “ambientes hermenéuticos pobres”²¹⁵.

Si esto trasladamos a Latinoamérica, puede constatarse una y otra vez una errónea interpretación o transmutación de ideas foráneas, debido a estas lecturas calificadas por LÓPEZ MEDINA como vulgares o vulgarizadas²¹⁶, y caracterizadas por un eclecticismo salvaje (“*scissors and paste tradition-back-to-back quotations*”), que carece muchas veces de reflexión o adecuada comprensión contextual del derecho alemán, francés, italiano y español²¹⁷ que sirva, en su caso, como fuente de inspiración. Los autores que se leen son los que “están a mano” y la “lectura ecléctica” termina haciendo esfuerzos de síntesis entre materiales que serían vistos como inconmensurables bajo las prácticas de sus sitios de producción. Se van creando caminos de lectura idiosincrásicos y sinuosos, sintetizando argumentos, autores y obras que en el gran canon se mantienen separados y comprimiendo tiempos, lugares y estilos con respecto a los sitios originarios de producción²¹⁸. Dentro del “mosaico”, las piezas que constituían el rompecabezas anterior, se arman según un nuevo patrón antes no imaginado²¹⁹.

El fenómeno ha sido estudiado desde la óptica literaria en general, donde se encuentran consideraciones como las del lingüista norteamericano Harold BLOOM, para quien “la mala lectura, lectura tergiversada o trasmutación”, no debe tener un sentido peyorativo. “*To misread*” es una actividad creativa en sí misma²²⁰. De hecho, los autores “de la periferia” terminan por colaborar en la comprensión de las tradiciones universales²²¹, e incluso contribuyendo en su avance. Esto ha ocurrido par-

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

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

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

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

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

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

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

ticularmente en Latinoamérica, tanto con la codificación decimonónica del Derecho privado e internacional privado como con la, mucho más reciente, Convención de México. Pero vayamos por parte.

Efectivamente, la codificación latinoamericana del siglo XIX se valió de manera agresiva del derecho comparado, según se refleja en los trabajos de los tres más influyentes codificadores –y de facto académicos comparatistas– de entonces: Andrés BELLO en Chile, Teixeira DE FREITAS en Brasil y Dalmacio VÉLEZ SANSFIELD en Argentina²²². En general, los codificadores son, de hecho –como bien los califica el genio de WALTON– flagrantes ladrones (“*arrant thieves*”), pues cada Código nuevo suele contener artículos que legisladores de otros países querrán robar tan pronto una oportunidad favorable se les presente²²³.

BELLO vivió en Londres, donde estudió derecho inglés y americano, además de profundizar conocimientos en derecho romano y español medieval. Incluso llegó a actuar allá como secretario de BENTHAM, quizás la más importante figura jurídica inglesa del siglo XIX y de la historia de su país. Pero su influencia más fuerte se encuentra en el Código Napoleón, al que BELLO consideraba como el “modelo más perfecto”, no obstante lo cual recurría frecuentemente, a la vez, a sus fuentes –como POTHIER– o comentaristas ulteriores –como DELVINCOURT– para la redacción final de sus normas inspiradas en el derecho francés²²⁴.

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

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

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

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

FREITAS también inspiró de manera abierta a VÉLEZ SANSFIELD, quien a su vez recurrió a diversas fuentes foráneas, incluso norteamericanas, como los trabajos de Joseph STORY en materia de Derecho internacional privado. El eclecticismo de VÉLEZ –como lo señala GUZMÁN BRITO– fue consciente y declarado; sus notas al pie de los artículos revelan la multiplicidad de fuentes y obras a las que recurrió, en la que ha sido calificada como la codificación “más informada del continente”²²⁵.

Por lo demás, hubo –y se sigue registrando muy frecuentemente en la región–, experiencias como las del uruguayo Eduardo ACEVEDO, quien para redactar, también en el siglo XIX, su proyecto de Código Civil, recurrió a trabajos de DOMAT, POTHIER, TOULLIER, MERLIN y TRO-

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

PLONG, pero confesó haber evitado citarlos para dar a todo el trabajo resultante un “carácter nacional”, quitándole una apariencia foránea por la cual sería criticado²²⁶.

No muy distinto ha sido el panorama en materia de Derecho internacional privado, en que los codificadores decimonónicos prestaron ideas y soluciones foráneas, yendo a este respecto más allá, incluso. Así, los Códigos Civiles chileno de 1855²²⁷ y argentino de 1869 se encuentran entre los pioneros a nivel mundial en la inclusión de normas de tinte conflictualista²²⁸. Además, se considera que los primeros tratados multilaterales de Derecho internacional privado en el mundo son latinoamericanos²²⁹, a cuyo efecto se han llevado a la práctica, plasmán-

-
226. Decía textualmente que la omisión de citas se encontraba motivada por la necesidad de “dar a todo un carácter nacional, quitándole el aire extranjero, que se le reprocharía. Tan es así, que muchas veces un artículo que nos había sugerido TOULLIER, lo apoyábamos en una opinión de SALA O ACEVEDO” (A. GUZMÁN BRITO (nota 224), p. 462).
227. Para su época, expresa LEÓN, las disposiciones del Título Preliminar del Código Civil Chileno de Andrés BELLO constituyeron un adelanto notable (A. LEÓN, “Reforma del Sistema Chileno de Derecho Internacional Privado”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 180).
228. También FREITAS en su *Esboço*, un proyecto de Código Civil que nunca entró en vigencia (elaborado entre 1860 y 1865) ya se ocupaba particularmente del tema. Solo preceden a la regulación de BELLO los Códigos Civiles francés de 1804, austríaco de 1811 y del Cantón de Zurich de 1854; en tanto que antecedieron al Código Civil argentino el de Italia de 1865, cuya regulación del Derecho internacional privado era bastante detallada para la época, y el Código Civil de Bajo Canadá, de 1866.
229. A este respecto, uno puede remontarse al Congreso de Panamá de 1826, si bien sólo se trató allí de establecer bases para una política exterior común, un pacto de alianza defensiva y un tribunal internacional de justicia. En el Congreso de Lima de 1877 a 1878, del cual participaron Perú, Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba y Venezuela, se suscribieron tratados de extradición y de conflictos de leyes. Su escaso éxito se atribuye no sólo a la ruptura con sus vecinos del sur al desatarse la Guerra del Pacífico, en 1879, sino fundamentalmente a las discrepancias surgidas en los otros países sobre su contenido. Con todo, la Convención de Lima constituye la primera obra integral de Derecho internacional privado convencional que se conoce (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado Interamericano, Evolución y Perspecti-*

→

dolas normativamente, ideas como las de germano SAVIGNY²³⁰ y el italiano MANCINI. El primero abogaba por una comunidad de naciones que – idealmente– estuviera atada por instrumentos internacionalmente vinculantes²³¹. El segundo, también político, apuntó llevar a la praxis este *desiderátum*. En efecto, en 1881, ya como Ministro, MANCINI intentó llevar adelante una conferencia de Derecho internacional privado, que no se realizó, y cuando salió del cargo, sus sucesores no dieron continuidad a la iniciativa en su país²³². Tal ha sido, empero, el modelo que inspiró a los esfuerzos latinoamericanos que se siguieron, concretados en los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante²³³.

2. Los Tratados de Montevideo

El Primer Congreso Sudamericano de Derecho internacional privado se llevó a cabo en Montevideo en 1889. Se suscribieron allí nueve tratados multilaterales sobre la materia, acontecimiento, a la sazón, sin precedentes en el mundo. Estos tratados fueron ratificados por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. Por su parte, el Se-

→ *vas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 101). Este tratado está todavía vigente, “a pesar de las desinformaciones circulantes”, entre Perú, Ecuador y Costa Rica (E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “Personajes para una biografía del derecho internacional privado latinoamericano”, *Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 133, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2009).

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

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

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

233. En Europa, las ideas de MANCINI tuvieron impulso final a iniciativa del jurista holandés ASSER, bajo cuya influencia el gobierno de su país invitó en 1892 a principales Estados europeos a una conferencia para acordar codificación internacional de conflictos de leyes (M. WOLFF (nota 136), p. 44). Tal constituye la génesis de la Conferencia de Derecho Internacional Privado.

gundo Congreso Sudamericano de 1939-1940, ha introducido algunas pocas modificaciones, solo ratificadas por Argentina, Paraguay y Uruguay²³⁴. No solo ha sido escaso el interés de la comunidad académica sino, además, la conferencia no tuvo el éxito esperado ni las influencias suscitadas por la anterior de cincuenta años antes²³⁵. Entre Paraguay, Uruguay y Argentina se aplican los tratados de 1940, que acabaron subsumiendo a los que les antecedieron por versar sobre idénticas materias y entre los mismos Estados (no así con respecto a Bolivia, Perú y Colombia)²³⁶.

Las reglas relativas a contratos internacionales se encuentran en los “Tratados de Derecho Civil Internacional”, y plantean desde el vamos múltiples interrogantes. ¿Se extienden a contratos “comerciales”?²³⁷; ¿según qué derecho se califica el contrato como “civil o comercial”, de acuerdo al derecho del lugar de celebración o de ejecución?; ¿cómo se

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

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

236. Brasil no ratificó los tratados de Montevideo, que recogían el criterio del domicilio de SAVIGNY. Dicho país sí ratificó el Código Bustamante que seguía el criterio de la nacionalidad, situación que enmendó luego con su Ley de introducción al Código Civil brasileño de 1942, que regula cuestiones de Derecho internacional privado (Ver J. DOLINGER, *Direito Internacional Privado* (Parte Geral), 6ª edición ampliada y actualizada, Río de Janeiro / São Paulo, Editorial Renovar, 2001, pp. 74-79). Se vuelve así a la doctrina de FREITAS, quien ya en el año 1857 propuso en su *Esboço* el sistema del domicilio, adoptado también en los Tratados de Montevideo (Ver J. GRANDINO RODAS, “Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente As Obrigações Contratuais”, en *Contratos Internacionais*, 3ª Edición, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 26).

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

determina la internacionalidad?²³⁸. Además de estas disparidades, aún hoy debatidas, si bien algunos acuerdos comerciales quedaron comprendidos en la regulación de los Tratados de Montevideo, como los de seguros y transportes, por citar ejemplos, no ocurrió lo propio con el contrato de compraventa internacional, que es el de mayor utilización en el comercio transfronterizo.

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

El primero se relaciona con el problema de la autonomía de la voluntad. A este respecto, el de 1889 guarda silencio. Dicha falta de pronunciamiento llevó a algunos a interpretar que se admitió el principio, criterio considerado sumamente discutible²³⁹. El proyecto original, que

238. ¿Bastará la presencia de cualquier elemento internacional, como el domicilio, el lugar de celebración o ejecución, o la nacionalidad, para considerar que el convenio reviste aquel carácter? ¿Se puede internacionalizar el acuerdo por la mera voluntad de las partes? ¿Debe existir un fenómeno económico transfronterizo para que el contrato sea reputado internacional?, etcétera. Este último criterio ha sido acogido por diversos fallos uruguayos (por ejemplo, caso n° 9316, resuelto por la Corte Suprema de Justicia en 1982; caso N° 967, resuelto por el Tribunal de Apelación Civil del 2° Turno en 1970, etc.). A su vez, la internacionalización por mera voluntad de los contratantes, de resultar razonable (por ejemplo, cuando se recurre a un sistema jurídico sofisticado para la regulación de algún tema técnico que encuentra allí respuesta adecuada), ha recibido sólidas argumentaciones a favor, esgrimidas por doctrinarios de peso como BOGGIANO (ver en J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "La Contratación Internacional: Régimen General", en C. Esplugues Mota / D. Hargain (coords.), *Derecho del Comercio Internacional, MERCOSUR-Unión Europea*, Madrid y otras, Editoriales Reus y Bdef, 2005, pp. 287-288).

239. Señalan OPERTTI BADÁN y FRESNEDO DE AGUIRRE que en Montevideo en 1889 se estudió someter el contrato a la voluntad de las partes, y solo a falta de dicha voluntad a la ley del lugar de cumplimiento, lo que no prosperó. La solución fue adoptar la regla de "ley del lugar de cumplimiento", quedando subsistente la posibilidad de que esta autorizara la autonomía tal cual lo defendía RAMÍREZ, el delegado uruguayo. Se ha dicho que, si bien la autonomía de la voluntad no fue rechazada expresamente en los Tratados de Montevideo de 1889, como lo sería en 1940, se desprende de aquellos "que cada categoría se regula por la ley indicada por el punto de conexión preceptivamente establecido en la norma de conflicto, y que las partes no pueden por su



servió de base para el tratado finalmente aprobado, lo reconocía expresamente, pero el texto correspondiente fue suprimido. Ello en atención al espíritu general de lo defendido por la delegación uruguaya, de que el Derecho internacional privado tenía por función resolver conflictos de soberanías. Al respecto, se ha hecho notar que el debate en Montevideo no se circunscribía a una mera toma de posición a favor o en contra de la autonomía. Estaba envuelta una cuestión mucho más profunda, cual era el convencimiento de sus redactores de la tesis universalista²⁴⁰, conforme a la cual los diversos sistemas jurídicos deberían tener reglas conflictualistas uniformes, de modo tal que los casos sean resueltos de la misma manera, cualquiera resulte la jurisdicción del juzgador. En contraposición, la tesis particularista se inclina a que cada Estado establezca las reglas que considere aceptables en la materia.

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

→ voluntad someterse a una ley diferente de la que dispone el Tratado” (C. FRESNEDO DE AGUIRRE / D. OPERITI BADÁN, *Contratos Comerciales Internacionales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 16).

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

En las deliberaciones precedentes al Tratado de Derecho Civil de 1940 hubo posturas enfrentadas de las delegaciones argentina, que propugnaba la admisión expresa de la autonomía de la voluntad, y uruguaya, que abogaba por su rechazo²⁴¹. En el texto de 1940 se arribó finalmente a una solución transaccional. Si bien se evitó consagrar la autonomía²⁴², el artículo 5º del Protocolo Adicional finalmente quedó redactado de la siguiente manera: “La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”.

De esa forma, se deja que cada Estado, en ejercicio de su soberanía, determine en exclusividad la jurisdicción y el derecho aplicable al contrato internacional²⁴³. Si el Estado cuyo derecho resulta aplicable re-

-
241. El delegado uruguayo VARGAS GUILLEMETTE, en la misma línea adoptada por su país en las negociaciones del anterior tratado, sostenía que se estaba ante una cuestión de “conflicto de soberanías”, que se encuentran “por encima de los propósitos de voluntad de las personas”, y que “la voluntad de las partes no puede ni debe moverse, sino dentro de los límites que le fija la regla del derecho competente en la esfera internacional”. Incluso, llegó a afirmar que “es inadmisibles que los interesados señalen a su arbitrio la ley aplicable o el juez competente. Si tal ocurriese, los Tratados estarían de más y desaparecería la razón de ser del Derecho internacional privado. Sobrevendría la anarquía” (ver R. SANTOS BELANDRO (nota 240), p. 64).
242. Señala GOLDSCHMIDT: “No obstante, si un contrato, por ejemplo, se celebró en Montevideo, y la prestación se ha de cumplir en Buenos Aires, resulta aplicable el derecho argentino, que, si se acude, según la doctrina del reenvío, al Derecho Internacional Privado Argentino interno, nos obliga a tener en cuenta una estipulación de las partes que declara aplicable el derecho uruguayo o cualquier otro con el cual existe una conexión razonable. Los Tratados de Montevideo aplican, si no se puede averiguar según las reglas determinadas en los Tratados el lugar de la ejecución, el Derecho del lugar de la celebración. Esta regla se infiere del artículo 35 del Tratado de 1889, mientras que se encuentra expresa en el artículo 40 de 1940” (W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, Octava Edición, Reimpresión, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997, p. 392).
243. Refieren OPERTTI BADÁN y FRESNEDO DE AGUIRRE que el contrato como tal responde a la voluntad de las partes y su régimen jurídico al balance de interés público y privado. La solución se inclina por un régimen preceptivo, que se expresa de modo particular en el Protocolo Adicional de Montevideo del 40 (art. 5) (C. FRESNEDO DE AGUIRRE / D. OPERTTI BADÁN (nota 239) p. 14).

conoce la autonomía de la voluntad, ella será admitida²⁴⁴, y al conferirse a las partes la posibilidad de seleccionar el lugar de ejecución del contrato, indirectamente se les permite elegir el derecho deseado²⁴⁵.

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

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

En la búsqueda de responder a los interrogantes generados, el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 ha establecido presuncio-

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

245. N. DE ARAÚJO (nota 232), p. 151.

nes o criterios localizadores acerca de qué debe entenderse en cada caso por tal (artículo 38)²⁴⁶. Existe, empero, consenso mayoritario de que el objetivo no ha sido logrado. Las soluciones del tratado han llegado a ser calificadas como “verdaderas entelequias del legislador internacional” que, en vez de proporcionar soluciones a la realidad fáctica de los negocios, acarrean mayores dudas al intérprete que las ya generadas por el deficiente sistema de los tratados²⁴⁷.

En varias de las excepciones, el derecho del lugar de celebración tiene gran importancia en un sistema que postula la del lugar de ejecución. Ello obedece a que se pretendió seguir el ideal savigniano de la unidad de la relación jurídica, la que debería regirse desde su inicio hasta su agotamiento por un solo derecho sustantivo o material. Pero, ¿cómo podía determinarse el lugar de cumplimiento si la cosa cierta y determinada no estaba indicada en el contrato original, o si había una modificación posterior por acuerdo de partes? De allí que se hayan planteado serias dudas –incluso jurisprudenciales– relativas a estas soluciones de Montevideo, por la contradicción inherente en ellas²⁴⁸.

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

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

248. C. FRESNEDO DE AGUIRRE / R. HERBERT, “Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 69-70. Al apuntarse a obtener seguridad jurídica



Por lo demás, el artículo 40 del Tratado de Derecho Civil de 1940 hace aplicable el derecho del lugar de celebración a los contratos en que no pueda determinarse, al momento de su formación, el lugar de cumplimiento, solución que en definitiva representa – en palabras de GOLDSCHMIDT– una “declaración general de bancarrota” de la tesis de SAVIGNY²⁴⁹.

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

→ a través de presunciones rígidas, se buscó evitar la división de los aspectos de fondo de la vinculación contractual, y la consecuente posibilidad de que se apliquen a ella distintos derechos. Esto se conoce comúnmente en doctrina con el nombre de *dépeçage*. La falta de flexibilidad acarrea numerosos problemas, como por ejemplo, tratándose de contratos accesorios. En vez del derecho del contrato principal, como impone el tratado (Art. 32), al acreedor le importará que tengan virtualidad las reglas jurídicas del lugar donde se encuentra situado el bien, pues en definitiva le interesa la posibilidad de ejecutar la garantía en caso de incumplimiento. La solución va, en consecuencia, de contramano con las necesidades del comercio internacional. Desde luego que no la contienen instrumentos convencionales modernos atinentes a la contratación internacional como, en Europa, el Convenio de Roma de 1980 (ni su análogo interamericano de 1994). Otro problema se presenta cuando difieren los derechos del lugar de celebración y de ejecución sobre la calificación misma del contrato como accesorio o no. ¿Se hace ella conforme al derecho del acuerdo principal, o según el del acto presuntamente secundario? Debe tenerse presente que la fianza y las garantías bancarias, por ejemplo, son accesorias en numerosos sistemas, en tanto que en otros no, al punto de que instrumentos modernos, como la Convención de UNCTRAL sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995, no otorgan a estos actos el carácter de accesorios.

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

respecto –por ejemplo– a si se refiere al lugar físico de cumplimiento, o al domicilio, la residencia habitual o establecimiento del deudor de la prestación característica²⁵⁰.

De modo que el régimen de los Tratados de Montevideo resulta altamente insatisfactorio. Ni se acepta abiertamente la certeza que trae la autonomía de la voluntad con respecto al derecho aplicable, ni se otorga flexibilidad al juzgador para determinar si existen conexiones más estrechas a las previstas de antemano por el legislador y tampoco se trae claridad con respecto a cuáles son en definitiva sus soluciones²⁵¹. Por ello, no resulta extraño que quienes se detuvieron a analizarlos en profundidad se quejen de las severas inconsistencias de las soluciones de estos tratados²⁵².

En perspectiva, GOLDSCHMIDT opina, no obstante, que estos tratados merecen un aplauso entusiástico pues constituyen, con cuarenta años de antelación, la primera codificación internacional del derecho internacional privado²⁵³, al menos con un considerable ámbito de vigencia espacial efectiva que se mantiene incluso hasta hoy día²⁵⁴ y con

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

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

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

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

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

la cual solo entró en competencia el Código Bustamante de 1928. Por lo demás, las soluciones de los Tratados de Montevideo de 1889 van en correspondencia con la coyuntura histórica en la región, particularmente en lo que respecta a la adopción del criterio del domicilio en vez del de la nacionalidad, debido a que estábamos ante países con fuerte inmigración, a los que las potencias dominantes del siglo XIX pretendían imponer esta última solución, por desconfianza hacia los derechos de estos nuevos Estados²⁵⁵. De allí un factor fundamental del suceso de estos tratados, a lo que contribuyó también, indiscutiblemente, el ingrediente político del sueño bolivariano de unión continental, a cuyo fin el acercamiento jurídico constituía un paso fundamental²⁵⁶.

3. El Código Bustamante

Otro temprano esfuerzo latinoamericano ha sido la concreción del Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana de La Habana de 1928. Inspiradas en las Conferencias de La Haya, se han llevado a cabo Conferencias Panamericanas análogas, de las cuales participaron numerosos países del continente, y en su sexto encuentro, se aprobó el Código Bustamante, de 437 artículos, suscripto a la sazón por veinte delegaciones y ratificado ulteriormente por quince países²⁵⁷.

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

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

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

La apariencia de uniformidad transmitida a primera vista por su extenso articulado se desvanece cuando se repara en las concesiones excesivas al derecho local y la cantidad de amplitud y reservas de que fue objeto²⁵⁸. Además, su inclinación por las ideas de la nacionalidad del italiano MANCINI marca un profundo cambio con lo generalmente aceptado hasta entonces en Códigos Civiles y Tratados de Latinoamérica, abandonándose al respecto las ideas de STORY, FREITAS y BELLO²⁵⁹. Como lo señala GARRO, la unificación del criterio sobre el derecho aplicable solo se hubiera logrado en caso de un acuerdo generalizado acerca de la ley del domicilio o la de la nacionalidad. Esto no ocurrió, privándose al Código Bustamante de su gran potencial unificador²⁶⁰, conforme lo destacó también, en su momento, GUTTERIDGE en Europa²⁶¹.

El Código Bustamante contiene normas relativas a obligaciones y a contratos, en general²⁶², y en particular, como compraventa, permuta, préstamo, depósito, transporte y seguros, entre otros²⁶³.

Declara aplicable a los contratos el derecho que, en su caso, resulte común a las partes en cuanto a su capacidad y en su defecto, el del lugar de celebración²⁶⁴. Lo propio ocurre con respecto a validez, efectos e interpretación²⁶⁵. Sin embargo, que exista un derecho común relativo

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

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

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

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

262. Artículos 164 a 186.

263. Artículos 194 a 294.

264. Artículo 186.

265. Artículo 184.

a la capacidad es poco probable, puesto que en la contratación internacional el domicilio casi siempre diverge, lo que resulta el criterio prevaleciente en Latinoamérica, por sobre el de la nacionalidad. De modo que pocas veces regirá el criterio subsidiario, con lo que resulta ampliamente preponderante el derecho del lugar de celebración²⁶⁶. En cuanto a las formas, se aplican acumulativamente la ley del lugar de celebración y de la ejecución del contrato²⁶⁷.

La autonomía de la voluntad no parece desprenderse del artículo del Código²⁶⁸, a pesar de que BUSTAMANTE ha opinado, en una obra de doctrina posterior, que el principio sí se encuentra reconocido. Queda abierto hasta hoy el debate a este respecto²⁶⁹.

A ello debe sumarse que, en general, destacados internacionalistas observan que el Código Bustamante es sumamente confuso en todo el tema contractual. Además, al igual que los Tratados de Montevideo, su utilización por los tribunales de países ratificantes se considera escasa y muchas veces meramente supletoria ante lagunas del derecho privado local²⁷⁰.

266. N. DE ARAÚJO (nota 232), p. 163.

267. Artículo 180.

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

269. No caben dudas de que en el Código Bustamante sí se admite la autonomía para designar expresa o tácitamente al juez competente para dirimir 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).

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

4. Evaluación: problemas del conflictualismo en Latinoamérica

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

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

El problema se minimiza con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad. El principio, sin embargo, ha provocado históricamente reticencias en Latinoamérica²⁷¹, alimentadas por la falta de comercio activo libre, la doctrina Calvo y la desconfianza hacia el arbitraje²⁷² y alguna responsabilidad atribuida a los intentos prematuros de codificación de las reglas conflictuales en el Tratado de Montevideo de 1889, que rechazó dicha autonomía²⁷³. A esto último ya se hizo referencia. En cuanto a la doctrina Calvo, cabe destacar que ella se elaboró, en su momento, como respuesta hacia el colonialismo europeo y norteameri-

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

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

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

cano, específicamente el uso de “*Claims Comissions*” para conseguirse como resultado intervenciones diplomáticas. Esta experiencia ha sido negativa para los países latinoamericanos, pues las referidas comisiones fallaron sistemáticamente en contra de sus gobiernos en reclamos de Estados foráneos por pérdidas sufridas por sus nacionales. Ello resultó en el pago de indemnizaciones considerables por gobiernos latinoamericanos y pérdida de territorio²⁷⁴. CALVO, un estadista y jurisconsulto argentino (1824-1906), elaboró una doctrina de condena a estos tipos de intervenciones²⁷⁵. Es así que la llamada “Cláusula Calvo” se incluía en contratos entre Estados sudamericanos y súbditos extranjeros, estipulándose que los inversores extranjeros tendrían, a lo sumo, idénticos derechos que los nacionales, y que sus conflictos serían dirimidos ante tribunales locales, renunciándose a una protección diplomática de sus gobiernos²⁷⁶.

El proteccionismo se extiende en diversas aristas a varias décadas del siglo XX, en cuyos primeros setenta años –destacan OPERITI BADÁN y FRESNEDO DE AGUIRRE– se vivió un fuerte protagonismo intervencionista de los Estados nacionales²⁷⁷. Sin embargo, hoy día la situación se ha

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

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

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

277. En los últimos decenios, sin embargo, se presentan dos correlatores del Estado: las corporaciones profesionales y los organismos internacionales. Además, los nuevos



revertido enormemente. La región se encuentra envuelta activamente en el comercio internacional²⁷⁸, y existe un grado mucho mayor de apertura económica en los países del continente; varios de ellos enfrascados incluso en procesos de integración o adscriptos a esfuerzos mundiales de liberalización como los de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La contratación internacional contiene reglas peculiares, y se encuentra fuertemente marcada por principios, usos y costumbres, no recogidos muchas veces en regulaciones domésticas, que se muestran totalmente inapropiadas para dicho fin. A ello debe agregarse que caracterizan a los contratos internacionales, entre otras cosas, la emergencia recurrente de nuevos tipos contractuales, la multiplicidad frecuente de acuerdos complejos multiestatales de gran atipicidad y la celebración y ejecución de convenios en distintas sedes, varios incluso de índole virtual. De allí que la autonomía de la voluntad, tanto para determinar el contenido de los acuerdos como para remitirse a sistemas jurídicos sofisticados, o en muchos casos a reglas de origen no estatal, sea hoy más que nunca necesaria para la conducción de los negocios internacionales.

Diversas licencias proteccionistas en las regulaciones de los países en desarrollo no hacen sino desalentar o introducir un factor de insegu-

→ vientos a favor del arbitraje contribuyen al nuevo escenario. Si bien el arbitraje no puede confundirse con solución del conflicto de leyes "no es menos cierto que sea por imprecisión técnica o por simple difusión práctica el tema de la ley aplicable pasa a segundo plano. Particulares actúan o tratan de actuar a fin de facilitar sus entendimientos, manejan conceptos y terminología común y en muchos casos prescinden de los propios Estados o compiten con estos en la regulación de sus negocios" (C. FRESNEDO DE AGUIRRE / D. OPERITI BADÁN (nota 239), pp. 24-25).

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

ridad adicional en las transacciones, lo que en definitiva representa un costo adicional normalmente trasladado al contratante de estas jurisdicciones. En muchos casos, la “protección a la parte débil” se traduce, en el fondo, en un amplio margen de poder de revisión contractual trasladado a juzgadores, en tanto que las partes –y no terceros en su nombre– son los mejores árbitros para reglar sus derechos en sus contratos. Obviamente, en situaciones de aprovechamiento abusivo de disparidades contractuales, la intervención estatal resulta aconsejable, pero el Derecho internacional privado contiene mecanismos, como el desarrollo de normas, que evitan este resultado, o la protección del orden público, por citar algunos, que hacen innecesaria una regulación adicional protectora de “partes débiles”. Vale decir, herramientas de índole imperativa provenientes de regulaciones estatales, adecuadamente utilizadas por quienes resuelven las contiendas transfronterizas, servirán de contrapeso para que el principio de la autonomía de la voluntad no resulte aplicado de manera irrestricta, y harán que en definitiva el contrato internacional no se encuentre al margen del Derecho o “sin ley”²⁷⁹. Obviamente lo ideal es que dichas normas imperativas se encuentren unificadas, y a ello apuntan los trabajos actuales de la Organización de Estados Americanos en cuanto a protección al consumidor²⁸⁰, pero esto es harina de otro costal.

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

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

Pese a todo lo dicho, aún hoy se registra un rechazo del principio de la autonomía de la voluntad, o dudas sobre su vigencia en varios países de la región. El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) –proceso de integración regional sudamericano cuyos miembros plenos son a partir de 1991 Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay– constituye un claro ejemplo de este problema²⁸¹. En al menos dos de los países (Brasil²⁸² y Uruguay²⁸³) parece rechazarse el principio, o al menos el panora-

-
281. Sobre este tema puede ampliarse en diversos trabajos, como: M. M. ALBORNOZ, “El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales entre los Estados del Mercosur”, publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLII, N° 125, mayo-agosto de 2009, pp. 631-666, accesible en la página <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/125/art/art3.pdf> y <http://asadip.wordpress.com/2009/10/16/el-derecho-aplicable-a-los-contratos-internacionales-entre-los-estados-del-mercosur>. (Últimos accesos: 4 de marzo de 2010)
282. Sobre el debate histórico en el Brasil, puede verse en N. DE ARAÚJO (nota 232), pp. 320-324. Más recientemente, M. COPPETT / P. DE OLIVEIRA AREAS / L. OTAVIO PIMENTEL, en el capítulo sobre Brasil de la obra C. ESPLUGUES MOTA / D. HARGAIN / G. PALAO MORENO (dirs.), *Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Montevideo / Buenos Aires, Editorial B de f, 2008, p. 137.
283. La actitud histórica uruguaya ha sido de reticencia hacia el principio. Puede verse un amplio recuento en C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991. Ante la reciente ratificación de diversos instrumentos internacionales favorables a la autonomía de la voluntad”, HARGAIN y MIHALI indican la aceptación actual de las modernas concepciones del Derecho internacional privado en el ámbito de los negocios transfronterizos, “resquebrajándose el mayoritario rechazo a la autonomía de la voluntad (D. HARGAIN / G. MIHALI, capítulo de Uruguay, en C. ESPLUGUES MOTA / D. HARGAIN / G. PALAO MORENO (dirs.), *Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Montevideo / Buenos Aires, Editorial B de f, 2008, p. 774). Por lo demás, actualmente, existe un giro importante en este tema, analizado en perspectiva más amplia en el siguiente excelente trabajo: D. OPERTTI BADÁN, “El Derecho Internacional Privado en tiempos de globalización”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Año VI, N° 6, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005. Un excelente recorrido histórico y actual de la cuestión específica de la autonomía de la voluntad en Uruguay, puede verse en: J. TÁLICE, “La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el Derecho Internacional Privado Uruguayo”, en *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Opertti Badán*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp. 527 y ss., particularmente pp. 560 a 562.

ma se encuentra confuso allí (así como en Paraguay²⁸⁴), en lo que atañe a la admisión o no del principio²⁸⁵. Es cierto que el MERCOSUR desde

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

→

temprano admitió la autonomía de las partes para la selección del foro, con la suscripción del Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia de contratos, ratificado por los cuatro miembros plenos del bloque²⁸⁶. Sin embargo, en cuanto se admite en el MERCOSUR, de manera amplia, que las partes puedan elegir al juez o árbitro, no ocurre lo propio con la selección del derecho aplicable, tema que es de capital importancia y cuya solución resulta impostergable²⁸⁷.

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

→ les Reus y Bdef, 2005, pp. 297 y ss. Ver también: R. DÍAZ DELGADO (nota 284), pp. 229 y ss. Puede decirse entonces que no está cumplido el Tratado de Asunción, que en su artículo 1º establece como uno de sus objetivos la armonización en esta área.

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

287. La falta de un régimen general que afiance la autonomía de la voluntad en el MERCOSUR implica una deuda impostergable, de cuyo avance y diseño dependen el éxito o el fracaso en la consecución de los fines de la libertad de circulación de mercaderías, bienes y servicios, sin olvidar el objetivo de desarrollo económico con justicia social (J. A. TONIOLLO, "Reflexiones acerca del Derecho Internacional Privado Latinoamericano: Especial Referencia al Ámbito del MERCOSUR", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 439-440).

nueva coyuntura arbitral, a la que se hace a continuación una breve referencia.

5. Cambio del paisaje latinoamericano a partir del arbitraje

En los últimos años, gran parte de los países de América Latina actualizó sus leyes internas de arbitraje, poniéndolas en sintonía con la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de UNCITRAL²⁸⁸. CONEJERO resume el panorama actual, resaltando que el país pionero en este sentido ha sido México, que en 1993 introdujo una modernización sustancial a su regulación sobre arbitraje doméstico e internacional. El fenómeno se fue reproduciendo en la mayoría de los países de la región como –entre otros– Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Guatemala, Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela²⁸⁹.

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

289. Bolivia aprobó la Ley 1770 sobre Arbitraje y Conciliación en 1997; Brasil aprobó la Ley de Arbitraje 9307 en 1996; Colombia aprobó el Decreto 1818 en 1998, el cual compila todas las normas aplicables a la Conciliación y el Arbitraje antes contenidas en diversas legislaciones; Costa Rica aprobó el Decreto Ley 7727, que contiene la Ley para los Métodos Alternativos de Solución de Disputas y la Promoción de la Paz en 1997; Cuba aprobó el Decreto-Ley 250 sobre la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, en 2007; Chile aprobó la Ley 19.971 en 2004; Ecuador aprobó la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997, bajo el Registro Oficial 145; El Salvador aprobó la Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje contenida en el decreto legislativo 914 en 2002; Guatemala aprobó el Decreto Ley 67-95 que contiene la Ley de Arbitraje en 1995; Honduras aprobó el Decreto Ley 161-2000 que contiene la Ley de conciliación y Arbitraje en 2000; Nicaragua aprobó la Ley 540 en 2005 que contiene la Ley de Mediación y Arbitraje; Panamá aprobó el Decreto Ley 5 en 1999 por el cual se establece el régimen general de arbitraje, de la conciliación y de la mediación; Perú aprobó recientemente una nueva Ley de Arbitraje, contenida en el Decreto Legislativo 1071 en 2008; Paraguay aprobó la Ley 1879 para el Arbitraje y la Mediación en 2002; la República Dominicana aprobó la Ley 489-08, publicada en el 2008 en la Gaceta Oficial, que contiene la Ley sobre Arbitraje Comercial; y finalmente, Venezuela apro-



De su examen comparativo, CONEJERO destaca que existe una tendencia generalizada a unificar la regulación tanto del arbitraje doméstico o nacional como del arbitraje internacional²⁹⁰, aunque con excepciones como en Chile, Colombia y Ecuador²⁹¹.

Las consecuencias de este “monismo” –de equiparar el arbitraje nacional al internacional²⁹²– son fecundísimas en lo que respecta a los derechos internos. Ello fundamentalmente, en lo que aquí nos interesa, porque las leyes de arbitraje que siguen, en el punto, al artículo 28 de la

→ bó la Ley sobre Arbitraje Comercial en 1998 (C. CONEJERO ROOS, “El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Un Panorama General”, en C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial*, España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009, p. 64).

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

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

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

Ley Modelo de UNCITRAL, imponen al árbitro la obligación de respetar la autonomía de la voluntad, los usos y –se ha visto– al menos principios universales en materia de contratación, con lo que a través de este medio de resolución de conflicto se introducen, por la ventana, pautas transnacionales en los derechos internos²⁹³. Se entiende, entonces, por qué la recepción de este monismo en Brasil, por ejemplo, haya merecido calificativos como de una “verdadera revolución” y “evolución notable” del derecho brasileiro²⁹⁴. Es más, “de manera sorprendente para su época y sobrepasando la propuesta de la Ley Modelo”, la ley panameña, que también adopta el sistema monista, dispone en su art. 27 que el tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas mercantiles “y los principios de los contratos de comercio internacional de UNIDROIT”²⁹⁵.

Hay que reconocer, sin embargo, que en muchos casos de reformas latinoamericanas, de manera no recomendable, se amplió el alcance del recurso de nulidad y se contempló un recurso de apelación, desvirtuando así la solución restrictiva sugerida por la Ley Modelo²⁹⁶. Ello

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

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

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

296. De su análisis comparativo, CONEJERO resalta que solamente algunas legislaciones latinoamericanas han adherido fielmente a la norma del artículo 34 de la Ley Modelo en cuanto a reconocer un solo recurso en contra del laudo. Entre estas, solo pueden mencionarse a Chile, El Salvador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana. Agrega CONEJERO que hay países como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia y Costa Rica en que, además de la acción de anulación, se han establecido otros mecanismos de impugnación del laudo vulnerando así el propósito de establecer la nulidad como la vía para el efecto. En cuanto a las causales para anulación, solo algunos países de la región han seguido las establecidas en la Ley Modelo: Bolivia, Chile, Guatemala, México, Nicaragua, Pana-



ocurrió, por ejemplo, en Brasil, no obstante lo cual se considera que este país dispone de una ley de arbitraje “aceptable”²⁹⁷, complementada por la ratificación de importantes instrumentos convencionales, entendiéndose que, con estas reformas introducidas en los últimos años del siglo XX, el fenómeno de la globalización “*entrou de cheio*” al Brasil²⁹⁸. Por su parte, el Poder Judicial brasileño no defraudó la experiencia legislativa. Si bien las intervenciones judiciales todavía no pueden ser consideradas lineares, su experiencia –en palabras de ALVARES GASPAR– puede ser calificada como más que satisfactoria y ayuda a consolidar el arbitraje²⁹⁹.

En cuanto a los otros países del MERCOSUR, Paraguay sí ha seguido casi fielmente el modelo de UNCITRAL³⁰⁰. Inexplicablemente,

→ má, Paraguay, Perú y República Dominicana. Varios otros se apartaron claramente de la Ley Modelo, omitiendo causales previstas en ella, incorporando otras, o utilizando un lenguaje local distinto, vulnerando el propósito de uniformidad perseguido con dicha Ley Modelo. Tal es el caso de Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras y Venezuela (C. CONEJERO ROOS (nota 289), p. 82).

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

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

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

300. Con alguno que otro condimento pasible de críticas. Ver J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “El Arbitraje Comercial Internacional en Paraguay: Marco Legal y Jurisprudencial”, en C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial*, España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009, pp. 571 y ss. Ver también: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Derecho aplicable, orden público y el régimen arbitral paraguayo”, en *Revista Brasileira de Arbitragem*, N° 3, São Paulo, Coedición de IDB Thompson y el Comité Brasileiro de Arbitragem, 2004, reproducido también en *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*, Asunción, Catena Editores y CE-DEP, 2006.

no han *aggiornado* aún sus leyes arbitrales Argentina³⁰¹ y Uruguay³⁰². Sin embargo, estos últimos dos países, además de varios de Latinoamérica y todos los miembros plenos del MERCOSUR, han ratificado la Convención de Nueva York³⁰³. Lo propio ha ocurrido con la Convención de Panamá de 1975³⁰⁴ y la de Montevideo de 1979, elaborada en el

-
301. Argentina ratificó las Convenciones de Nueva York y Panamá, así como el Acuerdo de Arbitraje del MERCOSUR. Refieren MACCHIA y ZAPIOLA, y se reconoce la vigencia allí del principio de la autonomía de la voluntad, recogido por el art. 1197 del Código Civil. “Este principio proclama que las convenciones hechas en los contratos (por ejemplo, la cláusula compromisoria) forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Explica RIVERA que la *lex arbitri*, un conjunto normativo que rige en un país determinado –formado tanto por las reglas establecidas en los códigos procesales o leyes especiales sobre arbitraje como por las que emanan de leyes de fondo y de las convenciones y tratados internacionales incorporados al derecho de ese país– impone límites al principio de la autonomía de la voluntad” (V. MACCHIA / I. ZAPIOLA, “El Arbitraje Comercial Internacional en Argentina: Marco Legal y Jurisprudencial”, en C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial*, España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009, p. 128).
302. Uruguay también ratificó, entre otras, las Convenciones de Nueva York y Panamá, así como el Acuerdo de Arbitraje del MERCOSUR. “En Uruguay, el arbitraje internacional se rige esencialmente por las convenciones y tratados ratificados por el país. No hay una ley nacional de arbitraje”. S. GONZÁLEZ / F. GÓMEZ, “Arbitraje Comercial Internacional en Uruguay: Marco Legal y Jurisprudencial”, en C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial*, España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009, p. 691.
303. Argentina (1989); Bolivia (1995); Brasil (2002); Chile (1975); Colombia (1979); Costa Rica (1988); Cuba (1975); Ecuador (1962); El Salvador (1998); Guatemala (1984); Honduras (2001); México (1971); Nicaragua (2003); Panamá (1985); Paraguay (1998); Perú (1988); República Dominicana (2002); Uruguay (1983); Venezuela (1995). Información disponible en <http://www.interarb.com/vl> (Último acceso: 5 de marzo de 2010) y también incluida en el trabajo citado de C. CONEJERO ROOS (nota 289).
304. Ha sido ratificada por los siguientes países: Argentina (1994); Bolivia (1998); Brasil (1995); Chile (1976); Colombia (1986); Costa Rica (1978); Ecuador (1991); El Salvador (1980); Guatemala (1986); Honduras (1979); México (1978); Nicaragua (2003); Panamá (1975); Paraguay (1976); Perú (1989); República Dominicana (2008); Uruguay (1977); y Venezuela (1985). Información disponible en <http://www.oas.org> (último acceso: 5 de marzo de 2010) y también incluida en el trabajo citado de C. CONEJERO ROOS (nota 289).

ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA)³⁰⁵. Estos instrumentos, como es bien sabido, reconocen la autonomía de la voluntad y la eficacia de laudos arbitrales en el extranjero³⁰⁶. Hace lo propio en el ámbito del MERCOSUR el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Decisión Consejo Mercado Común N° 3/98³⁰⁷), ratificado por los cuatro miembros plenos del bloque³⁰⁸.

Si bien puede criticarse la duplicación de esfuerzos y otras cuestiones técnicas contenidas en los instrumentos americanos³⁰⁹ y merco-

-
305. Varios países de la región también ratificaron instrumentos de la OEA que atañen – al menos en parte– al arbitraje, como la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (Panamá, 1975) y su protocolo adicional; la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (Montevideo, 1979); la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Panamá, 1975); la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero (Panamá, 1975); Convención Interamericana sobre Prueba e Información Acerca del Derecho Extranjero (Montevideo, 1979) y la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979).
306. La Convención de Panamá ha sido, sin embargo, bastante criticada, según se conoce ampliamente; como por ejemplo, debido a la superposición existente –lo que puede dar pie a un “conflicto entre convenciones”– con este último instrumento, mucho más efectivo en atención al número de ratificaciones y menos cuestionable en cuanto a su contenido.
307. El MERCOSUR también cuenta con el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Decisión Consejo Mercado Común N° 5/92), que se ocupa del tema arbitral en su capítulo V, arts. 18 al 20 y 24; y el Protocolo de Medidas Cautelares (Decisión Consejo Mercado Común N° 27/94), que hace extensivos al arbitraje sus arts. 1°, 2° y 6°. Por su parte, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del MERCOSUR (Decisión Consejo Mercado Común N° 1/94), en su art. 4° permite a las partes elegir la jurisdicción competente, propia o foránea, judicial o arbitral. Con anterioridad, debe tenerse presente que Argentina, Paraguay y Uruguay habían suscripto –y les era de aplicación recíproca– el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, con una solución distinta, en tanto que no existía texto convencional al respecto con Brasil.
308. El MERCOSUR también dictó el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (Decisión Consejo Mercado Común N° 4/98), que, sin embargo, no se encuentra vigente por falta de ratificaciones de parte de Bolivia y Chile.
309. Pueden verse críticas a las convenciones interamericanas, por ejemplo, en: J. BOSCO LEE (nota 294), pp. 243 y ss.

sureños³¹⁰, su dictado y ratificación masiva indican claramente la apertura registrada en la región con respecto al arbitraje y, en simbiosis, la autonomía de la voluntad y la apertura al derecho transnacional que este medio alterno de solución de controversias conlleva. Esta apertura se reafirma con la adhesión masiva –si bien con contramarchas recientes– al Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en español o ICSID en inglés), creado en Washington en 1965, de gran amplitud hacia el derecho transnacional; como así también al Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) de Seúl, Corea, que garantiza la ejecución, en los países adherentes, del laudo arbitral en materia de inversión dictado de conformidad con sus normas³¹¹, y la suscripción de convenios bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones.

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

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

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

Art. 10 “al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional”. Ello surge también del Art. 25, inciso 3^o³¹².

En definitiva, el problema de la autonomía de la voluntad, y de la apertura hacia el universalismo en la contratación internacional, debe entenderse superado en la gran cantidad de países latinoamericanos que modernizaron sus derechos arbitrales³¹³. Sin embargo, se presenta aquí el contrasentido de que, por el simple hecho de recurrirse a este medio de resolución de conflictos, puede alterarse el derecho de fondo que sería aplicable a un contrato internacional si uno acudiera a la jurisdicción estatal. Esta situación resulta, obviamente, inaceptable.

6. La Convención de México... algunos caminos van más allá de Roma

A) *En general*

La Organización de los Estados Americanos (OEA) mucho ha hecho en tiempos recientes por un mejoramiento jurídico del quehacer

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

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

privado transfronterizo en el continente, fundamentalmente a partir de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). En seis encuentros llevados adelante a partir del último cuarto del siglo pasado, estas han aprobado numerosos instrumentos normativos en distintas materias, ulteriormente adoptados por –o inspirado reformas en– diversos países del continente, generalmente con positivo impacto³¹⁴. No solo eso: desde sus orígenes –como bien lo señala ARRIGHI–, la OEA ha construido un rico patrimonio jurídico en variados temas, en muchos de los cuales marcó nuevos rumbos al derecho internacional hasta entonces aceptado, siendo muchas de sus soluciones y propuestas retomadas luego en otras regiones y en el plano universal³¹⁵.

Pero el legado de las CIDIP va más allá³¹⁶. Muchas de sus normas operan de hecho como un “caballo de Troya” en los derechos estatales que las reciben, puesto que “transnacionalizan” las soluciones jurídicas del hipotético o eventual caso cuando, por ejemplo, dan virtualidad a principios reconocidos por organizaciones internacionales, a usos y costumbres, y a soluciones para “realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”, más allá de la aplicación de “derechos

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

315. J-M. ARRIGHI, “El proceso actual de elaboración de normas Interamericanas”, en *Jornadas de Derecho Internacional*, Córdoba, Argentina, Organizadas por la Universidad Nacional de Córdoba y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2001.

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

estatales”, según la feliz fórmula de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (CIDIP II, Montevideo, 1979)³¹⁷, todo lo cual representa el abandono de un conflictualismo cerrado contenido en anteriores instrumentos del continente –como en los Tratados de Montevideo–, hacia otras flexibles, que apuntan a la búsqueda de soluciones de la llamada “justicia sustantiva” antes que “conflictual”³¹⁸.

-
317. El artículo 9º de esta convención dispone: “Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, tratando de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades por su aplicación simultánea se resolverán tratando de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”. HERBERT y FRESNEDO DE AGUIRRE han destacado que el citado artículo recoge nociones estadounidenses de las doctrina de CURRIE (de políticas legislativas) y CAVERS (de equidad), contrarias al carácter abstracto y automático del sistema clásico imperante en Latinoamérica. Estas doctrinas estaban en boga en la época de elaboración de este instrumento interamericano, que posee el mérito de haber dejado abierto al juzgador un amplio campo interpretativo a los efectos de flexibilizar los criterios rígidos preponderantes en el continente hasta entonces (Ver C. FRESNEDO DE AGUIRRE / R. HERBERT (nota 248), p. 57. También R. HERBERT, “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *RUDIP*, Año 1-Nº 1, pp. 89-90).
318. Ello forma parte, desde luego, de un movimiento mayor producido en el mundo. Por ejemplo en Europa –observa REIMANN– la tendencia en la segunda mitad del siglo XX ha sido mover el modelo decimonónico obsesionado con la nación Estado y mirar a intereses privados, reglas más flexibles, y criterios más abiertos a políticas substantivas (M. REIMANN, “Domestic and International Conflicts Law in the United States and Western Europe”, en *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001, p. 114). Tal constituye un cambio de soluciones formales a otras menos mecánicas y que por ende atienden la sustancia de los problemas presentados en materia privada internacional (G-P. CALLIES, “Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report, The European Commission’s Action Plan COM (2003) 68 final and the Green Paper on the Modernisation of the 1980 Rome Convention COM (2002) 654 final”, en *German Law Journal*, www.glj-pdf.de, p. 333). Es elocuente el artículo 15 de la Ley Suiza de Derecho internacional privado de 1987, que dispone: “El derecho designado por la presente ley excepcionalmente no es aplicable si, a la vista del conjunto de circunstancias, es evidente que la causa no tiene un vínculo bien determinado con ese derecho y que se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro derecho”.

Pues bien, en la CIDIP V, llevada a cabo en Ciudad de México en 1994, se suscribió la “Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, también conocida como la Convención de México³¹⁹. Este instrumento se inspiró principalmente en el Convenio de Roma de 1980³²⁰ que con análogo contenido fue elaborado en la Unión Europea –hoy convertido, con algunos cambios, en Reglamento Comunitario 593 de 2008, llamado “Roma I”³²¹– y con el cual presenta mucha similitud, si bien va mucho más allá en lo que respecta a su apertura hacia el derecho transnacional³²². Al Convenio de Roma se lo había calificado como una de las más exitosas concreciones conflictuales de los tiempos modernos³²³, por lo que resulta apropiada, y muy ilustrativa, la laudatoria frase hacia la Convención de México –

-
319. La Convención de México cuenta con treinta artículos incluidos en seis capítulos, a saber: (I) Ámbito de aplicación; (II) Determinación del derecho aplicable; (III) Existencia y validez del contrato; (IV) Ámbito del derecho aplicable; (V) Disposiciones generales; y (VI) Cláusulas finales. Dicho instrumento se ocupa fundamentalmente del derecho aplicable; de hecho, se excluyeron del mismo los temas centrales sobre jurisdicción o competencia internacional. De este instrumento nos hemos ocupado en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “La Convención de México sobre el Derecho Aplicable a la Contratación Internacional”, publicación de la Organización de Estados Americanos, Washington DC, 2006.
320. La complementa el importante Reporte Oficial elaborado por los profesores GIULIANO y LAGARDE (M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe Relativo al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales”, *DOCE C 327*, de 11 de diciembre de 1992). El informe se encuentra transcripto en C. Esplugues (coord.), *Contratación Internacional*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1994, pp. 177 y ss.
321. Ver, entre otros, B. AUDIT (nota 109), p. 679.
322. J. L. SIQUEIROS, “Reseña General sobre la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre el Derecho Internacional Privado, CIDIP-V”, en *Cursos de Derecho Internacional*, Serie Temática, Volumen I (Parte I): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2002, p. 516. Asimismo se tuvieron presentes los Principios de UNIDROIT de derecho contractual, que se dieron a luz precisamente en el mismo año. Se tuvo en cuenta también, la Convención de La Haya de 1986 sobre el derecho aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
323. J. H. DALHUISEN (nota 48), p. 72.

acuñada por FERNÁNDEZ ARROYO— de que “algunos caminos conducen más allá de Roma”³²⁴.

De hecho, la modernidad de las soluciones de la Convención de México ha sido muy aplaudida³²⁵, considerándosela una trascendente reforma normativa³²⁶, que debe merecer ratificaciones o incorporarse por otras vías a los derechos internos de los países³²⁷. Sin embargo, el instrumento solo fue ratificado por México y Venezuela³²⁸. HERNÁNDEZ-BRETÓN expresa su convencimiento de que ello se debe a la falta de información en cuanto a su contenido y en cuanto a las modalidades bajo las cuales las soluciones de esta convención podrían ser recibidas en los países del continente³²⁹.

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

324. Así lo calificó FERNÁNDEZ ARROYO en una publicación en francés, traducida en un artículo aparecido en Argentina (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada por a CI-DIP-V”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, N° 5933, 1995, pp. 820-824).

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

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

327. Así se ha expresado, por ejemplo, en la Resolución del XIII Congreso (Quito 2004) Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Órgano Consultivo de Naciones Unidas según Resolución del Consejo Económico y Social de 1964 (<http://www.ihladi.org/RESOLUCIONES.html>) (Último acceso: 8 de marzo de 2010).

328. Cabe destacar que la convención reviste el carácter de “cerrada”, pues su observancia se dirige sólo a los Estados ratificantes (artículo 1.2); pero a la vez es “universal”, en el sentido de que se aplicará aun cuando el derecho designado por ella sea el de un Estado no parte (artículo 2). Tal es la interpretación de FERNÁNDEZ ARROYO, que comparte M. B. NOODT TAQUELA (nota 244), p. 997. La Convención está abierta a otros Estados, no miembros de la OEA, que deseen ratificarla (artículo 27).

329. E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina”, en *DeCITA 9, derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Asunción, CEDEP, 2008, p. 170.

En cuanto a los mecanismos de recepción, más allá de la ratificación del tratado, podría recurrirse a la “incorporación por referencia”, como lo hizo Uruguay cuando en una ley adoptó las reglas de interpretación de diversos artículos del Tratado de Derecho Civil de Montevideo³³⁰. O directamente podría apelarse a la “incorporación material”, que supone la transcripción íntegra del tratado en un texto legislativo interno³³¹.

Venezuela aun fue por otro camino: incorporó los principios informadores de la Convención de México en su Ley de Derecho Internacional Privado de 1998, con lo que ellos tienen aplicación residual. Vale decir, no se copió literalmente el instrumento convencional, sino se lo tomó como base para la regulación interna en materia de contratos internacionales. A la vez, las disposiciones no incorporadas textualmente, o recogidas en sus principios, se servirán del contenido íntegro de los demás preceptos de la Convención de México a fin de interpretar su sentido o complementar a las reglas recogidas en la legislación autónoma³³². Análogo camino fue seguido por el proyecto uruguayo de Ley de Derecho Internacional Privado, que por lo demás –al igual que la ley venezolana– demuestra una interesante apertura hacia el derecho transnacional³³³.

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

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

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

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

B) *Autonomía de la voluntad como eje fundamental*

Pese a que en las deliberaciones previas a su celebración intentó delimitarse el principio³³⁴, dentro de la línea histórica de reticencia latinoamericana hacia él, la autonomía de la voluntad se recibió de manera amplia en el artículo 7º de la Convención de México, lo que constituye, pues, un avance de enorme significado ante una cuestionable postura que imperó por mucho tiempo en la región. El principio de la autonomía tiene un atractivo muy poderoso, puesto que nadie mejor que las partes para evaluar cuál derecho les será aplicable, en vez de que lo hagan en su nombre un legislador de antemano o un juez con ulterioridad, en su caso. Además de fortalecerse la seguridad jurídica que debería predominar en transacciones comerciales³³⁵, ello tiene también un fin de “desreglamentación”, al disminuirse el dirigismo estatal para darse pie a iniciativas privadas³³⁶, debiendo considerarse, también –se ha visto–, que los contratos internacionales no tienen un asiento exclusivo o inequívoco centro de gravedad en un Estado, y usualmente afectan la economía de más de uno de ellos³³⁷.

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

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

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

337. Señala BASEDOW que el principio de la autonomía de la voluntad debería ser ampliamente reconocido, y en su defecto nadie debería quejarse por aplicación de la *lex fori* (J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO (eds.), *Legal Aspects of Globalization, Conflict of Laws, Internet, Capital*



La autonomía se encuentra admitida por la Convención de México, de manera amplia, tanto para elegir como para modificar eventualmente el derecho aplicable³³⁸, además de permitirse que se seleccionen distintos derechos que rijan parcialmente el acuerdo (*dépeçage*)³³⁹, lo cual –resalta HERBERT– podría parecer una herejía en el esquema de los Tratados de Montevideo³⁴⁰.

Pero la apertura autonomista va más allá, al punto de facultarse a que las partes elijan derechos “no nacionales”, a la vez que se habilita al juzgador a recurrir al derecho transnacional, “*soft law*” o “*lex mercatoria*”. En efecto, la Convención de México habla de “derecho aplicable” antes que de “ley aplicable”, no solo por resultar una expresión más adecuada al español³⁴¹, sino fundamentalmente –según quienes han

→ *Markets and Insolvency in a Global Economy*, The Hague y otras, Kluwer Law International, 2000, p. 8).

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

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

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

341. Así lo resalta J. L. SIQUEIROS, “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 222. Como es sabido, la palabra “derecho” no tiene equivalente en inglés más que a través del término “*law*”.

participado en su redacción— para dejar bien en claro que se comprenden en su regulación los usos internacionales, los principios de comercio internacional, la “*lex mercatoria*” y expresiones análogas³⁴².

El Convenio de Roma no había resuelto esta cuestión, y se decía a su respecto que la elección solo podía recaer en un derecho estatal, salvo la incorporación por remisión³⁴³, a pesar de que una posición vanguardista opinaba lo contrario, en el viejo continente³⁴⁴ e incluso en otras regiones³⁴⁵. Connotados juristas esperaban que Europa siguiera el mo-

-
342. R. SANTOS BELANDRO (nota 240), pp. 87-88. Ello a pesar de que, a este respecto, entiende KRONKE que la Convención de México hubiera incluido abiertamente en el artículo 7 la opción de elegir una ley no estatal, lo que hubiera sido más arriesgado y prudente al mismo tiempo. Más arriesgado, porque hubiera sido una expresión no ambigua de su *status*, tal como lo ha hecho la ley de arbitraje panameña de 1999. Y resultaría más prudente dejar que las partes hicieran tal elección antes que el tribunal, imponiendo la aplicación de los principios, bajo el artículo 9º, “*out of the blue*” (H. KRONKE (nota 80), p. 293).
343. Así se expresaba Paul LAGARDE y la doctrina que lo sigue (A-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de junio de 1980”, en A. L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dirs.), P. Blanco-Morales Limones (coord.), *Contratos Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1997, p. 78; R. J. WEINTRAUB, “Lex Mercatoria and The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, en *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001, p. 153; A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 159). Por su parte, según MAYER el hecho de que la Convención diga que la ley “rige” el contrato, implica que no puede elegirse un cuerpo de reglas que no sea estatal, y que en caso de que se elijan los UNIDROIT, por ejemplo, debe de todas maneras señalarse cuál es la ley estatal aplicable y en segundo momento ver qué lugar le da esta ley a los UNIDROIT (V. HEUZÉ / P. MAYER, *Droit International Privé*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 477).
344. La nota al art. 1:101, 3, b) de los PECL, señala que el Convenio de Roma habilita a remitirse a la *lex mercatoria* y no al derecho estatal, con cita a BEALE, WOELKI, HARTKAMP y LANDÖ. La posición ha sido claramente expresada por HARTKAMP en el congreso para festejar los 75 años de UNIDROIT (*Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Foundation of UNIDROIT: “Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration” (Report)*, en *Uniform Law Review*, 2002-3, p. 816 (www.unidroit.org)).
345. Por ejemplo, F. K. JUENGER (nota 119), p. 1143.

delo americano, al que veían con simpatía como alternativa para modernizar el Convenio de Roma³⁴⁶. Sin embargo, el nuevo Reglamento Roma I tampoco avanza en el sentido de la Convención de México, por lo que solo valdrá, en su caso, la incorporación por referencia³⁴⁷, “al menos en procesos ante tribunales estatales”, expresa HEISS³⁴⁸. Se produce nuevamente el absurdo aquí que con pactarse un medio de solución de controversias distinto, como el arbitraje, sí quede habilitada la aplicación del derecho transnacional³⁴⁹.

La adhesión al dogma de la autonomía de la voluntad trae como consecuencia lógica –destaca HEUZÉ– la exclusión del método conflictual, pues se trata de descubrir, por vía de interpretación, la voluntad exacta de los contratantes³⁵⁰. Consecuentemente, con el reconocimiento amplio de la autonomía, en vez de buscarse localizar el contrato en un derecho nacional determinado, debería apuntarse a proteger las “legítimas expectativas de las partes”³⁵¹, debiéndoseles permitir la elección o incorporación a sus vinculaciones de sistemas “no nacionales”, como

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

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

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

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

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

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

usos y costumbres internacionales, contratos estándares, reglas uniformes establecidas por instituciones privadas, *Restatements* como los Principios de Derecho Contractual de UNIDROIT o Principios Europeos de la materia³⁵².

La apertura de la Convención de México es, sin embargo, sensata, y no llega al extremo de admitir el “contrato sin ley”, como desacertadamente se opinó de manera aislada³⁵³. Ella prevé tanto el resguardo de normas imperativas o de aplicación inmediata del derecho del foro, como la posibilidad de tomar en consideración disposiciones imperativas atendibles de otras jurisdicciones y de invocar el orden público internacional cuando la aplicación del derecho extranjero lleve a su violación³⁵⁴.

Como es sabido, en el derecho comparado, la nomenclatura no es homogénea, en este tema en que se influyen recíprocamente distintas doctrinas anglosajonas y del Derecho civil continental europeo, con sus términos propios, a lo cual cabe agregar las divergencias existentes in-

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

353. Así, ha dicho PEREZNIETO CASTRO que la plena autonomía consagrada por la Convención de México deja implícita la admisión del contrato sin ley (L. PEREZNIETO CASTRO, *Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie H: Estudios de Derecho Internacional Público, N° 27, Universidad Nacional Autónoma de México, México, DF, 1998, pp. 211-212).

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

cluso dentro de los distintos sistemas jurídicos entre sí en la cuestión³⁵⁵. En definitiva, los distintos términos empleados (orden público, orden público internacional, leyes de policía, y otros), de manera evidente, aluden al interés general que debe hacer prevalecer el juzgador por sobre cualquier estipulación contractual de las partes.

Esta protección se encuentra prevista en la Convención de México que, sin caer en el laberinto terminológico, distingue entre tres hipótesis: el resguardo de disposiciones imperativas o de aplicación inmediata del derecho del foro; la posibilidad de tomar en consideración disposiciones imperativas atendibles de otras jurisdicciones; y la alternativa de que pueda invocarse el orden público internacional cuando la aplicación del derecho extranjero lleve a su violación³⁵⁶.

355. H. VAN HOUTTE, "From a National to a European Public Policy", en *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002, p. 841). Recientemente, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), publicados en el año 2000, señalan que una regla es imperativa (*mandatory rule*), cuando las partes no pueden desviarse de ella en sus contratos. Y no imperativa, cuando sí pueden hacerlo (artículo 1:103). Se destaca que la distinción es bien conocida en el *civil law*, si bien la terminología varía. En derecho francés son llamadas *lois de police* o *regles d'ordre public* o –dependiendo de sus efectos–, *regles de droit impératives*; las reglas no imperativas son llamadas *regles de droit supplétives*. En Italia, la disposición supletoria se denomina *norme dispositiva*, en tanto que la imperativa, *norme imperative*. En España el Código Civil utiliza las expresiones normas cogentes y normas dispositivas. La distinción era desconocida en Inglaterra, hasta su introducción en la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 y el *Sale of Goods Act* de 1979. En el Derecho internacional privado tiene virtualidad, además, otra expresión: orden público internacional. Hacia 1898, KAHN propuso distinguir el orden público, en alusión al Derecho internacional, de las reglas imperativas, atinentes al derecho interno. Conforme a esta nomenclatura, las normas imperativas del foro se aplican directamente dentro de su territorio, en tanto que el orden público internacional hace que no tenga virtualidad el derecho foráneo que hubiera correspondido según las reglas de conflicto del juzgador, porque viola reglas o intereses fundamentales. Ello tuvo con el tiempo amplia aceptación jurisprudencial (ver S. L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, "El orden público internacional: una mirada desde el Derecho internacional privado contemporáneo", en *Derecho privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001, p. 112).

356. Artículos 11 y 18.

Cabe resaltar que, a diferencia de su fuente europea³⁵⁷, la Convención de México no contiene una regulación expresa sobre la protección a consumidores y empleados. Este resguardo queda comprendido dentro de la prevalencia que da el instrumento interamericano a las disposiciones imperativas del foro, según la interpretación prevaleciente. Algunos han criticado la omisión³⁵⁸; sin embargo, debe considerarse acertado que no se haya seguido el modelo europeo, cuya solución resulta insatisfactoria y ha merecido, en particular, sugerencias para que en estos temas se cuente con una regulación específica³⁵⁹, tal cual debería ocurrir también, eventualmente, en el continente americano, a partir de los trabajos que viene encarado la CIDIP VII en materia de protección al consumidor³⁶⁰.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, la Convención de México prevé que la elección del derecho debe ser expresa, o en todo caso debe manifestarse “en forma evidente”, tanto “de la conducta de las partes” como “de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto”³⁶², a cuyo efecto deberán ser objeto de consideración todos los puntos de contacto del contrato, como lugar de celebración y de ejecución, idioma, moneda, lugar de arbitraje, foro, etcétera³⁶³. Este tema de selección del derecho aplicable también resultó objeto de amplio debate en las discusiones previas a la convención. Se ha preferido finalmente que la elección tácita resulte “evidente”, en vez de recurrirse a palabras como “notoria” o “inequívoca”³⁶⁴. Ello en el entendimiento de que así quedará más claro que se

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

362. Artículo 7º.

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

364. Los proyectos de SIQUEIROS y el presentado en Tucson (ambos sirvieron de base para



apunta a que la elección la deben hacer las partes, “expresa” o “evidentemente”, y no un tercero (el juzgador), en su lugar³⁶⁵.

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

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

365. HERBERT, citado por N. DE ARAÚJO (nota 232), p. 181. En el Convenio de Roma que sirvió de fuente al instrumento interamericano, la elección debía ser expresa o “resultar de una manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias”. En el comentario oficial de GIULIANO y LAGARDE se enfatiza que esta voluntad tácita debe resultar cierta. Por ejemplo, cuando se haya elegido un contrato-tipo regido por un sistema jurídico particular; o cuando exista un contrato anterior donde hubo elección de derecho; o cuando se haga referencia a normas o leyes de un país determinado; o cuando un contrato forme parte de una serie de operaciones y se haya seleccionado un derecho para el acuerdo base sobre el que reposan los demás (Reporte M. GIULIANO / P. LAGARDE (nota 320), comentario al artículo 3).

te las partes pudieron haber pretendido que el acuerdo no tuviera validez.

Para determinar la vinculación más estrecha, deben evaluarse todas las circunstancias posibles, como las territoriales relativas a la celebración, ejecución, domicilio o establecimiento, cláusula de resolución de conflicto, moneda, tratativas previas y otras. Tales son los elementos objetivos, a ser considerados conjuntamente con los subjetivos³⁶⁶, que surgen de las diversas cláusulas y circunstancias, anteriores, concomitantes y posteriores al contrato, para llegar así a lo que se ha encapsulado en la abarcativa fórmula de “legítimas expectativas de las partes”³⁶⁷.

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

El concepto de “prestación característica” ha sido calificado por JUENGER de “Nudo Gordiano”³⁶⁸, por volverse sumamente dudoso en

366. Artículo 9, 2º párrafo.

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

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

permutas, contratos de distribución y en general en vinculaciones complejas, como lo son normalmente las de la contratación internacional. Peor aún, el concepto confiere un privilegio caprichoso a favor de la aplicación del derecho de quienes tienen un dominio para la provisión de bienes y servicios en transacciones internacionales³⁶⁹.

A dicha posición se contraponen la de OPERTTI y FRESNEDO DE AGUIRRE, quienes opinan que en este tema la Convención de México carece de previsibilidad y certeza. La firme negativa de la delegación norteamericana –integrada por JUENGER– para permitir la referencia al lugar donde se debía cumplir la prestación característica es reveladora de que hay un interés en que no se aplique el derecho del lugar del cumplimiento, con lo cual parecería que en el fondo la certeza no era tan importante como se alegaba. Concluyen OPERTTI y FRESNEDO DE AGUIRRE que se prefirió adoptar una fórmula de resultado difícilmente previsible antes que aprobarse la más mínima referencia al lugar de cumplimiento o a la “prestación característica”, que podría haber servido aunque sea como principio³⁷⁰. Dentro de la misma línea, en las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional privado, llevadas a cabo en 1994, se optó por no recomendar que la convención fuera adoptada en aquel país, y esta disposición ampliamente discrecional relativa a la “conexión” fue una de las razones principales³⁷¹.

Sin embargo, en las objeciones se soslaya que el Convenio de Roma (cuya solución en este tema aplauden los críticos del instrumento interamericano) brinda de todos modos un criterio de apreciación amplio, que neutraliza, podría decirse, las pautas que le anteceden³⁷². Por lo

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

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

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

372. Ello en su artículo 4.5.

demás, una de las principales críticas formuladas a dicho convenio consiste, precisa y paradójicamente, en la vaguedad de la prestación característica allí referida. Se infiere del reporte oficial de GIULIANO y LAGARDE que ella es en general “no pecuniaria”, pero este criterio no resulta concluyente. Y el texto no provee otra guía, por cuya consecuencia los tribunales nacionales cuentan con una gran discreción en perjuicio de la predecibilidad, por lo que tienden a rebatir la presunción o simplemente ignorarla³⁷³.

De allí que autoridades de peso –como BONOMI– opinaran en su momento que el Convenio de Roma debía ser modificado en el futuro para adoptarse en su lugar la fórmula de la “conexión más cercana”,

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

seguida precisamente por la Convención de México³⁷⁴. Así se expresó también en el llamado “Libro Verde”, publicado en 2003 por la Comisión de la Unión Europea³⁷⁵, que contenía propuestas de modificaciones –entre otras– sobre este tema³⁷⁶. Sin embargo, la reforma europea ha desilusionado a muchos, puesto que las modificaciones resultaron modestas, en algunos casos clarificando problemas antes sometidos a disputa³⁷⁷, pero estancándose –está visto– en lo que respecta a la autonomía de la voluntad y la elección de un derecho transnacional. En lo que nos ocupa ahora, nuevamente no sigue el criterio de la fórmula flexible de la Convención de México, sino detalla en reglas más bien rígidas qué derecho se aplica en distintos supuestos³⁷⁸, en complicadas

-
374. Cuyas características están también presentes en la noción americana de “*most significant relationship*” de la sección 188 del segundo *Restatement of Conflict of Laws*. BONOMI opina que no debe construirse el instrumento futuro sobre la noción de la prestación característica, desconocida en muchos sistemas no europeos y desechada por la Convención de México (A. BONOMI (nota 57), pp. 340, 341).
375. Ver “*Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario así como sobre su modernización*” (COM (2002) 654 final), accesible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0654en01.pdf (Último acceso: 8 de marzo de 2010).
376. Se expresa allí: “Con el fin de precisar el texto en este sentido, sería posible revisar la redacción del artículo 4. Una posibilidad sería la supresión pura y simple del apartado 1, para subrayar el carácter excepcional del apartado 5. Otra solución consistiría en modificar el mismo apartado 5. Asimismo, el futuro instrumento Roma I podría inspirarse en el anteproyecto de propuesta de Reglamento del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (proyecto ‘Roma II’) cuya ‘cláusula de excepción’ del apartado 3 del artículo 3 introduce dos condiciones nuevas con relación al Convenio de Roma: se exige que, por una parte, el delito tenga vínculos ‘substancialmente’ más estrechos con otra ley y, por otra, que ‘no existe un vínculo significativo entre este delito y el país cuya ley sería aplicable en virtud de los apartados 1 y 2’”.
377. Ver G. A. BERMAN, “Rome I: A Comparative View”, en F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, p. 350.
378. U. MAGNUS, “Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice”, en F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, p. 29.

soluciones que han merecido calificativos como “laberinto” o “jungla”³⁷⁹ y, en materia de seguros hasta “infierno” en cuanto a su regulación³⁸⁰.

Esto supuestamente se hizo en aras de la predecibilidad. Pero como bien lo destaca BERMANN, un observador del otro lado del océano queda pasmado (“*is struck*”) por las continuas referencias que se hacen a lo largo del “considerando” que procede a la regulación de Roma I, para resolver cuestiones de interpretación. Esta frecuencia sugiere que puede haber menos certeza y predecibilidad rodeando este instrumento europeo que lo pretendido en su gestación. Las apreciaciones en el “considerando” terminan pareciéndose de manera alarmante (“*seem disturbingly similar*”) a los “*comments*” y “*reporters’s notes*” que pululan en *Restatements* norteamericanos, que a diferencia de una regulación como la de Roma I no pretenden sino tener más que un valor persuasivo³⁸¹.

Con las reglas formuladas en detalle, disminuye la importancia de fórmulas amplias o flexibles³⁸². Como lo destaca MORRIS, el Estado solo excepcionalmente tiene interés en áreas como la de las transacciones comerciales (“*ephemeral commercial transactions*”), frecuentemente encaradas sin o con poca formalidad, con lo que deviene poco probable que una regla mecánica apropiada para un tipo de contrato lo sea para otro, razón por la que la regulación contractual debe caracterizarse por su flexibilidad. La regla flexible en el derecho inglés hasta 1991 (año que entró en vigencia en Inglaterra el Convenio de Roma) era “*proper law of the contract*”³⁸³, cuya idea se acerca a la de conexión más cercana antes que a la búsqueda de una prestación característica³⁸⁴.

379. G. BERMANN (nota 377), p. 358.

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

381. G. BERMANN (nota 377), p. 357.

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

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

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

Cuando se adoptó la regulación europea en Inglaterra, escribió MANN que con ello se estaba reemplazando uno de los logros más significativos de más de ciento cuarenta años de la judicatura inglesa, un logro que había producido un efectivo Derecho internacional privado de los contratos, era reconocido y seguido en prácticamente todo el mundo y no había generado en momento ni lugar alguno insatisfacción o demanda de reforma³⁸⁵. La solución inglesa se alineaba con el *Restatement (Segundo) de "Conflict of Laws"* de 1971 (Secciones 145, 188) en los Estados Unidos y el test de la conexión más cercana o "*most significant relationship*"³⁸⁶, en sintonía a su vez con la Convención de México, que puede considerarse, pues, definitivamente un avance frente a la solución comunitaria europea de la prestación característica que, como bien se ha expresado, "presenta patologías incorregibles"³⁸⁷.

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

D) *Universalismo en la Convención de México*

El instrumento interamericano va más allá de la "conexión más estrecha". También prevé que se tomarán en cuenta "los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales"³⁸⁸. Estos pueden operar como complemento de un de-

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

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

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

388. Artículo 9º, segundo párrafo.

recho nacional determinado, maléandolo en atención al carácter internacional de la transacción, o –incluso– como derecho aplicable mismo. A este respecto, como bien lo ha expresado JUENGER, tribunales adecuadamente preparados y árbitros, probablemente preferirán aplicar principios elaborados por prestigiosos expertos internacionales antes que reglas autóctonas. Las partes no tienen razón para quejarse si la falta de decisión en cuanto al derecho que las rige lleva a la elección por el juzgador de uno de superior calidad, que mejor se acomode con la justicia material o substancial y con las exigencias del comercio internacional³⁸⁹.

Esta solución de la Convención de México resulta fruto de un compromiso entre sus negociadores, ante la postura de la delegación americana para que se aplicaran directamente los Principios de Derecho Contractual de UNIDROIT en ausencia de una decisión válida de derecho aplicable³⁹⁰. Para JUENGER queda en claro que la alusión a “principios generales” de la Convención de México nos conduce claramente a UNIDROIT³⁹¹. SIQUEIROS resalta la relevancia de la opinión de JUENGER a

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

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

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

favor de la aplicación de los Principios de UNIDROIT, porque su delegación fue quien propuso la fórmula de compromiso³⁹². Sin embargo, la amplitud del texto finalmente resultante puede considerarse acertada, puesto que hay varias otras expresiones –o fuentes– del derecho transnacional o *lex mercatoria*, según se ha insistido en diversos pasajes de esta contribución.

La Convención de México señala, además, que tendrán aplicación, cuando corresponda, “las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”³⁹³. En esto último se sigue la línea del artículo 9º de la Convención Interamericana sobre Normas de Derecho Internacional Privado de 1979

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

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

que, según se ha visto, también contemplaba criterios de flexibilización.

Algunos interpretan que aquí el rol del derecho transnacional sería meramente supletorio, en la medida en que sea necesario para aportar soluciones equitativas al caso concreto, según lo dispone la norma³⁹⁴. Pero debe tenerse presente que en otra parte, la convención dispone que, para interpretarla y aplicarla, “se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación”³⁹⁵. Ello da al derecho transnacional un valor mucho mayor que el meramente supletorio.

El acierto de la Convención de México en su apertura universalista es innegable. En un excelente trabajo, RUIZ ABOU-NYGM refiere diver-

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

395. Artículo 4º. También se tendrá en cuenta la *lex mercatoria* o derecho supranacional “para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica” (artículo 15).

esos casos en que resulta altamente inapropiado remitirse a derechos “nacionales”, como el de una transacción tan internacional que no puede verse como influenciada exclusivamente por un sistema jurídico en particular, o cuando las partes expresa o implícitamente buscaron que su contrato sea gobernado por reglas jurídicas neutras, no perteneciendo a un específico derecho nacional. También, hay casos en que se debería evitar la aplicación de un derecho estatal, como cuando una de las partes es un Estado soberano o una entidad estatal. En otros, la elección de las partes resulta equivalente a la ausencia de elección de un derecho nacional, como en el caso en que se designó la legislación tanto de Alemania como Rusia. Otras veces, es imposible determinar dentro del derecho nacional supuestamente aplicable una solución específica al caso. También hay precedentes en que los árbitros aplicaron el derecho transnacional o *lex mercatoria*, o para llenar el vacío, o para interpretar el derecho nacional, o para reemplazar el derecho nacional elegido por las partes en base a la teoría del orden público internacional³⁹⁶.

Por otra parte, si bien es cierto que los sujetos pueden someter sus vinculaciones contractuales a una regulación detallada, conforme a su autonomía privada, al hacerlo se encuentran con enormes dificultades de barreras del lenguaje y de ausencia de una terminología jurídica uniforme a nivel internacional. Incluso la elección de un derecho doméstico no es solución satisfactoria. A veces, ello ocurre debido a razones de prestigio o imperativo político, en que una parte no quiere someterse a la normativa de un país extranjero aún consciente de las limitaciones de su propia legislación. El problema es mayor aún cuando no se conoce bien la legislación extranjera o no se la desea por completo³⁹⁷.

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

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

E) *Evaluación del texto convencional interamericano*

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

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

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

Las técnicas tradicionales del Derecho internacional privado han sido criticadas durante varios años. Una forma efectiva de evitar el “laberinto conflictual” constituye –se ha dicho– la autonomía de la voluntad. Y otra, también altamente eficaz, es la de recurrir a soluciones substantivas o materiales, es decir, no a un mecanismo de conflicto de leyes que lleve a la aplicación de un derecho nacional, sino directamente a un derecho de fondo, transnacional, adecuado a las necesidades del comercio exterior. Pues bien, la Convención de México prevé la posibili-

dad de que puedan ser aplicadas estas reglas de origen no estatal, como principios, usos y costumbres internacionales, adecuándose así a la realidad de la práctica de la contratación transfronteriza y a lo que, de hecho, ya se ha venido reconociendo desde hace mucho tiempo a través de arbitrajes internacionales.

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

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

La adopción de este instrumento puede resultar particularmente útil para el MERCOSUR, que es el bloque de integración más importante hoy día en Latinoamérica.

Está visto que, en cuanto se admite en el MERCOSUR, de manera amplia, que las partes elijan al juez o árbitro, no ocurre lo propio con la selección del derecho aplicable³⁹⁸. El bloque no ha dictado reglas a este

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

respecto, y en al menos dos de los países (Brasil y Uruguay) parece rechazarse la autonomía de la voluntad, o al menos el panorama se encuentra confuso allí (así como en Paraguay) en lo que atañe a la admisión o no del principio. Puede decirse, entonces, que no está cumplido el Tratado de Asunción, que en su Art. 1º establece como uno de sus objetivos la armonización en esta área.

Quedan como alternativas: modificar las legislaciones conflictuales internas de los países –a través de los diversos mecanismos detallados por HERNÁNDEZ-BRETÓN, referidos más arriba–, o ratificar la Convención de México³⁹⁹; o elaborar un instrumento propio análogo para el MERCOSUR, adaptando este instrumento⁴⁰⁰. También han avanzado propuestas que, más allá de la alternativa conflictual, apuntan a homogeneizar el derecho contractual de fondo dentro del bloque⁴⁰¹, a cuyo efecto la experiencia europea puede resultar sumamente enriquecedora.

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

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

401. No existe en el MERCOSUR un proceso análogo al de la Unión Europea para la unificación substantiva del derecho de contratos, a pesar de la ferviente posición de algunos doctrinarios de la región a favor de esta solución. Así, por ejemplo, NICOLAU se refiere a la necesidad de un Código de Contratos para el MERCOSUR, a pesar de que no ve perspectivas alentadoras en la región a favor de su postura (N. L. NICOLAU,



IX. Conclusión

Para hacer corta una historia larga: el derecho se reencauza hacia el universalismo. Los “campeones del pasado” –de los que tanto se quejaba René DAVID⁴⁰²– enfrascados en concepciones particularistas del derecho, que soslayan o minimicen el impacto del fenómeno, quedarán eventualmente, a no dudarlo, definitivamente a la zaga.

Una de las áreas que lleva la delantera hacia este retorno es la de contratación. Ello, aun con contramarchas, como –está visto– la del reciente Reglamento de Roma I. Pero el proceso resulta irreversible. Esta contribución ha identificado un sinfín de iniciativas, públicas y privadas, académicas y profesionales, además de desarrollos en la casuística, sobre todo arbitral –pero también judicial– indicando claramente que, pese a todo, lo nefasto del siglo XIX, en perjuicio de la contratación, paulatinamente va quedando atrás⁴⁰³.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se encuentra ante el gran desafío de colocarse a la altura de las circunstancias, en la elaboración de un instrumento en materia contractual que pueda allanar el camino para un futuro cercano, emancipado de rémoras de un tiempo ido. Su labor debería coadyuvar así a que instrumentos como la Convención de México sean definitivamente recibidos por–

→ “Un “Código de los Contratos para el MERCOSUR”, *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, Asunción, 1996). A parecidas conclusiones se ha arribado en las XVII Jornadas Argentinas de Derecho Civil llevadas a cabo en Santa Fe del 23 al 25 de setiembre de 1999 (Conclusiones de Comisión N° 7, “Régimen de los Contratos para la Integración del MERCOSUR”, presidida por el Dr. Miguel Angel CIURO CALDANI). Ver también opinión de J. A. TONIOLO (nota 287), p. 442.

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

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

al menos la mayoría de sus países– destinatarios, quizás en su momento temerosos a incorporarla debido a la audacia de sus fórmulas. Los trabajos de La Haya pueden contribuir, además, a que textos como Roma I –o la misma Convención de México– sean depurados en cuestiones dudosas, o hasta inaceptables dentro del actual estadio evolutivo del mundo jurídico; y, por supuesto, pueden consolidar la praxis arbitral que, hoy por hoy, se encuentra a la vanguardia en toda esta problemática.

Arthur VON MEHREN es una verdadera leyenda (“*a gentle giant*”⁴⁰⁴) en la especialidad del organismo iusinternacionalprivatista mundial, que en vida mucho colaboró con el mismo, actuando como delegado de los Estados Unidos en las sesiones de 1966, 1968, 1976, 1980, 1985, 1993 y 1996, y como “*Rapporteur*” de la conferencia en materia de derecho aplicable a los contratos de compraventa desde 1980 a 1985⁴⁰⁵, atribuyéndosele, además, la paternidad del borrador sobre competencia internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias, al que NYGH se ha referido abiertamente como “Arthur’s (von Mehren) Baby”⁴⁰⁶, que dio pie, a su vez, a las posteriores negociaciones culminando en la Convención de La Haya de 2005 sobre los acuerdos de elección del foro.

NAFZIGER se queja de que no se haya prestado más atención al famoso artículo de VON MEHREN de 1974, en el *Harvard Law Review*, abo-

404. La calificación la hace SYMEONIDES en atención al carácter afable, hasta tímido de VON MEHREN, disimulando el caudal impresionante de conocimiento acumulado por este verdadero “libro jurídico abierto” que enseñó en Harvard (ver A. T. VON MEHREN / S. C. SYMEONIDES, “A Gentle Giant”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 53, n° 3, Summer, 2005, pp. 531-542).

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

406. P. NYGH, “Arthur’s Baby: The Hague Negotiations for a World-Wide Judgments Convention”, en *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002, pp. 151 y ss.

gando por reglas especiales substantivas para problemas multiestatales, cuyo objetivo último resulte lograr una regulación “apta” para el caso en concreto, y maximizar así la armonía en las decisiones, lo que evitará a su vez el *forum shopping*⁴⁰⁷. Este, desde luego, es el ideal universalista, que VON MEHREN supo también transmitir a las CIDIP dentro de la esfera de la Organización de Estados Americanos⁴⁰⁸, en las que actuó igualmente como delegado norteamericano, y mucho de su pensamiento subyace en las soluciones de la Convención de México, materializadas a partir del protagonismo que ha sabido ganarse JUENGER, otro delegado de su país, con el cual se encontraba hermanado intelectualmente en la comprensión de las reales necesidades jurídicas dentro del ámbito transaccional transfronterizo.

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

407. J. A.R. NAFZIGER, “In Memoriam: Arthur T. von Mehren”, *Harvard Law Review*, Volumen 119, N° 7, Mayo 2006, p. 1960. Luego de esgrimir su teoría con TRAUTMAN en 1966, VON MEHREN en un artículo de 1974 arguye que en vez de aplicar reglas de *choice of law* mejor sería elaborar y aplicar una regla especial, de acuerdo a la situación. Para ello deberían tenerse en cuenta los puntos de vista de las distintas jurisdicciones que, en su caso, se encuentran concernidas, con lo que obtendría también igualdad decisoria y evitaría el *forum shopping* (G. J. SIMSON, “The Choice-of-Law Revolution in the United States: Notes on Rereading von Mehren”, *36 Cornell Int'l L.J.* 125, 2003, pp. 130-131).

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

LA CONVENCIÓN MÁS TRASCENDENTE DE LA HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO

Introducción

Usted acertó¹. Me refiero a la Convención de Nueva York de 1958, relativa a reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Hacia comienzos de 2009 ya cuenta con casi 150 ratificaciones. Impresionante.

Pero este número es apenas el comienzo. Lo más importante es qué implica la adopción del instrumento. Para el arbitraje, obviamente que un montón. Merced a esta Convención, los laudos son hoy por hoy, si cabe la expresión, un cheque en blanco con amplia aceptación en el mercado de los Estados. Mucho podríamos decir a este respecto, como también sobre la influencia de la Convención de Nueva York en el dictado de otros instrumentos convencionales o de sanción legislativa, que facilitan la consolidación del arbitraje.

Esta contribución pone, sin embargo, énfasis en la gran película del Derecho privado exhibida a través de los siglos, y el rol protagónico de la Convención de Nueva York hacia una regresión, que no es retroceso, sino un saludable giro copernicano –por así decirlo– hacia lo que fue el Derecho privado en gran parte de su historia de esplendor a partir de Roma hasta el siglo XIX: un derecho mayormente universal, y

1. O, al menos, espero que coincidirá conmigo al final de esta contribución.

como tal, el apropiado para regir transacciones transfronterizas, que evitan así verse atrapadas en particularidades localistas con los efectos nocivos consiguientes para la previsibilidad deseable en ellas.

Hoy día están dadas las condiciones para la vuelta al universalismo (en definitiva, de eso se trata el debate sobre la nueva *lex mercatoria* o expresiones análogas utilizadas para describir el fenómeno de un Derecho privado “transnacional”), y la Convención de Nueva York tiene mucho que ver con esto, más que cualquier otro instrumento convencional en la historia. De allí el título de esta contribución. ¿No es una aseveración exagerada? Veámoslo.

La universalidad del Derecho privado en la historia

La vorágine de los tiempos actuales ejerce una particular fascinación hacia todo lo que es novedad. Y los juristas tienden, en incontables ocasiones, a enfocar problemas actuales en absoluto divorcio o –al menos– alarmante desatención hacia una perspectiva histórica, que hasta llega a considerarse superflua en contribuciones monográficas sobre temas de actualidad e interés práctico, como lo son, por ejemplo, a no dudarlo, los relacionados con la Convención de Nueva York.

Sin embargo, “todo lo que vale la pena ya ha sido probado, bajo idéntico o distinto rótulo”², según reza una muy citada aseveración, que adquiere pleno sentido cuando se trata de soluciones del Derecho privado. Y, en efecto, los pueblos pueden adoptar válidamente distintas formas de organización política o contar con particularidades culturales autóctonas, reconocidas jurídicamente, que podrían parecer, en ocasiones, hasta bizarras a los ojos del pensamiento occidentalizado. Sin embargo, las soluciones en materia de Derecho privado deberían resultar idénticas, es decir, universales, ante problemas comunes.

2. La cita, en alusión al Derecho internacional privado, se encuentra en varios autores, entre ellos: L. BRILMAYER, *Conflict of Laws*, Second Edition, United States of America, Aspen Law & Business, 1995.

GORDLEY, uno de los más versados comparatistas y teóricos del derecho de nuestro tiempo, lo dice claramente: en materia de Derecho privado, la idea de sistemas jurídicos como islas de principios y concepciones distintas del derecho debe ceder ante el hecho de que se lidia con problemas similares, de modo que, normalmente, las divergencias en las reglas formales son solo aparentes, en tanto que subyacen problemas comunes que requieren respuestas análogas³.

De hecho, razones históricas explican el “provincialismo” del Derecho privado occidental, sobre todo, con particular fuerza, a partir del siglo XIX. En su momento, Roma llegó a representar –en palabras de IHERING– “el triunfo de la idea de la universalidad sobre el principio de las nacionalidades”⁴. Como lo expresa el insigne romanista SOHM, la misión que el Derecho romano ha desempeñado en la historia universal consiste en haber elaborado el *ius gentium*⁵, ese derecho común de los hombres gracias al sentimiento de lo equitativo que todo el mundo

-
3. J. GORDLEY, *Foundations of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 3. Hay razones más allá del error por las que los sistemas nacionales pueden divergir. En un mundo imperfecto como el nuestro, los legisladores pueden no estar seguros sobre qué reglas elaborar, ante varias alternativas posibles; o los jueces pueden dudar cómo resolver el caso. De modo que pueden surgir así divergencias por las diferentes maneras en que se responde a las alternativas presentadas, cada una de las cuales puede tener sus ventajas o desventajas. Cada sistema nacional puede tener errores, pero no puede decirse de allí que el enfoque dado a una solución u otra sea el equivocado por el solo hecho de resultar divergente. Los sistemas jurídicos pueden diferir, entonces, porque las capacidades de las personas son diferentes. Cuando no pueden enmarcar reglas claras que describan detalladamente cuando cierto resultado ha de alcanzarse, pueden lidiar el problema de la falta de certeza de manera diferente. Esto no quiere decir que el derecho de un sistema está mal. No significa que se basa en principios subyacentes distintos. De hecho, reconocer la razón de la diferencia puede ser la guía para descubrir un principio subyacente común (J. GORDLEY (nota 3), pp. 33-38).
 4. R. VON IHERING, *El espíritu del Derecho romano*, Volumen 1, Ciudad de México, Oxford University Press, 2001, p. 1.
 5. R. SOHM, *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*, 7ª Edición, Madrid, pp. 104-105.

tiene⁶. Las reglas del *ius gentium*, que contenían elementos foráneos, particularmente griegos, estaban concebidas con el expreso propósito de lidiar con las transacciones “transnacionales” de aquellos tiempos. Incluso se llegó a considerarlas como el derecho natural que podría servir a la humanidad toda, aun al propio *ius civile* romano, sobre el que terminó por prevalecer⁷. Por ello CICERÓN llamó al derecho cosmopolita *ius gentium*, término que connota un sistema jurídico basado en la razón natural y con soporte universal⁸.

Cabe enfatizar la peculiaridad de que en el Derecho romano, en principio, el jurista no extraía el derecho de la regla. Esta era apenas un auxiliar en la búsqueda dialéctica del derecho. Mucho menos se disponía de un “sistema de leyes”⁹. Junto a la aversión fundamental por lo

-
6. El *ius gentium* era aquella parte del Derecho privado romano que coincidía en sus ideas capitales con el Derecho privado de otros pueblos, en especial el griego. Se lo consideraba como una especie de *ratio scripta*, o sea como un derecho común a todos los hombres y de eficacia general (R. SOHM (nota 5), p. 103).
 7. Normas del *ius gentium*, surgidas para reglamentar relaciones de extranjeros, en principio aplicadas únicamente por el *praetor peregrinus*, se extendieron pronto a las generadas por los romanos, siendo aceptadas por el *praetor urbanus*. Aunque el *ius civile* no podía ser *ius gentium*, el *ius gentium* era necesariamente *ius civile*. Toda esta gama de relaciones significó un gran progreso para el Derecho romano, porque al lado de los solemnes pudieron celebrarse actos libres, con efectos que resultaran más adecuados a las intenciones de las partes (V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, Traducción de la Segunda Edición Italiana, Madrid, Editorial Reus, 1994, p. 182).
 8. De un mero apéndice al *ius civile*, el *ius gentium* pasó a ser el gran, aunque aún imperfecto, modelo hacia el cual el derecho debería moldearse. Su fin práctico de resolver problemas multiestatales dio el estímulo para especular sobre el derecho natural (F. K. JUENGER, “General Course on Private International Law” (1983), *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985, IV, Tome 193 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 138).
 9. El Derecho romano reservaba a las leyes el lugar reducido que les asigna la doctrina clásica del derecho natural: sirven para determinar ciertos preceptos particulares, cuya certeza es de “orden público”, utilizando la terminología actual. El resto conserva más libertad, se puede mover en zigzag, no en línea recta (M. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*, traducción brasileña de la edición francesa, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2005, p. 580). Los estoicos vieron el razona-

→

que hoy llamaríamos codificación¹⁰, se encontraba –resalta SCHULZ– la moderación observada, como principio, con respecto a toda promulgación estatal del derecho¹¹. Las leyes se dictaban solo para normar cuestiones de organización política o de carácter económico y social, como por ejemplo, en materia procesal, o para la regulación de los topes de intereses¹². Pero el auténtico Derecho privado se vio muy poco afectado por la legislación, teniendo un particular desarrollo a partir de la casuística. En este sentido, se registra una notoria analogía de la técnica jurídica romana con el sistema anglosajón, elaborado durante mucho tiempo en torno a precedentes jurisprudenciales¹³.

-
- miento dialéctico no como un método para llegar a los primeros principios, sino para analizar argumentos y definir conceptos por distinción y síntesis entre género y especie. No se encontraban concernidos por la exposición sistemática de Aristóteles. En la forma estoica son recibidas las dialécticas griegas en el segundo y primer siglos antes de Cristo, dentro del período republicano (H. BERMAN, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge / London, Harvard University Press, 1983, p. 134).
10. Las XII Tablas están muy lejos de ser lo que denominamos una codificación. Muchas instituciones esenciales del Derecho primitivo, o no estaban reglamentadas en la ley o, cuanto más, se las recogía incidentalmente para sancionar alguna norma diferente por su estructura o contenido de las originarias (V. ARANGIO-RUIZ (nota 7), pp. 78-79).
 11. F. SCHULZ, *Principios del Derecho Romano*, Segunda Edición Revisada y Corregida, de la traducción de la obra al español, Madrid, Editorial Civitas, 2000, p. 29.
 12. O las leyes *Cincia* (limitación de la libertad de donar), *Plaetoria* (protección de los menores contra las supercherías) y *Voconia* (limitación de los derechos hereditarios de las mujeres) (F. SCHULZ (nota 11), pp. 29-31).
 13. A pesar de que esto viene cambiando en tiempos recientes. Por ejemplo, en Inglaterra se han dictado, en materia contractual, diversos cuerpos normativos, como la *Sale of Goods Act* de 1979, el *Law Reform (Contributory Negligence) Act* de 1945, el *Unfair Contract Terms Act* de 1977, y el *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999. La mentalidad jurídica anglosajona no está, empero, imbuida del racionalismo que caracterizó al Derecho civil, al menos desde la Edad Media en adelante. Prevalece allí un razonamiento inductivo, casuístico y más bien pragmático, si bien recientemente se registran síntomas de una vocación más sistematizadora que la tradicionalmente característica dentro del pensamiento jurídico anglosajón (ver el artículo de J. M. SMITS, “The Europeanisation of National Legal Systems”, en M. VAN HOECKE (Ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004).

La idea de que el Derecho romano representaba un derecho universal, persistió a través de los siglos, al punto que el término *ius gentium* –o derecho de gentes– fue luego utilizado para connotar tanto el Derecho internacional público como el privado¹⁴. El derecho comparado, dice GLENN, equivalía al *ius gentium*, aunque no estaba reconocido como tal ni tenía un método formal¹⁵. En gran parte de las Edades Media y Moderna, se utilizaban prácticamente los mismos libros en la Europa continental¹⁶; de allí la afirmación de WALTON de que los abogados de entonces eran casi automáticamente comparatistas¹⁷.

Se hablaba así de un *ius commune*, calificado como un monumento edificado por la ciencia europea, para proveer a los juristas de modelos, de un vocabulario uniforme y de diversos métodos, orientándolos en la búsqueda de soluciones de justicia¹⁸. En palabras de CONSTANTINESCO, se trataba de una comunidad de estilo, de herencia, de origen y de inspiración (romana)¹⁹.

A la sazón, y a la par de este derecho “libresco”²⁰, fue consolidándose la llamada *lex mercatoria*. Esta expresión, atribuida a un autor anónimo

-
14. F. K. JUENGER, “The Lex Mercatoria and Private International Law”, *Louisiana Law Review*, Summer, 2000 (60 La. L. Rev. 1133, p. 1135). De allí el nombre de las obras de autores como GROCIO y varios otros que se ocuparon del Derecho internacional como “derecho de gentes”.
 15. H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Second Edition, New York, Oxford University Press, 2004, p. 157.
 16. F. H. LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, 1955, Connecticut, Greenwood Press Publishers, 1977, p. 27.
 17. Citado por F. H. LAWSON (nota 16), p. 27.
 18. R. DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Traducción al portugués de Hermínio A. CARVALHO, 4ª Edición, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2002, p. 45.
 19. Además de canónica, dada la influencia escolástica a partir del medioevo (L.-J. CONSTANTINESCO, *Tratado de Derecho Comparado*, Volumen I, Madrid, Editorial Tecnos, 1981, p. 62).
 20. Antes que un derecho “libresco” y dominado por académicos, el Derecho mercantil fue una creación pragmática de hombres prácticos ocupados con el comercio (J. H. MERRYMAN, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, Traducción de Eduardo L. SUÁREZ, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 36-37).

nimo de hacia fines del siglo XIII²¹, hacía alusión a entendimientos comunes compartidos por la comunidad mercantil de Occidente, que para entonces iba adquiriendo progresivamente un marcado carácter cosmopolita o universal, debido al florecimiento del comercio transfronterizo²².

La *lex mercatoria* medieval no llegó a constituir un cuerpo organizado de reglas escritas, sino más bien se trataba de normas consuetudinarias diversas y constantemente cambiantes, cada tanto reunidas en alguna que otra compilación²³ como, por ejemplo, la de los usos ingleses consolidados en el *Little Red Book of Bristol* de 1280; o el *Consulado del Mar*, compilado en la Barcelona del siglo XIV, que incluía los usos y costumbres de navegación mediterránea y del Golfo de Vizcaya; en tanto que los *Reglamentos de Wisby* y las *Ordenanzas Marítimas de la Hansa Teutónica* hacían lo propio con respecto al Mar Báltico y, en Italia, las *Tablas de Amalfi* compilaban las sentencias del Tribunal Marítimo de aquella localidad²⁴.

Esta forma de objetivación de los usos y costumbres medievales –y en ocasiones también de fallos que los recogían– se complementaba con la utilización de documentos o contratos estándares generados con el transcurrir del tiempo, a lo que contribuyó de manera importante la actividad de los notarios²⁵.

-
21. Que contribuyó en la Colección de Colfore incluida en el “Pequeño Libro Rojo de Bristol”. En el referido libro rojo se transcribe un tratado de 1280 sobre *lex mercatoria* (R. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2000, p. 198). En Inglaterra fue popularizada a partir del famoso tratado “*Consuetudo vel Lex Mercatoria*”, del inglés Gerald MALYNES, publicado en 1622.
 22. H. J. BERMAN / F. J. DASSER, “The “new” law merchant and the “old”: sources, content, and legitimacy”, en T. E. CARBONNEAU (Ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 53.
 23. R. GOODE, “Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law”, 1997, 46 *ICLQ* 1, p. 5.
 24. Ver J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *ius mercatorum, Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Editorial Colegios Notariales de España, 2003, pp. 31-32.
 25. H. J. BERMAN (nota 9), p. 341.

Por lo demás, las contiendas suscitadas entre comerciantes las resolvían comúnmente ellos mismos, o alternativamente jueces mercantiles o tribunales especiales²⁶, como los Consulados en España, entre los que se destacaban el de Valencia, creado en 1283; el de Mallorca estatuido en 1343; el de Barcelona que data de 1347 y el de Sevilla establecido en 1543. Los procedimientos ante estos llamados “tribunales consulares” eran ágiles e informales, y las decisiones quedaban a cargo de comerciantes no versados en derecho²⁷, caracterizados por obviar tecnicismos jurídicos, por respetar la voluntad de las partes y por la tendencia a decidir *ex aequo et bono* antes que por deducciones escolásticas abstractas de textos romanos²⁸.

Las consecuencias de la codificación del Derecho privado

La codificación intentó simplificar el Derecho privado, pero derivó en consecuencias perniciosas, al propiciar el “positivismo legislativo”²⁹, sumamente nocivo al menos para el mundo de los juristas del sistema de Derecho civil.

El peligro de ello ya había sido advertido antes en materia mercantil. Cuando COLBERT, propulsor de las célebres ordenanzas que precedieron a la codificación francesa, preguntó a VOLTAIRE cómo debería ser promocionado el comercio internacional por la legislación estatal, los comerciantes respondieron con la célebre frase “*laisser faire et laisser passer*”³⁰.

26. H. J. BERMAN (nota 9), p. 346.

27. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (nota 24), p. 30.

28. R. SCHLESINGER, citado en “International Business Law: A New Law Merchant, II Current Law and Social Problems”, 129 (1961), en C.-J. CHENG (ed.), *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*, p. 24.

29. Se advierte que este tema plantea múltiples interrogantes de orden teórico, y requeriría a su vez importantes matizaciones, lo cual excede el propósito de esta contribución.

30. F. VISHNER, “General Course on Private International Law”, *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992, I, Tome 232 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 135.

Sin embargo, a partir del siglo XIX, se produce la nacionalización del *ius commune* y de la *lex mercatoria*, expresándose en Códigos “nacionales”, lo que derivó también en el peculiar desarrollo del Derecho internacional privado “conflictualista” para la selección del derecho aplicable en transacciones transfronterizas.

Las consecuencias, catastróficas. Los mecanismos clásicos utilizados para buscar “estatizar” una vinculación privada internacional, recurrentemente complejos, contradictorios e insatisfactorios en incontables ocasiones, han generado una inseguridad jurídica sumamente nociva, palpable no tanto cuando los países se cerraban en virtud del proteccionismo extendido muchas veces durante los siglos XIX y XX, sino también absolutamente notoria en tiempos actuales³¹.

Nuevo escenario

Hoy existe mucho mayor grado de apertura económica en los distintos Estados, varios de ellos enfrascados incluso en procesos de integración o adscriptos a esfuerzos mundiales de liberalización, como los de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Pero la “internacionalización”, por así decirlo, va bien más allá de lo marcadamente económico. Los países vienen aceptando, por ejemplo, instancias supranacionales –es decir, más allá de lo estatal– de juzgamiento, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o mecanismos de resolución de conflictos regionales. Incluso, muchos Estados se han sometido a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), administrado por el Banco Mundial con sede en Washington, cuyos laudos son irre-

31. Sobre los efectos de esto en América, puede ampliarse en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “La Convención de México sobre el derecho aplicable a la contratación internacional”, en *Jornadas de Derecho Internacional*, U. Ottawa, Canadá, Publicación de la Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 2006, pp. 3 y siguientes.

curribles ante instancia nacional alguna. A lo que debe agregarse el enorme impacto que viene causando la adopción de normativas de origen convencional o legal, que admiten la aplicación de derechos “no estatales”, como usos y costumbres internacionales o principios generales³². Y, sobre todo en los últimos lustros, la adopción masiva de instrumentos internacionales que consagran y resguardan el arbitraje³³, con todas sus implicancias.

-
32. Los referidos principios se encuentran consagrados como fuente del derecho internacional desde hace ya un buen tiempo en los Estatutos de la Corte Internacional de La Haya (Art. 138), y además en otros numerosos instrumentos internacionales, de derecho privado y público. Así, el Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o ICSID en inglés), de Washington, 1965, prevé en su artículo 42 que podrán tener virtualidad “las normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”. A su vez, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá) se remite en su Art. 3º, a falta de acuerdo entre las partes, a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), cuyo Art. 30 prevé que en todos los casos se tendrán en cuenta “los usos mercantiles aplicables”. Por su parte, los acuerdos de arbitraje del MERCOSUR aluden en su Art. 10 “al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional”. Esta apertura surge también del Art. 25, inciso 3º. Resulta, asimismo, sumamente trascendente la derivación que puede hacerse de una norma del propio Tratado de Asunción, constitutivo del MERCOSUR, que en su Anexo 2, relativo al Régimen General de Origen, utiliza la terminología de FOB y CIF (Arts. 1º y 2º). No aclara su significado ni alcance, pero evidentemente se refiere a los términos usuales que ha institucionalizado la Cámara de Comercio Internacional. Con ello, efectúa un reconocimiento formal a estas fuentes no estatales. También dentro del MERCOSUR el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias, reconoce un orden jurídico supranacional o transnacional al referirse en su Art. 34.1, entre las consideraciones a ser tenidas en cuenta con respecto al derecho aplicable, “...a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia”.
33. Sobre los efectos de esto en la labor codificadora de la OEA en América, ver J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Quo Vadis CIDIPs”, en D. P. FERNÁNDEZ ARROYO / J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Protección de los Consumidores en América*, Asunción, Editorial La Ley Paraguaya, 2007.

Incidencia del arbitraje en los desarrollos recientes

Está visto que los comerciantes de la Edad Media frecuentemente sometían sus disputas a sus propios pares –otros comerciantes– o a terceros, no jueces, que arbitraban en ellas. La consolidación de los Estados-Naciones y el avance de las ideas de soberanía estatal de los últimos siglos, entre otros factores, contribuyeron a que el arbitraje quedara arrinconado durante un buen tiempo, sobre todo como alternativa efectiva para la resolución de disputas transnacionales. El escenario cambia por completo en las últimas décadas, en que, a la par de otros acontecimientos, ya señalados, que inciden en crear una atmósfera jurídica cosmopolita, el arbitraje comercial internacional viene adquiriendo cada vez mayor preponderancia y difusión, sobre todo a través de contiendas muy conocidas, como las relativas a la nacionalización del petróleo en países árabes de los años 1970 y 1980³⁴. Hoy día se lo utiliza masivamente en transacciones internacionales importantes como –entre otras– las relativas a compraventa internacional de mercaderías, *joint ventures*, contratos de construcción y de distribución.

Pues bien, es indudable el decisivo aporte del arbitraje internacional y sus desarrollos recientes en el paulatino retorno a la universalización del Derecho privado. Ello se ha producido como natural consecuencia de la creciente aceptación del principio de la libertad contractual o “autonomía de la voluntad” en el Derecho internacional privado, consagrado por numerosos Estados nacionales y reconocido en instrumentos internacionales preponderantes³⁵. En ejercicio de dicha fa-

34. Ver Y. DEZALAY / B. G. GARTH, *Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago / London, The University of Chicago Press, 1996, p. 75.

35. El principio de la autonomía de la voluntad en materia internacional se propaga por Europa durante los siglos XVII y XVIII, y sobre todo con el liberalismo del siglo XIX, con apoyo de doctrinas como las de HUBER, VOET, FOELIX, SAVIGNY, MANCINI y STORY, a lo cual vino a sumarse su consagración en la jurisprudencia francesa de 1840 a 1874.



cultad, sujetos de diferentes países recurren voluntariamente al arbitraje, usualmente regido por principios y reglas aceptados y difundidos internacionalmente –a los cuales se remiten o se adhieren expresa o implícitamente los contratantes–, que son, en no pocos casos, precedentes para otras vinculaciones análogas. Así, de la praxis arbitral re-

-
- El proceso queda consolidado en Francia con el fallo de la máxima instancia judicial –Tribunal de Casación– del 5 de diciembre de 1910, en el asunto *American Trading Company contra Québec Steamship Company Limited*. En Alemania, si bien no fue previsto en la Ley de Introducción al Código Civil de 1896, el principio ha sido aceptado jurisprudencialmente, y hoy en día también en doctrina. En Italia, la autonomía de la voluntad ya había sido recogida en el Código Civil de 1865, y hace lo propio, actualmente, el Código Civil de 1942, en su artículo 25 relativo a disposiciones preliminares. Asimismo, lo hacen el artículo 6:248 del Código Civil Holandés y la Sección 859 del Código Civil austríaco. En el derecho inglés también ha sido admitida durante mucho tiempo por los tribunales la libertad de las partes de elegir la ley que regirá el contrato (*proper law of the contract*). De hecho, *proper law* es un término de indirecta referencia a la ley que el tribunal sostiene debería gobernar la validez y la interpretación del contrato. Es, consecuentemente, manifestación de la libre voluntad de las partes, en tanto expresen su intención, sea esta legal y haya habido una elección de buena fe (R. H. GRAVESON, *Comparative Conflict of Laws, Selected Essays*, Volume I, Ámsterdam/ New York/ Oxford, North-Holland Publishing Company, 1977, p. 289). Al otro lado del Atlántico, el principio de la autonomía de la voluntad (*party autonomy*) lo terminó consagrando definitivamente el segundo *Restatement* de 1971, en su sección 187. Casos emblemáticos reafirmaron el principio en los Estados Unidos (*Bremen v. Zapata* (1972) y *Scherk v. Alberto Culver Co.* (1974)). La autonomía de la voluntad ha sido recibida también en importantes Tratados Internacionales de Derecho internacional privado, como las Convenciones de La Haya de 1955 sobre la ley aplicable a las ventas internacionales de objetos muebles corporales (artículo 2); el Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje (artículo VIII); el Convenio de Washington de 1965 sobre resolución de litigios relativos a inversiones (artículo 42); y el Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y la representación (artículo 5). También lo ha consagrado el Tribunal Internacional de Justicia Permanente, ya en el año 1929, en un asunto relativo a préstamos del Brasil. JAYME resalta, además, que el principio de la libertad individual se encuentra reconocido por diversas cartas y declaraciones que enuncian derechos fundamentales del hombre, como el artículo 29, parágrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que alude al libre y pleno desarrollo de la voluntad (ver E. JAYME, “Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne, Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, IV, Tome 251 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 147).

nace –o se extiende en su consolidación– un derecho consuetudinario universal como lo fue el de los mercaderes en la Edad Media, al punto incluso de que organismos internacionales han propuesto su cristalización en cuerpos normativos como convenciones, guías legislativas, leyes modelo u otros instrumentos análogos, o bien han ensayado consolidarlo en documentos peculiares³⁶.

Con respecto a esto último, grupos de expertos han trabajado para detectar y reformular (*to restate*) los “principios” del nuevo derecho universal (o *lex mercatoria* o derecho transnacional). Los trabajos resultantes se encuentran consignados en textos con redacción parecida a la de las normas legislativas, acompañados de comentarios y ejemplificaciones. Ello al igual que los llamados “*Restatements*” norteamericanos, de elaboración académica, no destinados a obtener sanción estatal – aunque sí pueden inspirar reformas normativas– que resumen así las tendencias preponderantes en diversos temas.

Sobre el particular, UNIDROIT (acrónimo francés de un instituto intergubernamental con sede en Roma, vinculado a Naciones Unidas a través de un acuerdo de cooperación) publicó en los años 1994 y 2004 “Principios” de Derecho Contractual (en adelante “Principios UNIDROIT”³⁷); y en el seno de la Unión Europea se publicaron también “Principios” similares en los años 1995 (parte I), 1999 (partes I y II) y 2003 (parte III) (en adelante “PECL”)³⁸.

-
36. Puede profundizarse al respecto en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Nueva Lex Mercatoria: ¿Fantasma creado por profesores de La Sorbona?”, *Revista de Derecho Mercantil Internacional*, Colombia, Editorial Legis, 2003.
37. Puede profundizarse al respecto en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?”, en *Revista Foro de Derecho Mercantil*, Bogotá, Editorial Legis, 2005.
38. A nivel estatal, la Cámara de los Lores de Inglaterra ha sido la primera corte europea en citar los PECL, ya en el año 2001 (*Director General of Fair Trading v First National Bank*) (ver C. VON BAR, “Comparative Law of Obligations: Methodology and Epistemology”, en M. VAN HOECKE (Ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, p. 126).

Entre varias aplicaciones, estos principios pueden ser adoptados por las partes como reglas en sus contratos, o servir como guías a árbitros y juzgadores en lo que respecta al *status* de los usos y principios internacionales. En UNILEX, Base de Datos del Centro para Estudios Comparativos e Internacionales, se encuentran numerosas contiendas en que se alude a los Principios UNIDROIT. Estos se encuentran citados por juzgadores en al menos una centena de casos arbitrales y más de una treintena de casos judiciales³⁹ (lo que indica que su relevancia no ha quedado reducida al arbitraje⁴⁰). En doce casos se alude a los Principios UNIDROIT como expresión de “principios generales del Derecho”; y en diez se los considera aplicables cuando las partes se remiten a usos relevantes del comercio, en tanto que en tres se los identifican con la “*lex mercatoria*”⁴¹. Al analizar laudos arbitrales recientes,

-
39. Expresa KRONKE que al reconocerse virtualidad a principios como los de UNIDROIT, desaparece la diferencia según la forma como se litigue, judicial o arbitral (H. KRONKE, “The Scope of Party Autonomy in Recent UNIDROIT Instruments and the Conflict of Laws in the MERCOSUR and the European Union”, en *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Opertti Badán*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 296).
40. Ver base de datos www.unilex.info. Se tiene noticia de que todos los siete capítulos de los Principios UNIDROIT de 1994 han sido citados en precedentes arbitrales, principalmente los del capítulo séptimo relativo al no cumplimiento. Son muy utilizadas las reglas 1.7 (buena fe), 4.1 a 4.5 (interpretación), 5.3 (cooperación) y 6.2.1 a 6.2.3 (*hardship* o excesiva onerosidad sobreviniente) (P. MAYER, “The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice” – Special Supplement 2002, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, pp. 106-107). Los Principios UNIDROIT están destinados a aplicarse no solo en la esfera arbitral, sino también por tribunales ordinarios, a cuyo respecto existen precedentes en Holanda y Australia, por ejemplo. Así también, un pronunciamiento de la Corte Distrital del Sur de California los reconoció ante el cuestionamiento de la decisión de un tribunal arbitral que los había aplicado, lo cual había motivado que se atacara judicialmente la ejecución del acuerdo bajo el artículo V(1)(c) de la Convención de Nueva York sobre ejecución de laudos arbitrales, pedido que fue finalmente desestimado (ver J. D. M. LEW, “The UNIDROIT Principles as *lex Contractus* Chosen by the Parties and Without an Explicit Choice-of-Law Clause: The Perspective of Counsel” – Special Supplement 2002, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, ICC, p. 69).
41. Ver también en A. BONOMI, “The Principles of Party Autonomy and Closest Connection in the Future EC Regulation “Rome I” on the Law Applicable to Contractual Obligations”, en *DeCITA, Derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 2005, p. 333.

FARNSWORTH concluye que los árbitros realmente consideran los Principios UNIDROIT como una representación de los principios generales del derecho contractual internacional o de la *lex mercatoria* si así se quiere llamarlos⁴².

Resulta innegable que aun hoy un arbitraje internacional tiene peculiaridades que lo distinguen claramente de litigios ante jueces nacionales. Se ve reflejado –en general– en los casos arbitrales el deseo de quienes se someten a este medio de resolución de disputas de evitar una solución “legalista”, por así decirlo, a sus conflictos mercantiles. Los comerciantes frecuentemente sienten que los tribunales ordinarios no entienden las realidades del intercambio comercial. Y los árbitros, cuya misión originaria deriva del acuerdo de las partes, deberían –y generalmente lo hacen–, dar prelación a las reglas que ellas mismas han establecido para sus vinculaciones, es decir, los términos del contrato y los usos, costumbres y prácticas que normalmente les sirven de marco.

Ahora bien: lagunas, ambigüedades o divergencias interpretativas con respecto al contrato, plantean el complejo problema del derecho aplicable, que puede surgir, contrariamente a cuanto se asume, no solo de plantearse una disputa, sino al comienzo mismo o en cualquier

42. E. A. FARNSWORTH, “The Role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (2): a US Perspective on their Aims and Application” – Special Supplement 2002, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 22. Refiere BERGER que el movimiento mundial de creciente aceptación de los principios UNIDROIT desde el estadio de las negociaciones contractuales hasta la resolución de disputas a través de tribunales arbitrales internacionales y tribunales domésticos dará un nuevo ímpetu a la doctrina y práctica de la nueva *lex mercatoria* (K. P. BERGER, “International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 46 *Am. Comp. L. J.* 129, p. 11). Algunos consideran que los Principios UNIDROIT constituyen un eje del debate sobre *lex mercatoria* y podrían convertirse en el corazón de la misma, a pesar de lo cual no se identifican con ella; otros los consideran una codificación de principios generales y *lex mercatoria*. Este debate es académico, puesto que en la práctica –expresa LEW– dichos principios son utilizados para dar reglas concretas a la *lex mercatoria* (J. D. M. LEW (nota 40), p. 88).

momento de la ejecución del acuerdo. De allí –expresa DERAIS– que no resulta exagerado decir que la ignorancia sobre el derecho aplicable al contrato no solo complica la solución de controversias, sino puede contribuir incluso a que aparezcan. Si las partes no saben cuál regla se aplica a su relación contractual, cada una de ellas, de buena fe, estará tentada a ejecutar el convenio conforme al derecho que conoce mejor (como, por ejemplo, el de su país) sin percibir que al hacerlo, está incumpliendo con sus obligaciones, dando pie, precisamente por ese hecho, al nacimiento de un conflicto. Por lo demás, una parte de mala fe puede tomar ventaja de cualquier incertidumbre relativa al derecho aplicable e intentar ceñirse al que mejor sirve sus propios intereses⁴³.

El problema del derecho aplicable constituye uno de los puntos más debatidos en arbitraje comercial internacional, en el que existe el mayor cuerpo de precedentes arbitrales y el cual ha dado lugar al mayor número de casos en que los árbitros de la Cámara de Comercio Internacional citan laudos previos⁴⁴. Debe considerarse que dicho organismo es el referente principal de arbitraje a nivel mundial. Fundado en 1919, recibió en 1998 su caso 10.000, publicando sus laudos desde 1974 en *“Journal du droit international”*, los que, a partir de entonces, también aparecen en otras publicaciones. Estos laudos, a su vez, citan o se apoyan en muchos casos en otros anteriores⁴⁵.

Se van creando así las condiciones, paulatinamente, para un retorno al cosmopolitismo de tiempos históricos de esplendor del Derecho privado. Ya veremos cómo esto se viene desarrollando en los hechos y el papel preponderante que cumple la Convención de Nueva York en el proceso en ciernes.

43. Y. DERAIS, *The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration*, p. 10.

44. L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications, 2000, p. 641.

45. Cientos de fallos de distintos tribunales arbitrales, sin embargo, no han sido publicados, ya sea por razones de confidencialidad, ya sea porque han sido mutilados para proteger dicha reserva.

Rol de la Convención de Nueva York y la vuelta al universalismo

El arbitraje y el derecho transnacional allí en proceso de consolidación han tenido un impulso vertiginoso a partir de la segunda mitad del siglo XX, fundamentalmente a partir de la adopción de la Convención de Nueva York de 1958 sobre ejecución de laudos arbitrales. Por lo demás, teniéndola como inspiración y telón de fondo, se ha elaborado la ley modelo de arbitraje propiciada por UNCITRAL en el año 1985, hoy día seguida –al menos en gran parte de sus soluciones– por numerosos países de los distintos continentes.

Calificada como “*astonishingly succesful*” (GOODE)⁴⁶ y como el “pilar en el cual descansa el edificio del arbitraje internacional (WETER)⁴⁷, la Convención de Nueva York prevé condiciones uniformes para la ejecución de los laudos arbitrales en los países adherentes, amén de confirmar el criterio de que las partes se rigen por el derecho que elijan.

Destaca CARBONNEAU que dicho instrumento prácticamente ha eliminado la relevancia del derecho doméstico y ha profundizado el carácter transnacional del arbitraje⁴⁸. Sobre el particular, resulta contundente la Declaración de la Conferencia de El Cairo de la *International Law Association* (abril de 1992), alusiva a la Convención de Nueva York, en los siguientes términos: “El hecho de que un árbitro internacional haya sustentado un laudo en normas transnacionales (principios generales del derecho, principios comunes a muchos derechos, derecho internacional, usos del comercio, etc.), en vez del derecho de un Estado

46. R. GOODE, “The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration”, *Arbitration International*, Vol. 17 No. 1, 2001, p. 22.

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

48. T. E. CARBONNEAU, “The Remaking of Arbitration: Design and Destiny”, en T. E. CARBONNEAU (Ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, pp. 32, 33 y fallos mencionados al pie.

determinado, no debería, por sí mismo, afectar la validez o el carácter ejecutorio del laudo cuando las partes acordaron que el árbitro aplicaría normas transnacionales, o cuando las partes guardaron silencio respecto al derecho aplicable”.

Pues bien, al ser libres los contratantes en elegir su derecho aplicable, independientemente de regulaciones locales o al otorgarse dicha facultad a los árbitros, cabe admitir que alguna forma de *lex mercatoria* –o derecho, o principios, o usos supranacionales, o como se lo llame⁴⁹,

49. La terminología alusiva a la nueva *lex mercatoria* es caótica. En las primeras décadas del siglo XX LAMBERT utilizaba la expresión “derecho corporativo internacional” (*droit corporatif international*). JESSUP en su obra *Transnational Law* de 1956, parece haber sido el primero en poner en circulación esta expresión, con la que se pretende superar la división tradicional entre el aspecto público y privado de las relaciones internacionales (ver F. RIGAUX, *Derecho Internacional Privado, Parte General*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1985, p. 81). Modernamente la utilizan autores como GOODE (R. GOODE, “Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law”, 1997, 46 *ICLQ* 1, p. 2), MUIR WATT (H. MUIR WATT, “New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help?”, en M. VAN HOECKE (Ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, p. 277), LOUSSOUARN, BORUEL y VAREILLES SOMMIÈRES –quienes también aluden a un “orden superior” (Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8e édition, Éditions Dalloz, 2004, p. 3), entre varios otros. También se habla de un “derecho a-nacional”, término atribuido a FOUCHARD (J. MUSTILL, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years”, en *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, p. 151, nota al pie), en tanto que los Principios UNIDROIT de derecho contractual utilizan la palabra “supranacional”. También puede verse en BERMAN la utilización de la expresión “world law” (derecho mundial) (H. J. BERMAN, “Is Conflict-of-Laws Becoming Passe?, An Historical Response”, *Emory University School of Law, Public Law & Legal Research Paper Series*, Research Paper No. 05-42, <http://papers.ssrn.com/abstract=870455>). ILLESCAS y PERALES VISCASILLAS, por su parte, en vez de utilizar expresiones como *lex mercatoria*, Derecho mercantil internacional, Derecho comercial internacional o Derecho del comercio internacional, se inclinan por adoptar –por considerarla más adecuada– la terminología de Derecho uniforme del comercio internacional (R. ILLESCAS ORTIZ / P. PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2003, pp. 28 y ss.). Actualmente se encuentran muy en boga las expresiones en inglés *soft law*, o derecho de génesis no-estatal, y su contrapartida *hard law*, que sí tiene dicho origen.

existe y controla la resolución de disputas en comercio internacional a través del arbitraje⁵⁰. WETTER prefiere hablar de un “derecho internacional del arbitraje” (*international law of arbitration*) que crece paulatinamente, de manera análoga al *common law*, en base a precedentes y prácticas, señalando que la expresión *lex mercatoria* está muy desgastada y tiene limitado alcance⁵¹. Sea cual fuera la terminología adoptada, el camino a la universalización es –podría decirse– uno sin retorno.

Ahora bien, el derecho transnacional o la llamada nueva *lex mercatoria* se consolidó en tiempos recientes luego de mucha renuencia⁵². Puede afirmarse que Francia ha estado en la vanguardia en este tema, sobre todo por los contornos que la doctrina ha dado a la casuística arbitral y judicial, con particular impulso a partir de la década de los sesenta⁵³. Mucho ha contribuido para todo esto el arbitraje y las condi-

50. T. E. CARBONNEAU (nota 48), pp. 34-35.

51. L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 44), pp. 624-625.

52. BORN cita el caso No. 4237 de la Cámara de Comercio Internacional, en que el tribunal considera, pero rechaza, la posibilidad de aplicar la *lex mercatoria* para resolver la disputa. Recientemente, sin embargo, las decisiones judiciales han sugerido con vehemencia que la mayoría de los tribunales reconocerían laudos arbitrales internacionales basados en la *lex mercatoria* (ver G. B. BORN, *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials*, Second Edition, Transnational Publishers Inc. and Kluwer Law International, p. 556).

53. Debido al influjo de la doctrina francesa, algunos críticos han llegado a afirmar que se está ante un “fantasma creado por profesores de la Sorbona” (ver G. Teubner, “Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems”, en *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 149), p. 151. En general, ver J. A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 36). Ello en alusión a GOLDMAN y otros juristas franceses que instalaron el debate contemporáneo en torno al derecho transnacional así manifestado. GOLDMAN señala dos concepciones de la *lex mercatoria*: una amplia, que incluye todos los principios y reglas que gobiernan las relaciones económicas internacionales, sean tratados, o incluso legislaciones estatales designadas para relaciones internacionales. Esto sumado a reglas espontáneas de los comerciantes, como usos y principios generales de allí emergentes. GOLDMAN se adhiere a la concepción restrictiva que solo considera como *lex mercatoria* a estos últimos, sin perjuicio de que tratados internacionales puedan, por remisión, admitir la aplicabilidad de los usos y principios generales (B. GOLDMAN, en T. E. CARBONNEAU (Ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, xxi).

ciones propicias creadas para su desarrollo a partir de la adopción de la Convención de Nueva York en 1958.

Apenas un poco antes, en 1950, la Corte de Casación Francesa había resuelto que “todo contrato internacional queda sometido necesariamente al derecho de un Estado” (*Etat Francais c. Comité de la Bourse d’Amsterdam et Mouren (Messageries maritimes)*). Esta posición no duró por mucho tiempo. Y el arbitraje abrió la senda. Una de las primeras emancipaciones del derecho nacional en dicho ámbito –según lo destacan CRAIG, PARK y PAULSON– se dio con un laudo emitido dentro de un proceso regido por reglas de la Cámara de Comercio Internacional (Caso N° 1641 de 1969), conforme al cual, al no haber las partes indicado en sus acuerdos el derecho nacional al que intentaban sujetar sus relaciones o disputas, le han dado implícitamente al árbitro la discreción y el poder para interpretar sus obligaciones y aplicar las reglas de derecho que correspondan o, en su defecto, los usos comerciales⁵⁴.

A esto seguirían no solo otros laudos arbitrales, sino paradigmáticos pronunciamientos de la Corte de Casación Francesa⁵⁵. En 1981, ha sentado dicho tribunal que un laudo resuelto según la *lex mercatoria* no equivale necesariamente a un fallo basado en equidad (*Fougerolle c. Ban-*

54. La referencia se encuentra en L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 44), p. 333. DERAINS cita un fallo también dentro de un proceso de la CCI (No. 1581), de 1971, conforme al cual “en tanto el tribunal arbitral deriva sus poderes y su jurisdicción de los términos de referencia y, a diferencia de un tribunal local, está ligado por la voluntad de las partes, cuando ellas la expresaran en mutuo acuerdo”... “en tanto, consecuentemente, a pesar del hecho de que, sorprendentemente como puede ser visto, *prima facie*, a la luz de los principios de Derecho internacional privado un caso cuyos elementos centrales están situados en Suiza ha sido vinculado a la legislación francesa, el tribunal está atado a declarar el derecho francés como el aplicable al caso”. El fallo aparece en el *Journal du Droit International*, 1974, p. 887.

55. No se explica LOWENFELD por qué el debate sobre *lex mercatoria* se concentra casi exclusivamente en el arbitraje, en tanto que la cuestión también se plantea con respecto a los fallos judiciales (A. F. LOWENFELD, “Lex Mercatoria: An Arbitrator’s View”, – Special Supplement 2002, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 74).

que de Proche Orient). En el referido caso, la Corte de Casación no revirtió un laudo en que los árbitros decidieron que la disputa se resolvería según principios generalmente aplicables en el comercio internacional –o *lex mercatoria*–, incluso sin que las partes hubieran hecho mención a ello⁵⁶.

Otro caso francés resultó derivación de lo resuelto en Austria en 1982, en que la Corte Suprema de este país no invalidó un laudo proferido en Viena según las reglas de la Cámara Internacional de Comercio (*Pabalk Ticaret c. Ugilor/Norsolor*)⁵⁷. En el caso, los árbitros entendieron difícil elegir entre dos derechos nacionales, y optaron por recurrir a la *lex mercatoria*⁵⁸, sin que las partes contratantes se hubieran remitido, en su momento, ni a ella ni a *amiable composition*⁵⁹.

En 1989, la Corte de Apelaciones de París llegó a atribuir un carácter normativo⁶⁰ al derecho transnacional (*Compañía Valenciana de Ce-*

56. A pesar de las dudas que plantea, el caso *Fougerolle* puede verse como un primer modesto paso a considerar la *lex mercatoria* como *lex fori* dentro del arbitraje internacional (F. DE LY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Netherlands, Elsevier Science Publishers B.V., 1992, pp. 255-256). Desde una posición crítica, refiere MUSTILL que, de las razones económicas dadas por la Corte no resulta claro si la decisión estaba fundada en la *lex mercatoria*, y puede no resultar seguro sacar muchas conclusiones al respecto (J. MUSTILL (nota 49), pp. 169-170).

57. Desde una perspectiva crítica, entiende MUSTILL que la decisión de la *Oberster Gerichtshof* austríaca no parece como un endoso de la *lex mercatoria* como tal, sino un reconocimiento de los limitados poderes de la Corte cuando el razonamiento del tribunal es atacado. En Francia, donde se buscó el *exequatur*, la Corte de Casación no repudió la noción de la *lex mercatoria*. Sin embargo, señala MUSTILL, ello no llega a ser una vindicación de la *lex* como se dijo. GOLDMAN entre otros reconoce que no se llegó tan lejos (J. MUSTILL (nota 49), p. 170).

58. En el caso *Norsolor*, la Corte acepta que la *lex mercatoria* consiste en reglas jurídicas que pueden ser aplicadas, aun si las partes no han autorizado al tribunal arbitral a actuar como *amiables compositeurs* (F. DE LY (nota 56), p. 257).

59. Ver referencia en O. Landö, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration" (1985) 34 *ICLQ* 747, p. 757.

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

mentos Portland c. Société Primary Coal Inc. 1989)⁶¹, expresado en los principios y usos de comercio denominados *lex mercatoria*⁶². En tanto que en 1991, la Corte de Casación decidió que un árbitro que aplique *lex mercatoria* o reglas transnacionales, en lugar de normas creadas por el Estado, decide conforme a derecho⁶³, lo que fue reafirmado en fallos ulteriores, como el de 1993, en que dicha Corte proclamó la autonomía de la cláusula compromisoria sobre la base de una regla material del “derecho internacional del arbitraje” (*Dalico Contractors c. Comité de la Municipalité de Khoms El Mergib*)⁶⁴. La misma línea fue seguida en los casos *Uni-Kod* (2004)⁶⁵ y *Némesis* (1  Sala Civil, 2005)⁶⁶.

Nuevamente, en 2007, en el caso *PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding* la Corte de Casación confirmó la existencia de un orden jurídico arbitral distinto de los sistemas normativos nacionales. Además, caracterizó el laudo arbitral como una decisión judicial internacional⁶⁷.

-
61. La Corte concluyó que la decisión arbitral estuvo correcta, puesto que la aplicación del derecho español, el de Nueva York o el inglés –que podrían también tener conexión con el caso– hubiera frustrado la tácita voluntad de las partes contratantes (caso CCI 5953, 1990) (F. DE LY (nota 56), p. 261).
62. E. JAYME (nota 35), p. 87.
63. Y. DERAIS / E. A. SCHWARTZ, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, México D.F., Oxford University Press, 2001, p. 268, nota al pie.
64. En esta contienda, una de las partes había alegado que el convenio arbitral era inválido por no cumplir con los formalismos exigidos por el derecho aplicable al contrato principal (en ese caso, el derecho libanés). La Corte resolvió que en virtud de regla material del Derecho internacional del arbitraje, la cláusula compromisoria es independiente jurídicamente del contrato principal que la contiene. Su existencia y eficacia se aprecian reservando la aplicación de reglas imperativas del derecho francés y del orden público conforme a la voluntad común de las partes, sin que sea necesario referirse a ningún derecho nacional (J. M. GARCÍA REPRESA, en J. M. GARCÍA REPRESA / F. MANTILLA-SERRANO / C. N NEZ-LAGOS, Coordinación: A. Mourre / F. Mantilla Serrano, “Panorama de Jurisprudencia Francesa (por el Capítulo Francés del Club Español del Arbitraje)”, *Revista del Club Español del Arbitraje* – 3/2008, p. 101).
65. Rechazando la aplicación de derecho ruso.
66. Efecto positivo del principio competencia-competencia.
67. Es la primera vez en que se expide la Corte de Casación sobre este tema desde las famosas decisiones *Hilmarton*, mencionadas más abajo, y este caso tiene importancia por el marco teórico que brinda el tribunal a esta solución (ver P. PINSOLLE, *The Status of Vacated Awards in France: the Cour de Cassation Decision in Putrabali*, pp. 277-278).

Un tiempo antes, en el caso *Jules Verne et al. c. American Bureau of Shipping* (2006) el alto tribunal había reconocido, expresamente, virtualidad al “derecho a-nacional”⁶⁸.

En Inglaterra, DALHUISEN hace notar una actitud definitivamente favorable a la *lex mercatoria* a partir del caso *Eagle Star v. Yuval*, del año 1978⁶⁹. Pero indudablemente, el “landmark case” es *Deutsche Schaubau- und Tiefbohrergesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd.* (1987). Allí, la Corte Inglesa de Apelaciones rechazó el argumento de que violaría el orden público la ejecución de un laudo que, sin invocar derechos nacionales, se encuentra basado en principios del derecho internacionalmente aceptados para las relaciones contractuales y, más en concreto, la práctica común en arbitrajes internacionales, particularmente en el campo de concesiones de hidrocarburos⁷⁰.

68. J. M. GARCÍA REPRESA (nota 64), pps. 94 y ss.

69. J. H. DALHUISEN, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Portland, Hart Publishing, 2000, p. 118.

70. International Law Association, London Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration, Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (www.ila-hq-org), pp. 27-28. Se trataba de un acuerdo para la exploración de petróleo y gas hecho por el gobierno y una compañía del gobierno, de un lado; y del otro un consorcio de compañías registrado en varios países. El arbitraje, sometido a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, se llevó a cabo en Ginebra. El gobierno y la compañía de petróleo declinaron cumplir alegando que fueron inducidos por engaños (*misrepresentation*). La disputa fue sometida a arbitraje y el gobierno no participó del mismo. Los árbitros decidieron en los hechos sosteniendo que el engaño no quedó establecido y que no había otro argumento para declarar inválido el acuerdo. En el laudo (CCI 3572) dijeron los árbitros que “la elección del derecho a ser aplicado al acuerdo es de pequeña significación, si alguna, bajo las circunstancias prevalecientes”. Pero, no obstante, expresaron una elección, presumiblemente porque se sintieron obligados según los términos de referencia, rechazando el derecho del país donde el acuerdo sería ejecutado, y sostuvieron que principios internacionalmente aceptados de derecho rigiendo las relaciones contractuales eran “*the proper law*”. De esto se asió la compañía para impugnar el fallo en Inglaterra. Se pretendió la no ejecución del laudo por resultar contrario al orden público, porque los principios aplicados por los árbitros eran inseguros en cuanto a su determinación. El planteo, está visto, no tuvo éxito. MUSTILL relativiza las



Otros tribunales superiores europeos también han admitido –o tolerado– la aplicación de la *lex mercatoria*. Ya hemos mencionado la decisión de la Corte Austriaca en *Norsolor* (1982). Además, existen pronunciamientos en ese sentido de la Corte de Casación Italiana (caso *Damiano*, 1982) y de la Corte Suprema de Suecia (*Götaverken Arendal AB v. Libyan General Maritime Transport Co.*⁷¹).

Al otro lado del Atlántico, el camino quedó allanado en los Estados Unidos de América con el caso *The Bremen v. Zapata Offshore Co.*, de 1972⁷², dictado en el marco de un litigio ante tribunales nacionales, en que la Corte Suprema profirió –en palabras de BORCHERS– una magnífica decisión cosmopolita, basándose en el endoso mundial a la idea de que las partes pueden elegir de antemano el foro y el derecho que las gobernará⁷³. El golpe de gracia lo dio la misma Corte Suprema en 1985, ya en un caso sometido a arbitraje, en que se dejó sentado que el tribu-

→ circunstancias de este caso, por las particularidades del arbitraje llevado a cabo en Suiza, que no contradecían el orden público inglés (J. MUSTILL (nota 49), pp. 171-172). Este fallo llegó a manos de MUSTILL cuando estaba por enviar a imprenta su artículo (renuente hacia la *lex mercatoria*), y señaló que, no obstante lo anteriormente dicho, será bienvenido por mercatoristas (J. MUSTILL (nota 49), p. 171).

71. F. VISHNER (nota 30), p. 143. Así también, las prácticas de la *lex mercatoria* son mayoritariamente aceptadas por la magistratura brasilera (Ver el artículo de B.-H. RAVA / L. DA ROS, “Posicionamentos da Magistratura brasileira sobre a nova lex mercatoria”, en *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Volume 26, Dezembro 2006, particularmente en la p. 54).

72. La Corte Suprema de Estados Unidos dio virtualidad a una cláusula de selección de foro entre una empresa alemana y otra norteamericana, requiriendo que su disputa sobre una operación en alta mar sea litigada en una corte inglesa. Sin preocuparse de cuestiones teóricas, como si la cláusula podría dejar de lado a tribunales federales o la jurisdicción marítima, o si la cláusula debería ser regida por leyes domésticas o foráneas, la Corte escribió –en palabras de BORCHERS– una magnífica decisión cosmopolita, basándose en el endoso mundial a la idea de que las partes pueden elegir de antemano el foro y el derecho que las gobernará (P. J. BORCHERS, “The Triumph of Substance over Rules of Choice in International Commercial Transactions: From the Lex Mercatoria to Modern Standards”, en M. J. RAISCH / R. I. SHAFFER (Eds.), *Introduction to Transnational Legal Transactions*, New York/ London/ Rome, Oceana Publications Inc., 1995, p. 153).

73. P. J. BORCHERS (nota 72), p. 153.

nal arbitral no se debía a normas de Estados en particular, y sí está obligado a dar virtualidad a la intención de las partes (*Mitsubishi Motor Corp. c. Soles Chrysler-Plymouth Inc.*)⁷⁴.

Cabe destacar con GRIGERA NAÓN que, aun cuando el derecho aplicable al fondo de la controversia estuviera aparentemente limitado a la selección de un “derecho”, un importante sector de la doctrina y distintos laudos arbitrales decidieron que esa referencia no impedía pronunciarse a favor de la aplicación de principios generales del derecho, *lex mercatoria* o derecho transnacional⁷⁵. Es más: en casos recientes se resolvió que –incluso– no era necesaria referencia a derecho alguno en la

-
74. 473 U.S. 614, 636 (1985). Ver A. T. VON MEHREN, “Arbitration Between Status an Foreign Enterprises. The Significance of the Institute of International Law’s Santiago de Compostela Resolution”, 5 *ICSID Rev. – Foreign Investment L.J.* 54, 1990, p. 60. Refiere DEZALAY y GARTH que este fallo alteró la relación entre tribunales, el gobierno federal y la regulación de la empresa privada establecida luego del *New Deal*, cambiando el escenario de resolución de disputas en los Estados (Y. DEZALAY / B. G. GARTH (nota 34), pp. 156-157). En este caso, un representante de automóviles (Soler) intentó evitar una cláusula de arbitraje en su contrato de distribución con la empresa transnacional Mitsubishi. La cláusula preveía el arbitraje en Japón sometido a las reglas y procedimiento de la *Japan Comercial Arbitration Association*. Soler se resistió al arbitraje sosteniendo que Mitsubishi había violado leyes federales de defensa de la competencia de los Estados Unidos y que esto debía ser juzgado ante tribunales ordinarios
75. Ello implica un paso más en refuerzo a la autonomía del arbitraje (H. A. GRIGERA NAÓN, “Los Árbitros Internacionales, ¿Pueden o Deben Aplicar las Leyes de Policía?”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Sambleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 608). Al respecto, dice GRIGERA: “Ocasionalmente, árbitros que en un primer momento habían concluido que un derecho nacional regiría la controversia se tomaron la libertad, no expresamente consignada en el reglamento (del Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional), de excluir la aplicación de ciertas normas sustantivas de dicho derecho nacional que por ser consideradas de naturaleza exclusivamente local y no suficientemente adaptadas a las necesidades o modernas tendencias del arbitraje o del Derecho comercial internacional, no serían apropiadas para regir la cuestión litigiosa a ser resuelta...”. Ello, refiere GRIGERA, “a pesar de la ausencia en el reglamento arbitral de referencia a ese tipo de técnicas...” (H. A. GRIGERA NAÓN (nota 75), pp. 608-609).

argumentación del laudo. Así, en el caso *Trust Informatic, S.A. v. Farguell Industrial Metalicas, S.A.* la Audiencia Provincial de Barcelona consideró la apelación de un fallo arbitral, cuya base era que no contenía un razonamiento suficiente por fallar en incluir un solo artículo de una ley o citar un solo caso en apoyo de la decisión. El tribunal desestimó la apelación, diciendo que lo importante es que la decisión contiene la aplicación del derecho a la resolución del conflicto, teniendo en cuenta los hechos y las probanzas del proceso, aun cuando la misma no mencione específicamente la ley o el fallo en que se basa. La obligación de proveer razonamiento o explicar la decisión judicial –concluye el tribunal– no implica requerimiento alguno de extensa retórica, rigor lógico o soporte académico⁷⁶.

“Desnacionalización” o “deslocalización”⁷⁷

Este tema no se encuentra aún resuelto a nivel doctrinario, en que existen fuertes controversias. El debate –podría decirse, aún en fase embrionaria– promete profundizarse en los años venideros. Y, como podrá apreciarse, mucho han incidido en los desarrollos de este tema la Convención de Nueva York y sus derivaciones

Expresa GOODE que en paralelo a la resurrección en forma moderna de la *lex mercatoria*, se propugna la liberación del proceso arbitral de los derechos nacionales⁷⁸, con lo que el arbitraje debería ser capaz de “flotar” independientemente al país en que se conduce⁷⁹. Tal es la pro-

76. Ver también lo resuelto por la Corte Federal Suiza en 2004, en el *Caso No. 4P.14/2004*.

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

78. R. GOODE (nota 46), pp. 21-22. Se habla así de “*denationalized, anational, floating or drifting arbitrations*”.

79. READ cita a LALIVE para quien el arbitraje no debería ser considerado una “manifestación del poder del Estado” como la de los jueces. Los poderes del árbitro derivan del



puesta de quienes sostienen la “teoría de la autonomía del arbitraje”⁸⁰. Ello, más aún, si se considera que en numerosos arbitrajes la sede resulta elegida por razones de logística, conveniencia, o neutralidad.

Desde la otra vereda, juristas de prestigio como MANN propugnan la “teoría territorial o jurisdiccional del arbitraje”, es decir, que dicho proceso se encuentra sujeto al derecho del lugar del arbitraje. La extensión por la cual las partes pueden derogar dicho derecho es materia a determinarse por cada Estado en ejercicio de su soberanía⁸¹.

La problemática de la “desnacionalización” o “deslocalización” presenta cuatro cuestiones relacionadas pero distintas: Una, ¿podrá o debería el *situs* de arbitraje permitir la renuncia al derecho de impugnar el laudo? Dos, ¿qué intereses nacionales del *situs* arbitral se defienden por un procedimiento de anulación? Tres, ¿sobre qué base puede pronunciarse una anulación? Y cuatro, ¿qué efecto debería tener la anulación de un laudo cuando se lo presenta para reconocimiento en otro país?⁸²

Con relación al primer interrogante, existen tres modelos de revisión del laudo en su sede. Uno admite que se lo pueda recurrir ante instancias judiciales, tanto en apelación de sus méritos jurídicos como

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

80. A la que muchos matizan con excepciones a favor de circunstancias en que los Estados pueden hacer valer su soberanía.

81. P. READ (nota 79), p. 185.

82. L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 44), pp. 500 y ss.

por defectos procesales, tales como la imparcialidad del árbitro, el exceso de autoridad o la denegación de debido proceso. El segundo modelo permite impugnar el laudo solo en base a defectos procesales, y no errores de derecho⁸³. En tanto que el tercero no admite la revisión de lo resuelto por los árbitros.

Antes de ser reformado en 1998, el artículo 1717 del Código Procesal Belga permitía, pero no imponía, la exclusión de un eventual escrutinio de los tribunales por voluntad de las partes⁸⁴. En la actualidad, Bélgica⁸⁵ y otros países como Suiza⁸⁶, Suecia⁸⁷, Túnez y, recientemente Perú⁸⁸, prevén en sus leyes de arbitraje la posibilidad de que las partes renuncien al derecho de apelar el laudo cuando son extranjeras. Como

-
83. Ello en caso de injusticia procesal manifiesta, dejando larga medida de discreción a tribunales arbitrales (L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 44), p. 502).
 84. L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 44), p. 503.
 85. En 2004 la Corte Civil de Primera Instancia de Bruselas, haciendo referencia al artículo 1717.4 del Código Judicial, notó que el derecho de anular un laudo solo podría ser renunciado cuando ninguna de las partes fuera de nacionalidad belga. En este caso ambas eran belgas, por lo que la Corte entendió que no podría renunciarse dicho derecho (Caso N° R.G. 03/8267/A + 03/14084/A).
 86. El artículo 192 de la ley de Derecho internacional privado suizo prevé que las partes pueden excluir la revisión judicial de acuerdos en tanto no tengan domicilio, residencia o centro de actividades en Suiza.
 87. Ello ha sido reconocido por la Corte Suprema de Suecia en 1989 (caso *Ugana*), tratándose de partes no suecas. Lo propio ha ocurrido en la legislación de Bélgica y Suiza. En el caso *Titan Corporation v Alcatel CIT SA* (Caso T 1038-05) la Corte de Apelación de Svea rechazó intervenir en la apelación de un arbitraje, al sostener que no existía una conexión con Suecia. Se trataba de una disputa en que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, eligieron Estocolmo como el lugar del arbitraje. La disputa se planteó entre una compañía francesa y una americana, con un solo árbitro inglés que desarrollo una reunión para pruebas en París y realizó el resto del trabajo en Suecia. El tribunal entendió que no había interés sueco en la cuestión, por no existir conexión con Suecia.
 88. Sobre las particularidades del arbitraje internacional en Perú, ver la completa reseña de Carlos A. Soto, Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú – Ley N° 26572, en C. A. SOTO (Dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008, pp. 27-31. Una propuesta de reforma futura de la legislación paraguaya en este sentido la había formulado en 2003 R. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ (nota 77), p. 177.

lo señala JIMÉNEZ FIGUERES, constituye este un paso más hacia deslocalización del arbitraje⁸⁹. Cabe destacar que la legislación panameña no exige el requisito de la nacionalidad para la renuncia a recursos judiciales al laudo, yendo así incluso más lejos.

Digno de mención resulta, además, lo de Francia, en que la jurisprudencia –y la doctrina formada en torno a ella– se inclinan también hacia la deslocalización en el sentido que estamos abordando. En el caso *General National Maritime Transport Co. V. Gotaverken* (1980), que no tenía conexión con el sistema francés, la Corte de Apelación de París entendió que el laudo no era, por ende, francés en nacionalidad ni se encontraba sujeto a las leyes procesales de este país. Consecuentemente, la Corte resolvió que no tenía jurisdicción para entender en la impugnación, por tratarse de un procedimiento disponible solo para laudos franceses⁹⁰. La deslocalización, como se verá más adelante, tuvo también particular desarrollo en Francia tratándose de ejecución de laudos arbitrales.

Por de pronto, debe quedar en claro que esta evolución del arbitraje, conforme a la cual en diversas sedes se va limitando las posibilidades de impugnación genera, naturalmente, las condiciones apropiadas para que, libre de ataduras localistas, pueda consolidarse la *lex mercatoria* como derivación de su reconocimiento en este tipo de contiendas. Si bien muchos de estos desarrollos son recientes, mayormente resultan posibles –podría decirse– merced a la senda abierta por la Convención de Nueva York, conforme a lo que se viene explicitando en diversos pasajes.

Los otros interrogantes que plantea la deslocalización guardan fundamentalmente relación con la problemática del orden público, cues-

89. D. JIMÉNEZ FIGUERES, “Renuncia al Recurso de Anulación contra el Laudo: Alcances y Análisis Comparativo”, en C. A. SOTO (Dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008, p. 537.

90. P. READ (nota 79), p. 192.

tión que puede plantearse tanto en sede del arbitraje como en lugares de eventual ejecución del laudo⁹¹. El tema presenta aún hoy diversas tensiones y es uno de los de mayor controversia en la doctrina arbitral reciente, de modo tal que lo abordamos con detenimiento un poco más adelante. Previamente, exponemos brevemente en perspectiva general el orden público en materia arbitral.

Orden público y arbitraje

El problema de lo imperativo, se ha dicho⁹², es uno de los más difíciles en el arbitraje. Afecta cuestiones relativas a la arbitrabilidad de controversias, al procedimiento arbitral en sí y a la impugnación y la ejecución de laudos⁹³. Además, puede relacionarse tanto con el derecho del foro, como con el derecho de lugares de eventual ejecución del laudo y, en su caso, con el derecho transnacional o *lex mercatoria*⁹⁴, con todas las complejidades que plantea este tema.

-
91. Aquí podría hablarse también de una deslocalización, que consistiría en remover o limitar el poder de los tribunales locales de hacer declaraciones de nulidad del laudo con efectos globales. En este sentido, los derechos nacionales solo tienen efecto en el estadio de ejecución por limitadas causales de revisión o cuando las partes específicamente designan como aplicable el derecho del foro arbitral (*lex loci arbitri*). La libertad contractual o autonomía de la voluntad debe, pues, prevalecer. La autoridad jurídica nacional debe ser ejercida solo para apoyar el recurso de las partes al arbitraje, salvo circunstancias verdaderamente excepcionales que aconsejen la no ejecución de un laudo (T. E. CARBONNEAU (nota 48), p. 28).
 92. BLESSING, citado en *el ILA Interim Report* (2000), arriba citado, p. 18.
 93. En la etapa negocial y arbitral el orden público tiene una función positiva. Así, determinados principios deberían aplicarse ineludiblemente, como el orden público procesal; la “competencia-competencia” o facultad de los árbitros de pronunciarse sobre jurisdicción en el caso; y la autonomía de la cláusula compromisoria, es decir, la separación de dicha cláusula del resto del contrato que la contiene de modo tal a no verse perjudicada ante una eventual invalidez de este, por citar ejemplos. En la etapa postnegocial la función es negativa (M. GONZALO QUIROGA, *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2003, pp. 63-64).
 94. El orden público internacional del arbitraje es más restringido que el del Derecho internacional privado. Los criterios para la anulación o no ejecución de laudos deben resultar más restringidos (M. GONZALO QUIROGA (nota 93), pp. 62-63).

Por lo demás, en esta cuestión⁹⁵ nos encontramos nuevamente –al igual que con la de la *lex mercatoria* o derecho transnacional– ante un problema terminológico. Así, en alusión al orden público, el artículo 1.2 de reglas de arbitraje de UNCITRAL habla de “ley aplicable al arbitraje de las cuales las partes no pueden derogar”. REDFERN y HUNTER usan a lo largo de su obra relativa a arbitraje las expresiones *mandatory rules* (reglas imperativas) y *public policy* (orden público). CRAIG, PARK y PAULSSON emplean la terminología de contratos *contra bonos mores*⁹⁶. En los laudos, por su parte, suelen aparecer las palabras *public order*, *good morals* y *public policy*. En alusión específica al arbitraje, el Reporte Final y la Resolución 2/2002 de la *International Law Association (ILA), Committee on International Arbitration*, recogen la expresión “orden público internacional”, dentro de la que cabe el distingo entre “orden público procesal” y “orden público sustantivo”. También se habla allí de principios fundamentales sobre justicia o moralidad y de leyes de policía⁹⁷, así como del deber del Estado de respetar sus obligaciones internacionales⁹⁸.

95. Como en general con relación al orden público en el Derecho internacional privado (ver J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Orden Público y Arbitraje”, en J. Oviedo Albán (Coord.), *El Derecho Comercial en el Siglo XXI*, Bogotá, Editorial Temis, Universidad de la Sabana, 2008).

96. Ver L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 44), p. 64.

97. Entiende GRIGERA que los árbitros pueden aplicar leyes de policía que no sean del *proper law* sin que el laudo pueda ser impugnado. Ello bajo ciertas condiciones como, por ejemplo, que las partes las invoquen y no sean aplicables meramente de oficio, o la contrastación con el orden público internacional para determinar si es o no exorbitante (H. A. GRIGERA NAÓN (nota 75), pp. 612-615).

98. Se califica el orden público internacional como: “...el conjunto de principios y reglas reconocidas por un Estado y que, por su propia naturaleza, podrían impedir el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral emitido en un proceso de arbitraje comercial internacional, siempre que el reconocimiento o ejecución de dicho laudo implique la violación de dichos principios y reglas, ya sea en cuanto al procedimiento mediante el cual fue emitido (orden público internacional procesal) o por su contenido (orden público internacional sustantivo). El orden público internacional de cualquier Estado incluye: (i) principios fundamentales sobre justicia o moralidad que el Estado desea proteger, incluso en aquellos casos en los que no está involucra-



Todo ello –el problema de lo imperativo– se relaciona con la soberanía que, al consagrar el arbitraje, retienen los Estados nacionales por sobre lo que puedan haber determinado las partes, los árbitros o las normas de Derecho internacional privado de otros países. Al igual que en el litigio ante instancias judiciales, también en el arbitraje la reserva de orden público es el reconocimiento del derecho del Estado y sus tribunales para ejercitar un control último sobre el proceso arbitral. Como lo expresa el reporte mencionado en el párrafo antecedente, aquí se plantea la tensión entre si el Estado debería ceder su autoridad para denegar virtualidad o reconocimiento de laudos que afecten sus leyes y valores domésticos y el *desideratum* de respetar a ultranza la finalidad perseguida al reconocerse a los arbitrajes y cuanto surja de ellos. Para resolver esta tensión, en varios países se ha optado por adoptar, por la vía convencional o legal, un concepto más estrecho de orden público, y tal es el llamado “orden público internacional”⁹⁹.

A su vez, se desprende de la noción de orden público internacional –o de que la contravención al orden público debe ser manifiesta– la figura de orden público “procesal” internacional¹⁰⁰, que por tanto de-

→ do directamente, (ii) normas diseñadas para satisfacer los intereses políticos, sociales o económicos básicos del Estado, conocidos como “*lois de police*” o “normas de policía”, y (iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones con otros Estados o con organizaciones internacionales”.

99. *ILA Interim Report* (2000), p. 2. Refiere CARBONNEAU que la Corte de Casación francesa ha articulado principios que vuelven hermético al litigio internacional y arbitraje del contenido de reglas domésticas contrarias como, por ejemplo, al crear una noción especial de orden público internacional. Cuando se pretende la ejecución de un laudo arbitral foráneo, el orden público debe confinarse a cuestiones de debido proceso y a requerimientos de justicia procesal. En los Estados Unidos también ocurrió algo parecido al limitarse, por ejemplo, el *forum shopping*, restringiéndose al litigante foráneo al acceso a tribunales norteamericanos aun cuando invoquen el *long-arm jurisdiction* (T. E. CARBONNEAU (nota 48), pp. 32-33).

100. La recomendación 1(c) del Reporte Final en materia de orden público de la *International Law Association (ILA), Committee on International Arbitration*, aprobada por Resolución ILA 2/2002, da carta de ciudadanía, por así decirlo, desde un foro de gran preponderancia, a los términos “*procedural international public policy*” y “*substantial international public policy*”.

bería ser tenida en cuenta para arbitrajes internacionales. La primera se relaciona con los méritos, en tanto que el orden público procesal con “cómo” el tribunal arribó al laudo, entrando aquí en consideración cuestiones como, por ejemplo, el debido proceso o la imparcialidad de los árbitros¹⁰¹. Con respecto a esto último, expresa MANTILLA que en materia de arbitraje debería desecharse cualquier intento de introducir cuestiones desde la perspectiva estrecha de procesos desarrollados localmente en la órbita judicial, y así lo propugnan la ley modelo de UNCITRAL y demás cuerpos normativos en ella inspirados¹⁰².

-
101. F. MANTILLA-SERRANO, “Towards a Transnational Procedural Public Policy”, *Arbitration International*, Vol. 20 No. 4, pp. 334-335.
102. La ley modelo de UNCITRAL otorga gran flexibilidad con respecto a la tramitación de los arbitrajes. Esta flexibilidad debería llevar a que ritualismos o formalismos procesales sean definitivamente desterrados. Dice MANTILLA que el orden público procesal debe salvaguardarse en atención a los siguientes factores: la autonomía del arbitraje, la comparativa facilidad y eficiencia del proceso arbitral, la promoción del objetivo último y la integridad de los laudos arbitrales (F. MANTILLA-SERRANO (nota 101), p. 333). Señalan REDFERN y HUNTER que los árbitros deben cumplir un rol fundamental a fin de que el proceso pueda llevarse adelante de manera expedita, lo que requiere que cuenten con gran experiencia y, sobre todo, capacitación. Debe existir mucha flexibilidad en estos procedimientos. Diferentes disputas pueden requerir distintos enfoques. Sobre derechos intelectuales, puede el tribunal encontrar apropiado ordenar presentaciones masivas de documentos y administrar interrogatorios, lo cual no debería ocurrir en principio en acuerdos de *joint venture* y pagos derivados de ellos (A. REDFERN / M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Third Edition, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 24). Ejemplos en el derecho comparado existen en abundancia. Así, en 1978 se confirmó judicialmente la decisión de un árbitro que entendió no resultar su obligación sino su derecho, sujeto a discreción, el de convocar a audiencia oral a testigos que hubieran brindado testimonio escrito, y si así no se hizo, ello no debe considerarse infracción al orden público (caso *Dalmia Dairy Industries Ltd. V. National Bank of Pakistan*) (ver A. REDFERN / M. HUNTER (nota 102), p. 321). También en Suiza, en 1997, en un arbitraje llevado adelante bajo las reglas de la CCI (*Genérica Ltd. V. Pharmaceutical Basics, Inc.* (1997)), la Corte de Apelaciones norteamericana del séptimo circuito estableció que el rechazo que el tribunal arbitral haga de permitirse repreguntas de la otra parte al día siguiente del interrogatorio del testigo no constituye denegación del debido proceso que puedan ser invocada bajo la Convención de Nueva York. Se dijo expresamente en el fallo de la Corte de Apelaciones que no debería asimilarse el proceso arbitral al judicial y que, además, en esta contienda el afectado no había sido privado de la oportunidad de presentar justamente su caso, que es el valor fundamental que se resguarda

→

Cabe agregar que cuando los árbitros consideran no encontrarse atados por reglas específicas del foro¹⁰³, o derechos nacionales, a veces optan directamente por aplicar el derecho transnacional (o principios internacionalmente reconocidos, o *lex mercatoria*), que a su vez acarrea consigo un orden público independiente a los derechos nacionales¹⁰⁴. Este orden público internacional permite a los árbitros sancionar so-

→ en materia arbitral. La Corte de Apelaciones también tomó en cuenta otras cosas, como que, si bien el afectado objetó la decisión del árbitro, no buscó una orden para compeler al testigo a quedarse en la ciudad en la que estaba desarrollándose la contienda, en tanto que sabía que tenía planteado abandonarla. También se tuvo en cuenta que el árbitro no se basó en la parte objetable del testimonio del testigo para fundamentar su laudo. En otro caso del año 2000 (*Egemetal v. Fuchs*), el Supremo Tribunal Federal Suizo entendió que alegaciones ulteriores a la declaración de un experto, que supuestamente no tendría independencia en sus apreciaciones, no permiten invocar violaciones al orden público. En el caso fue de especial importancia que se dejó pasar ocho meses desde que la parte afectada supo de los hechos que pondrían en duda la independencia del perito, considerándose un abuso del derecho no impugnarlo en su momento y esperar hacerlo, como de hecho ocurrió, en caso de un resultado no favorable del arbitraje al impugnarlo en sede judicial (F. MANTILLA-SERRANO (nota 101), pp. 344.345).

103. Dice DERAIS que como consecuencia del carácter ambulatorio del arbitraje, y de que los árbitros no son magistrados o funcionarios estatales, no puede hablarse de un derecho nacional del foro del juzgador o *lex fori*. La *lex fori* contiene disposiciones de Derecho internacional privado relativas a calificación, a factores de conexión, al orden público y al fraude a la ley. Al no existir *lex fori* –refiere DERAIS– se presentan dos consecuencias mayores: no hay derecho nacional competente, o derecho que como principio deba aplicar el árbitro. Ello salvo que las partes hayan elegido el derecho del lugar del arbitraje, pero esto resulta consecuencia de la aplicación de una regla propia del arbitraje internacional y no de una particular *lex fori*. El segundo efecto es que no hay derecho extranjero en el arbitraje internacional. Todos los derechos nacionales tienen el mismo valor y ninguno un *status* privilegiado. Consecuentemente, el árbitro no tiene que asegurarse que conceptos puramente nacionales sean respetados, entrando a tallar aquí el orden público internacional (Y. DERAIS, *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*, Kluwer CD, No. 10).
104. Así, Laudo CCI 3267 de 1980 (ver P. LAGARDE, “Public Policy”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 3, Capítulo 11, Tübingen y otras, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) / Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 51).

bornos, tráficos de armas, drogas o personas¹⁰⁵, independientemente a lo dispuesto por los derechos locales. Es emblemático al respecto el Caso CCI 1110/1963, en que un solo árbitro decidió que no entendería en la disputa porque fue objeto del contrato un soborno a funcionarios gubernamentales¹⁰⁶.

Pues bien, a veces se invoca en este tipo de casos –refiere LAGARDE– la *lex mercatoria* o los principios generales de obligaciones aplicables al comercio internacional¹⁰⁷. Con este “orden público transnacional”, puede decirse que al lado de la función negativa del orden público, se encuentra la positiva en la que tiende a absorberse aquella. Y así la función principal de orden público transnacional pasa a ser directa y positivamente influenciar la decisión de los árbitros, cuando están envueltas nociones universales de moralidad contractual o intereses fundamentales del comercio¹⁰⁸.

Estos desarrollos, profundizados a partir de la vigencia de la Convención de Nueva York, constituyen también peldaños gigantescos hacia el retorno al universalismo en el derecho privado.

Orden público en la ejecución de laudos

Uno podría asumir que un Estado extranjero estaría más dispuesto a reconocer y ejecutar un juzgamiento de un tribunal de otro país antes que un laudo hecho por árbitros privados cuya autoridad deriva

105. H. VAN HOUTTE, “From a National to a European Public Policy”, en *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002, p. 846.

106. P. LAGARDE (nota 104), pp. 63-64. En ese caso se declaró sin jurisdicción. El enfoque alternativo es el de invalidar el contrato y decir que no obstante se tiene jurisdicción (caso ICC 2930/1982).

107. Ver el fallo suizo y los fallos franceses citados por P. LAGARDE (nota 104), p. 51 nota al pie.

108. P. LALIVE, “Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration, Commentary” – Full Section, *ICCA Congress Series*, No. 3, New York, 1986, después de la nota 186.

de un acuerdo de partes. Sin embargo, la realidad es que resulta mucho más fácil ejecutar un laudo extranjero que un juzgamiento foráneo¹⁰⁹, debido, fundamentalmente, a las virtudes de la Convención de Nueva York¹¹⁰. De hecho, es difícil encontrar en casos publicados “*horror stories*” de no ejecución de laudos¹¹¹, a los que VAN DEN BERG califica como “*unfortunate few*”¹¹². Los resultados de una investigación indican que solo en alrededor de un diez por ciento de los casos se deniega ejecución¹¹³.

-
109. También, se sostiene que resulta diferente la intensidad cuando los tribunales son requeridos a reconocer/ ejecutar un laudo de afuera que cuando son requeridos a dejar sin efecto un laudo dentro de su propia jurisdicción. En este último caso, se ha mostrado menos severa, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Milán (*Wilson Smithett & Cope Ltd., v. Terruzi* (1977)). Sin embargo, se lee en el ILA *Interim Report* que es difícil determinar si la práctica de tribunales es menos rigurosa cuando los tribunales son requeridos a reconocer/ ejecutar un laudo de afuera que cuando son requeridos a dejar sin efecto un laudo dentro de su propia jurisdicción (ILA *Interim Report* (2000), p. 16).
110. J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS / S. M. KRÖLL (nota 47), p. 693. Debe tenerse presente que, como lo señala MOURRE, la violación manifiesta por un Estado de sus obligaciones consagradas en la Convención de Nueva York o en cualquier otra convención internacional relativa al reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales es susceptible de comprometer su responsabilidad internacional y dar lugar al pago de una indemnización a favor de la parte acreedora (A. MOURRE, “La Responsabilidad Internacional del Estado por Incumplimiento de su Obligación de Ejecutar un Laudo Extranjero”, en C. A. SOTO (Dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008, p. 579).
111. J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS / S. M. KRÖLL (nota 47), p. 688.
112. Ver G. KAUFMAN-KOHLER, “Enforcement of Awards – A Few Introductory Thoughts”, *ICCA Congress series* N° 12 (2005), pp. 287-290. Tribunales de jurisdicciones predecibles se han mostrado cautos en esta cuestión. Por ejemplo, el 20 de abril de 2005 la Suprema Corte Regional de Dresden sostuvo que solo denegaría la ejecución de un laudo por orden público si el demandante puede demostrar claramente que el laudo conflictúa con el relevante derecho alemán aplicable a la cuestión (*Caso N° 11 Sch 01/05 del Oberlandesgericht Dresden*) (Suprema Corte Regional de Dresden). Así también, en mayo de 2004, la Suprema Corte Irlandesa rechazó una demanda para rehusar reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral foráneo basado en la excepción de orden público de la Convención de Nueva York. Dejó sentado que la defensa del orden público se da solo cuando hay violación a las nociones más básicas de moralidad y justicia. (*Broström Tankers AB v. Factorias Vulcano SA, Caso N° HC 198/04*).
113. A. J. VAN DEN BERG, “Why Are Some Awards Not Enforceable”, en *ICCA Congress series* N° 12 (2005), p. 291.

El artículo V (1) de la Convención de Nueva York dispone que la ejecución del laudo puede ser denegada en cinco supuestos. Entre los primeros cuatro se encuentran cuestiones relacionadas con la incapacidad de las partes, la violación del debido proceso y el exceso a los términos del acuerdo arbitral. El quinto y más controversial párrafo (e), prevé que se puede rehusar la ejecución de un laudo si no es aún vinculante para las partes, o si ha sido dejado de lado o suspendido en el país en el cual o bajo cuya ley fue emitido¹¹⁴. Volveremos sobre esto más adelante, puesto que plantea forzar en extremo la doctrina de la deslocalización, con todo lo que ello implica para el derecho aplicable al arbitraje.

Destacamos ahora que el orden público como causal para rechazar el reconocimiento o la ejecución de juzgamientos y laudos foráneos se encuentra previsto en el artículo V(2) de la Convención de Nueva York, reproducido también en el artículo 36 de la Ley Modelo de UNICTRAL¹¹⁵. Al respecto, la interpretación tiende a ser bien restrictiva. Como

114. Las causales previstas en el primer párrafo del art. V deben ser probadas por el recurrente. El segundo párrafo, concernido con la violación del orden público según el derecho del foro, lista las casuales para las que una Corte puede rehusar de oficio la ejecución (ver A. J. VAN DEN BERG (nota 113), p. 293). Expresa MANTILLA que uno puede pensar aquí de violaciones al debido proceso tan egregias que, aunque renunciadas o expresamente aceptadas por una parte, podrían implicar violación a dicha norma de la convención (F. MANTILLA-SERRANO (nota 101), pp. 338-339). En suma – observan CRAIG, PARK y PAULSON– el esquema que surge de la Convención de Nueva York es el siguiente: el reconocimiento solo puede ser vedado en base a una limitada lista de defensas procesales. Dividida en dos grupos; uno relacionado con defectos procesales en el proceso arbitral (protegiendo el interés del perdedor) y otro en el que se permite a los tribunales declinar la ejecución de laudos que contravienen sus nociones fundamentales de orden público (protegiendo los propios intereses vitales del foro). Con respecto a esto último, nuevamente existen dos supuestos: si la materia no es arbitrable; o si viola el orden público del foro. Esto puede ser traído a colación por el tribunal bajo su propia moción, sin prueba de la parte que resista la ejecución del laudo (L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 44), p. 684).

115. En los Estados Unidos, el *Arbitration Act* habla de invalidación debida a que el laudo fue obtenido mediante fraude u otros medios indebidos (9 US Code sección 10(a)(1); en tanto que en Inglaterra, el *Arbitration Act* se refiere en su sección 68(2)(c)(g), al laudo obtenido por fraude o contrario al *public policy*.

lo dijo el Juez Joseph SMITH en *Parsons & Whittemore* (Corte de Apelaciones de Estados Unidos, 1974), la ejecución de laudo arbitral foráneo será denegada en base al orden público “solo cuando violaría las nociones más básicas del foro de moralidad y justicia”¹¹⁶. En línea con ello, puede constatarse en varios países la política de los tribunales en dar efecto en la mayor medida posible a los laudos y no incentivar el litigio en instancia judicial. Resalta aquí lo resuelto en Inglaterra en el caso *Omnium de Traitement et de Valorisation S.A. v. Hilmarton Ltd.* (1999)¹¹⁷.

Expresa VAN DEN BERG que son relativamente pocos los casos en que esta norma de orden público de la convención ha sido utilizada para rechazar la ejecución de un laudo. En muchos supuestos esto fue el resultado de leyes anacrónicas de arbitraje, como la vetusta ley inglesa de 1950 y ciertos hechos graves que verdaderamente ameritaban no hacer lugar a la ejecución¹¹⁸.

En suma con respecto a este tema, y en lo que aquí nos interesa, esta tendencia de no dejar de lado laudos arbitrales merced a argumentos meramente localistas so pretexto de un supuesto “orden público” emergente de reglas autóctonas, obviamente coadyuva a que circulen

116. ILA Interim Report (2000), pp. 4-5. Por su parte, dice CARBONNEAU que en la ejecución de los laudos, lo relativo al orden público debe confinarse a cuestiones de debido proceso y a requerimientos de justicia procesal (T. E. CARBONNEAU (nota 48), pp. 32-33).

117. Según GARCÍA REPRESA, otro aspecto digno de mención de la Sentencia Jules Verne (*Jules Verne et al. C. American Bureau of Shipping*, Cour de Casación, 2006) es la omisión de toda referencia al orden público internacional o a las normas imperativas del Derecho francés como límites al principio de validez, distinguiéndose así de la fórmula empleada por la Corte de Casación en los casos *Dalico* y *Uni-Kod*. Aunque algunos autores han querido ver en esta omisión una indicación de que el único límite al convenio arbitral es la voluntad de las partes, no puede decirse que la jurisprudencia francesa haya abandonado la reserva clásica del orden público francés. Es cierto, sin embargo, que, dado el liberalismo del Derecho francés en materia de arbitraje, esta reserva no interviene más que en casos excepcionales (J. M. GARCÍA REPRESA (nota 64), p. 103).

118. A. J. VAN DEN BERG (nota 113), pp. 309-312.

válidamente decisiones que se amparan en principios internacionales o soluciones de tinte universal.

La problemática de los “laudos flotantes”

Ahora, volvemos al problema –diferido líneas arriba– del artículo V, parágrafo 1(d) de la Convención de Nueva York y los llamados “laudos flotantes”. La cuestión aquí es si un Estado puede dar curso a la ejecución de un laudo, independientemente a que haya sido anulado o no en el país de origen, si se entiende que no hay contravención al orden público del lugar de reconocimiento. Ello supone un exceso incurrido por los tribunales del país de origen en la invalidación, o al menos que ello se haya debido a peculiaridades exclusivamente locales que en sede de ejecución no se tendría por qué respetar.

Sobre el particular, se ha planteado una seria duda, que gira en torno a la redacción del referido artículo V, Parágrafo 1(d) de la convención. Según una postura, la autonomía del arbitraje deriva en que el Estado del país de origen no debería revisar el acuerdo. Desde la otra vereda, se interpreta el artículo como dando a las partes la libertad para elegir el derecho aplicable, en el cual se debe encontrar sustento para que el laudo sea susceptible de reconocimiento o ejecución¹¹⁹.

A este respecto, resulta sumamente interesante la evolución jurisprudencial en Francia. Ya se ha hecho mención al caso *Pabalk c. Norsolor*, en que la Corte de Casación Francesa resolvió a favor de la ejecución en Francia de un laudo, no obstante su invalidación en Austria¹²⁰. En *Uni-*

119. F. DE LY (nota 56), pp. 88-89. Entiende PAULSON que los tribunales deben limitarse a los primeros cuatro motivos, y este es el enfoque del art. IX (1) de la Convención Europea de Arbitraje de 1961, donde dejar de lado un fallo del país de origen puede justificar rehusarlo solo si los argumentos de anulación están reconocidos por la convención misma, que son los primeros cuatro casos de la Convención de Nueva York. Proponentes de la deslocalización enfatizan el lenguaje discrecional del artículo V (1), lo cual da pie a desconocer anulaciones que no se basan en estándares mínimos aceptados internacionalmente (ver referencias en P. READ (nota 79), p. 191).

120. L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 44), p. 505.

chips c. Gesmouing, la Corte de Apelación de París, en 1993, abordó la cuestión de los efectos extraterritoriales de una decisión judicial, declarando el carácter ejecutivo del laudo. Pero quizás el caso de mayor trascendencia haya sido *Hilmarton c. OTV*¹²¹, resuelto por la Corte de Casación en 1994. Desatendiendo lo juzgado por tribunales superiores suizos, dejó sentado aquí la Corte de Casación que un laudo arbitral dictado en Suiza es un laudo internacional que no se encuentra integrado al sistema jurídico de ese Estado, de tal manera que subsiste pese a su anulación en dicho país, por lo que su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público internacional¹²¹.

El caso *Hilmarton*, “sin duda una de las decisiones más comentadas en el mundo”¹²², es considerado por Goode como “una afrenta a una corte superior de otro país”¹²³, Como lo expresa FERNÁNDEZ ARROYO, deja a uno perplejo: ¿por qué existen entonces recursos contra los laudos en el país de la sede?¹²⁴.

-
121. Se trataba de un arbitraje llevado a cabo en Ginebra según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional. El árbitro entendió que el acuerdo relativo a servicios de consultoría era ilegal según el derecho del Algeria, país en el cual tuvo ejecución el contrato. Ulteriormente, un tribunal cantonal suizo invalidó el laudo, lo que confirmó el tribunal federal suizo (en 1990), al sostener que la ilegalidad del contrato según las leyes de Algeria no violaba el orden público suizo como para justificar que se rehúse la ejecución de un contrato de otra manera válido. Un segundo tribunal arbitral que trató la misma cuestión se expidió a favor de quien había hecho el reclamo por los servicios prestados de consultoría. Planteada la ejecución en Francia, la Corte de Casación resolvió que el primer laudo podría ser objeto de reconocimiento a pesar de su anulación en Suiza (Corte de Casación, 1994). Ello en tanto que otra corte francesa reconoció el segundo laudo así como la anulación suiza del primer laudo (Tribunal de *Grande Instance* de Nanterre, en 1993, confirmado por la Corte de Apelación de Versailles en 1997. Finalmente, la Corte de Casación Francesa, invocando la cosa juzgada, afirmó que la existencia de un primer juzgamiento francés prevenía un reconocimiento ulterior de una decisión judicial o arbitral extranjera que fuera incompatible (L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 44), p. 505).
122. T. CLAY, “La Convención de Nueva York desde la perspectiva de la doctrina francesa”, en *Revista Internacional de Arbitraje*, Julio-Diciembre 2008, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis Editora, 2008, p. 159.
123. En este caso Suiza (R. GOODE (nota 46), p. 27).
124. D. FERNÁNDEZ ARROYO, “Los Dilemas del Estado Frente al Arbitraje Comercial Internacional”, en *Revista Brasileira de Arbitragem*, Año II, N° 5, IOB Thomson y Comité Brasileiro de Arbitragem, 2005, pp. 114-115.

Cabe mencionar aquí un ingrediente adicional. Siguiendo un precedente de la Corte de Casación de 1993 (caso *Polish Ocean Line c. Jolarry*), en *Hilmarton* dicho tribunal se valió del Artículo VII (1) de la Convención de Nueva York, que hace prevalecer por sobre ella cualquier eventual regla local que resulte más favorable aun para la ejecución del laudo. Esa misma aplicación se hizo en el caso *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Arabic Republic of Egypt*, de 1997. Allí, la Corte de Apelaciones de París concedió exequátur a un laudo pese a su invalidación en Egipto¹²⁵.

Expresa CLAY que el Artículo VII de la Convención de Nueva York “ha establecido las condiciones de su propia superación”¹²⁶, con el reconocimiento de la aplicación del derecho nacional más favorable. La norma tiene, a partir de jurisprudencia *Hilmarton*, una verdadera dimensión, culminándose así –afirma CLAY– un proceso de unos veinte años, iniciado por *Norsolor*, luego *Polish Ocean Line*, *Chromalloy*, *Bargues Agro*, *Bechtel* y *Putrabali*¹²⁷.

Particular mención merece el caso *Putrabali* de 2007, ya mencionado en otro lugar de esta contribución. Dijo allí la Corte de Casación que

125. Cabe destacar que en el caso *Chromalloy* se usó la versión en inglés del texto porque la francesa es más limitante. Este debate, sin embargo, encierra sus complejidades, cuyo abordaje excede nuestro propósito aquí (ver al respecto en T. CLAY (nota 122), pp. 152-154).

126. T. CLAY (nota 122), p. 167.

127. T. CLAY (nota 122), pp. 156-158. En *Direction General de l'Aviation Civil de l'Emirat de Duabi c. Société Internationale de Bechtel Co.*, la Corte de Apelaciones de París, en 2005, no consideró que la anulación del laudo en el Estado de origen sea causal para negarle el exequátur. La Corte sostuvo: “Las decisiones judiciales proferidas como resultado de un procedimiento de anulación de laudo, al igual que aquellas relativas al exequátur, no producen efectos internacionales puesto que esas decisiones solo conciernen un poder soberano concreto y el territorio donde este se ejerce”. También se ha expedido en la misma línea con relación con un laudo anulado en Bélgica por alegada ausencia de convenio arbitral, la Corte de Apelaciones de París en 2007, ante el caso *Société Lesbats et fils c. M. Volver* (F. MANTILLA, en T. CLAY / M. GARCÍA REPRESA / F. MANTILLA-SERRANO / C. NÚÑEZ-LAGOS, Coordinación: A. Mourre / F. Mantilla Serrano, “Panorama de Jurisprudencia Francesa (por el Capítulo Francés del Club Español del Arbitraje)”, *Revista del Club Español del Arbitraje* – 3/2008, pp. 110-111).

el juez francés no puede denegar la ejecución, cuando el laudo ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en el cual ha sido proferido, si la causal no figura en la legislación procesal francesa¹²⁸, por más que aparezca en el artículo VII de la Convención de Nueva York¹²⁹. Expresa MANTILLA que hasta entonces la Corte había dado un fundamento “negativo” al laudo arbitral, en el sentido de que no es decisión estatal y no se encuentra integrado a sistema estatal alguno. También resultaba negativo el análisis de las decisiones sobre anulación, en el sentido de que “esas decisiones no producen efectos internacionales puesto que ellas solo conciernen un poder soberano concreto y el territorio donde este se ejerce”. Con *Putrabali*, la Corte de Casación da un paso adelante. El laudo arbitral es “una decisión de justicia de carácter internacional”, existiendo un verdadero orden jurídico arbitral, independiente de los ordenamientos jurídicos estatales, conforme al cual el laudo tiene vida propia, que emana de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje y encuentra su aplicación práctica en la medida en que existe al menos un país dispuesto a reconocer esa voluntad y el laudo que genere, sin preocuparse por la posición que puedan asumir los tribunales en la sede del arbitraje¹³⁰.

En Inglaterra el movimiento a favor de la ejecución se presenta con el caso *Omnium de Traitement (OTV) et de Valorisation S.A. v. Hilmar-ton Ltd.* (1999). Este es el mismo cuya ejecución también se pretendió en Francia. Luego de presentarse ante tribunales suizos y franceses, se plan-

128. Artículo 1502 del Código Procesal Civil Francés.

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

130. F. MANTILLA-SERRANO (nota 127), p. 111.

teó el litigio en Inglaterra. *Hilmarton* había sido contratada para acercarse a autoridades del sector público de Algeria a fin de obtener un contrato de drenaje para OTV. Ello violaba la ley de Algeria, que prohibía intermediarios para este tipo de operaciones. *Hilmarton* reclamó el pago de su tarifa de consultoría, y un tribunal arbitral en Ginebra, aplicando el derecho suizo, falló a favor de dicha compañía, puesto que ante la falta de evidencia de un soborno, el acuerdo no era ilegal según el derecho suizo. OTV intentó resistir la ejecución en Inglaterra. Allí el tribunal dijo que puede que un juzgador inglés hubiera rechazado el reclamo de *Hilmarton* aplicando el derecho de su país, pero en el caso no se está juzgando el contrato, sino la ejecución del laudo en Inglaterra, y al no detectarse prácticas corruptas que harían aplicables razones obvias de orden público, el hecho de que el derecho inglés difiera en nada afecta el punto¹³¹.

Otros casos europeos sobre el tema, dignos de mención, son el belga *Sonatrach* (1996) y el austriaco *Radenska* (1993). Por su parte, en los Estados Unidos, en el caso *KBC c. Pertamina* de 2003 los tribunales han sentado que tienen “una competencia discrecional en la aplicación de la Convención de Nueva York para ejecutar un laudo a pesar de su anulación en otro país, y ya la ha ejercido en el pasado”, con referencia a *Chromalloy Aeroservices v. Egypt*¹³². La cuestión, sin embargo, se pre-

131. ILA Interim Report (2000), p. 16.

132. E. GAILLARD, “El asunto “KBC c. Pertamina” y el reencuentro del juez norteamericano con la postura favorable al reconocimiento de las sentencias anuladas en el Estado de origen”, en *Revista DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, 03.2005, *Inversiones extranjeras*, p. 493. Con relación a este último caso, del año 1996, al igual que en Francia (en 1977), se había pretendido ejecutar en los Estados Unidos un laudo anulado en Egipto. La Corte Distrital Norteamericana confirmó el laudo a pesar de su anulación en la sede, y el razonamiento de que dicha confirmación estaba permitida bajo la Federal Arbitration Act y por tanto dentro de la esfera de la Convención de Nueva York, cuyo art VII habilita la ejecución de un laudo si así lo permite el derecho doméstico (L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 44), p. 506). Contra: *Baker Marine Ltd. V. Chevron Ltd.* (1999).

senta dudosa ante un pronunciamiento ulterior en el caso Termorío de 2006¹³³.

Del examen del derecho comparado, expresa ZULETA que los casos dan comienzo a la construcción de una teoría del reconocimiento de laudos anulados según la cual a los tribunales de cada país ya no les es suficiente sustentar la anulación a la luz de las particularidades de la norma local. Por el contrario, tienen que preguntarse si esa anulación es o no internacionalmente efectiva, si la causal invocada y el funda-

133. Allí el tribunal se atuvo al tenor literal de la versión inglesa del encabezamiento del art. V.1, que el reconocimiento y refuerzo del laudo “pueden ser rechazados”, implicaría que el tribunal tiene un poder discrecional al respecto (D. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 124), p. 116). Esta decisión es señalada como sinónimo de una pobremente redactada decisión judicial (F. MANTILLA-SERRANO (nota 101), p. 397). MANTILLA expresa la pérdida de oportunidad en Termorío de la corte del Distrito Federal de los Estados Unidos de América para aclarar una posición con respecto a los laudos anulados. Hasta entonces los tribunales de aquel país habían abordado directa o indirectamente el tema en cinco ocasiones. A favor de ejecutar el laudo está *Chromalloy*, y esto se desprende también del *obiter dictum* de *Pertamina II*. En estos dos casos, el principio de favorecer el laudo desprendido del artículo VII de la Convención de Nueva York constituyó un importante elemento en el análisis de la Corte. Estas decisiones apuntan que el artículo V de la Convención provee un estándar discrecional que debe ser ejercido en conjunción con el Art. VII. En *Chromalloy* el wording del acuerdo arbitral expresando la intención de las partes de renunciar cualquier apelación y otro recurso contra el laudo fue un importante base para el razonamiento de la Corte. Precisamente es en la base a la no renuncia de la apelación acordado por las partes que las otras dos decisiones en las cortes norteamericanas han rehusado refuerzo de laudo arbitral. La decisión en Termorío nada hizo para clarificar el razonamiento tras la decisión de ejecutar o no laudos anulados (F. MANTILLA-SERRANO (nota 101), pp. 403-404). La situación, si seguimos a Termorío, un laudo arbitral que ha sido anulado (sin importar las razones) en el país donde el laudo fue emitido no debería ser reconocido en los USA, proveyendo que fue anulado por un juez competente respetando el debido proceso. En *Chromalloy*, si las partes expresamente han renunciado al derecho a apelar el laudo, pero sin embargo, el mismo termina anulado en el país donde fue emitido, porque por ejemplo el procedimiento acordado por las partes fue ignorado por los árbitros que rindieron un laudo en ausencia de un acuerdo arbitral, este laudo debería ser reconocido en los Estados Unidos (F. MANTILLA-SERRANO, “Case Note: Termorío S.A. E.S.P. et al v. Electranta S.P. et al.”, en *Journal of International Arbitration*, 25 – N° 3, 2008, p. 405).

mento de la anulación es aceptable por las cortes en las que se puede hacer efectivo el laudo por corresponder a situaciones internacionalmente aceptadas como eventos en los que se debe anular el laudo. El omitir dichos cuestionamientos lleva a que los laudos que han sido anulados por simples consideraciones locales, resuciten y cobren vida en otro Estado ante la impotencia de quienes se han empeñado en anularlos¹³⁴.

Por su parte, dice MANTILLA que vistas las diferentes facetas de la autonomía en la regulación del arbitraje parece que se estuviera llegando a un régimen universal en el que basta con verificar la existencia de un acuerdo de voluntades y hallar al menos un sistema jurídico dispuesto a reconocerlo en su doble manifestación: convenio arbitral y laudo, para que el arbitraje despliegue toda su eficacia. Es el triunfo de la real intención de las partes y del respeto de sus expectativas, sobre construcciones artificiales cuando no profundamente locales o coyunturales¹³⁵.

Pero ojo: la deslocalización del arbitraje –en palabras de FERNÁNDEZ ARROYO– constituye una tendencia y no un hecho consumado¹³⁶. Es que, a pesar de su carácter consensual, el arbitraje frecuentemente procede bajo la sombra del poder estatal¹³⁷.

Como refiere OPPETIT, el arbitraje no se sitúa en una zona de no-derecho: esta no es una institución suspendida en un espacio indeterminado, desmaterializado y desjuridizado que escape a toda heteronomía y que no esté regido más que por sus propias contingencias y a su

134. E. ZULETA, “El Reconocimiento Internacional de Laudos Anulados”, en C. A. SOTO (Dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008, p. 607.

135. F. MANTILLA-SERRANO, “La Autonomía del Derecho del Arbitraje Internacional: ¿Hacia un Arbitraje Realmente Autónomo?”, en F. Mantilla-Serrano (Coord.), *Arbitraje Internacional, Tensiones Actuales*, Bogotá, Legis Editores y Comité Colombiano de Arbitraje, 2007, p. 239.

136. D. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 124), p. 117.

137. L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 44), p. 495.

mera discreción, así como lo podría sugerir el tema de la autonomía utilizado tantas veces para caracterizar su régimen¹³⁸. Esta supuesta deslocalización consiste, en definitiva, según MAYER, en una multilocalización, sujeción del laudo a la ley de cada país en el cual es invocado. ¿Como sostener, en estas condiciones, la no-integración de un laudo internacional a un ordenamiento jurídico?¹³⁹.

Es cierto que a partir de los años setenta –nos dicen REDFERN y HUNTER– se pretendió deslocalizar el arbitraje, sobre todo a partir del impulso dado a este tema en Francia, pero si bien ello resulta atractivo en teoría, es más prudente asegurarse que el arbitraje se adecue a las disposiciones imperativas que le puedan resultar aplicables¹⁴⁰.

GOODE es bien elocuente: la imagen de una *lex mercatoria* autónoma hecha efectiva por un proceso arbitral a-nacional derivando en un laudo a-nacional, si bien capturó la imaginación gálica, su impacto práctico ha ido en inversa proporción a la atención que se le ha dado al tema. Reconoce, sin embargo, este gran jurista inglés que el debate ha ayudado a la formulación de principios internacionales y otras cuestiones que han alterado el balance del peso puesto en los tribunales ordinarios hacia los árbitros¹⁴¹.

Todo esto ha contribuido, en definitiva, a que el derecho transnacional fuera teniendo progresiva aceptación, cada vez con mayor ímpetu en los últimos tiempos.

138. B. OPPETT, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: Eduardo SILVA ROMERO/ Fabricio MANTILLA ESPINOZA/ José Joaquín CAICEDO DEMOULIN, Bogotá, Legis Editores, 2006, p. 185.

139. B. OPPETT (nota 138), pp. 191-192.

140. A. REDFERN / M. HUNTER (nota 102), p. 287. En esta línea, se expide DERAIS en el sentido que sería incorrecto decir que el árbitro no debería tomar el orden público en consideración, porque debería estar siempre preocupado con la efectividad de su decisión (Y. DERAIS (nota 103), no. 60). Como lo dice GONZALO QUIROGA, el árbitro es “indirectamente” guardián del orden público, pues debe preservar que su laudo no sea invalidado (M. GONZALO QUIROGA (nota 93), p. 65).

141. R. GOODE (nota 46), p. 22. Por eso, se ha expresado que los laudos franceses y americanos levantan “*policy concerns*” que han dividido a la doctrina (L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON (nota 44), p. 685).

También ayudó que existe una instancia en la que sí se plantea una verdadera deslocalización. Tal es la de los arbitrajes ante el CIADI, ya mencionado, regidos por un tratado internacional conforme al cual el laudo no estará sujeto a revisión por parte de gobiernos nacionales¹⁴². Ello facilita, obviamente, de manera notoria, la labor de los árbitros, que podrán aplicar directamente un derecho transnacional a sabiendas de que lo resuelto no será pasible de revisión ante instancias locales con cerrados criterios domésticos.

Ideal sería que se cuente, eventualmente, con un foro único para juzgar la integridad de los fallos arbitrales en materia comercial internacional, a semejanza de lo que ocurre con los arbitrajes de inversión¹⁴³. No obstante, en el ínterin, la Convención de Nueva York viene brindando un servicio de incalculable valía a través de los años en resguardo del arbitraje y su virtualidad internacional, como también del derecho universal allí emergente, dentro del alcance y con las matizaciones que se vienen resaltando.

Conclusión

Ya en etapa de depuración de este material, he encontrado una alusión de Lord MUSTILL –uno de los arbitralistas y comercialistas ingleses más reconocidos de nuestro tiempo– a la Convención de Nueva York como “la más efectiva instancia de legislación en la historia del Derecho comercial”¹⁴⁴. A esta altura debe quedar más que en claro que aseveraciones en esta línea no son una exageración.

Pero ojo: la revolución apenas ha comenzado (si bien esta Convención cuenta ya con medio siglo de vida). La perciben claramente quie-

142. A. REDFERN / M. HUNTER (nota 102), p. 55.

143. Como una “*International Court of Arbitral Awards*” (P. READ (nota 79), p. 188). Sobre reticencias hacia una corte internacional de arbitraje ver Gaëtan VERHOOSSEL, *Una corte internacional de apelaciones: ¿un mal necesario?*, pp. 295 y ss.

144. Citado por J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS / S. M. KRÖLL (nota 47), p. 694.

nes han profundizado temas de derecho aplicable relacionados con el arbitraje. Lo propio ocurre con refinados juristas de otras especialidades, si bien resulta llamativo que no haya existido un mayor *aggiornamento* de parte de muchos expertos en materia de Derecho civil, comercial e incluso internacional privado, que aún se aferran a criterios nacionalistas ortodoxos. Nada más apropiadas aquí que las sabias palabras de MERRYMAN, en el sentido de que existe siempre la masa de los abogados, y por otro lado, el jurista refinado, crítico, en el horizonte creciente del pensamiento legal, integrando siempre parte del grupo más pequeño y menos representativo, el que puede encontrarse incluso en la nación más atrasada¹⁴⁵.

El torrente resulta incontenible. El derecho transnacional, derecho uniforme, *lex mercatoria* o como se lo llame, viene consolidándose cada vez más en lo que respecta a sus contornos doctrinarios, refinados con el auxilio de una creciente casuística, arbitral y judicial, y desarrollos convencionales y legislativos que le sirven de soporte. Sin temor a exagerar, puede afirmarse, pues, que la Convención de Nueva York, y los senderos que ha abierto para que fueran posibles todos estos desarrollos, constituye el más importante instrumento convencional en la historia del Derecho privado. Y eso que lo que está ocurriendo con sus derivaciones es, aún hoy, apenas un *work in progress*.

145. Señala MERRYMAN que su libro sobre la tradición jurídica romano-canónica se ocupa de lo que cree la masa de abogados del mundo de Derecho civil, aunque la vanguardia del pensamiento legal le diga que está errada (J. H. MERRYMAN (nota 20), p. 13).

ORDEN PÚBLICO Y ARBITRAJE: ALGUNOS LLAMATIVOS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES EN EUROPA Y EL MERCOSUR

Introducción

En vinculaciones mercantiles transfronterizas campea –al menos en gran parte del mundo civilizado– el principio de la autonomía de la voluntad o libertad de las partes para elegir el derecho que regirá sus contratos y en su caso la jurisdicción, judicial o arbitral, que entenderá ante una eventual contienda. Sin embargo, en los distintos sistemas pueden encontrarse importantes límites a dicha autonomía en el llamado “orden público” y las doctrinas consolidadas recientemente en torno a esta figura.

Calificado por FRAGISTAS de “*enfant terrible*” (niño terrible) del Derecho internacional privado¹, y por un antiguo fallo inglés de 1824 de “caballo rebelde” (*Richardson v. Melish*), se ha dicho que, como los Himalayas, el tópico es uno cuya cumbre tiende a permanecer rodeada de nubes y cuyos perfiles pueden sólo vagamente percibirse por el observador². La problemática del orden público o de la imperatividad en

-
1. O. KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, A.W. Sijthoff – Leyden, 1974, p. 29.
 2. M. RUBINO-SAMMARTANO / C.G.J. MORSE (Eds.), *Public Policy in Transnational Relationships*, Deventer/ Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, p. 5 (prefacio).

general fácilmente se presta a confusión, debido en parte a la disparidad terminológica en la cuestión, en un tema en que se influyen recíprocamente diversas doctrinas anglosajonas y del derecho civil continental europeo, con sus nomenclaturas propias, a lo cual cabe agregar las divergencias existentes incluso dentro de los distintos regímenes jurídicos entre sí³. Como bien lo dijo LALIVE, la materia de por sí oscura, resulta más sombría aún debido a las imprecisiones, la diversidad y la confusión en el vocabulario utilizado⁴.

La controversia gira no sólo en cuanto a terminología, sino con respecto a la delimitación del contenido del principio y a los criterios que han de determinar su aplicación a un caso dado⁵. Ello debido a que el orden público ha llegado a convertirse de hecho en una noción totalizadora (“catch-all” notion)⁶, o una abstracción que evoca al camaleón (“chameleon-like”)⁷, utilizada en una infinitud de contextos con variedad de propósitos⁸.

-
3. Ver críticas a la terminología por las confusiones que genera en H. ALVAREZ, “Guiado por una mano invisible. El orden público al amparo del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, Lima, Editoria Jurídica Grijley, 2005, p. 15.
 4. P. LALIVE, “Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration”, *Commentary – Full Section, ICCA Congress Series*, No. 3, New York, 1986, después de nota 3.
 5. C.G.J. MORSE, “England”, en M. RUBINO-SAMMARTANO / C.G.J. MORSE (Eds.), *Public Policy in Transnational Relationships*, Deventer/ Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, p. 9.
 6. H. VAN HOUTTE, “From a National to a European Public Policy”, en *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002, p. 841.
 7. L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSSON, en *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications, 2000, p. 504.
 8. Nadie –expresa JUENGER– ha sido capaz de definir esta concepción vaga y escurridiza; como la pornografía, uno solo la conoce cuando la ve (F. K. JUENGER, “General Course on Private International Law” (1983), *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985, IV, Tome 193 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 200).

El arbitraje ha sido terreno fértil para el desarrollo y refinamiento reciente de la compleja noción del orden público. Dicho medio de resolución de conflictos seduce a teóricos y prácticos por la cantidad de disciplinas que en él se entrecruzan, pues envuelve cuestiones de orden procesal, contractual, internacional –privado y público– y de derecho comparado, entre otras, amén de encontrarse en el centro de las controversias y debates filosóficos, desde que, como bien lo destaca OPPETT, se presentan aquí los problemas fundamentales del derecho: la justicia, sus formas y finalidades, la juridicidad, sus fuentes y su naturaleza, la estructura del ordenamiento jurídico y las finalidades del derecho⁹.

Estos temas han sido objeto de profundos replanteos en tiempos recientes en que el arbitraje vuelve a cobrar auge. Si bien los comerciantes de la Edad Media frecuentemente sometían sus disputas a sus propios pares –otros comerciantes– o a terceros, no jueces, que arbitraban en ellas, la consolidación de los Estados-Naciones y el avance de las ideas de soberanía estatal de los últimos siglos, entre otros factores, contribuyeron a que el arbitraje quedara arrinconado durante un buen tiempo, sobre todo como alternativa efectiva para la resolución de disputas transfronterizas. El escenario cambia por completo en las últimas décadas, en que el arbitraje comercial internacional vino adquiriendo cada vez mayor preponderancia y difusión, sobre todo a través de contiendas muy conocidas, como las relativas a la nacionalización del petróleo en países árabes de los años 1970 y 1980¹⁰. Hoy día se lo utiliza masivamente en importantes controversias transfronterizas, relacionadas a compraventa internacional de mercaderías, *joint ventures* y contratos de construcción, por citar ejemplos.

-
9. B. OPPETT, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: Eduardo SILVA ROMERO / Fabricio MANTILLA ESPINOZA / José Joaquín CAICEDO DEMOULIN, Bogotá, Legis Editores, 2006, p. 248.
 10. Ver Y. DEZALAY / B. G. GARTH, *Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago / London, The University of Chicago Press, 1996, p. 75.

Debe tomarse en cuenta, muy particularmente, que la más autorizada doctrina y los precedentes preponderantes en el mundo se desarrollaron primordialmente en torno al arbitraje internacional. Es cierto que mucho se hace extensivo al arbitraje doméstico, pero –como lo enfatiza LALIVE– el arbitraje internacional difiere en gran medida de aquél por su especificidad, funciones y caracteres principales¹¹. Por análogas razones, cabe tener presente que el arbitraje tiene peculiaridades con respecto a determinados tipos de transacciones, sobre todo aquellas en que normalmente una parte de la contratación es “débil”, como ocurre, por ejemplo, con las relaciones de trabajo o de consumo. Ello hace de que en muchos sitios el arbitraje tenga reglas peculiares con respecto a las mismas o incluso a veces no sea admitido como medio de resolución de controversias. El fundamento comúnmente esgrimido es el siguiente: si el arbitraje resulta fruto de la libre voluntad de quienes se someten a él, no cabe admitirlo en vinculaciones en que por lo general no existe libertad de contratación plena, o en todo caso corresponde someterlo a reglas peculiares.

Paraguay y Bélgica –entre otros países– cuentan con leyes que protegen a distribuidores o agentes locales en sus vinculaciones con sus principales en el extranjero¹². Estas leyes son “de orden público” en cuanto a que las garantías mínimas de protección allí contenidas no pueden ser renunciadas por los locales que son, normalmente, las “partes débiles” en la contratación¹³. Pues bien, en ambos países se admite el arbitraje como medio de resolución de conflictos suscitados en este tipo de vinculaciones. Sin embargo, tanto la Corte Suprema de Justicia

11. P. LALIVE (nota 4), después de la nota 37.

12. En Paraguay la Ley 194 de 1993 y en Bélgica la Ley del 27 de julio 1961

13. Sobre la problemática de los contratos de adhesión y el arbitraje, puede profundizarse en el artículo: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “El Arbitraje y los Contratos con Cláusulas Predispuestas”, en *Publicación de la Cámara Nacional de Comercio de Uruguay*, Centro de Conciliación y Arbitraje, Centro de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Montevideo, 2000).

del Paraguay¹⁴ como la Corte de Casación Belga¹⁵ se han pronunciado en contra de que en casos como éstos el arbitraje se lleve adelante fuera del país. Ello en el entendimiento de que, en caso contrario, no se tendría la posibilidad de un escrutinio último del foro fuertemente conectado con una normativa “de orden público”, de cuya observancia sólo podrá actuar eficientemente como guardián último –como eventual instancia de impugnación– la jurisdicción afectada.

Estas decisiones pueden relacionarse con otras dictadas a nivel comunitario, tanto en la Unión Europea como, muy recientemente, en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). En Europa una directiva comunitaria establece normas de protección mínima a los agentes¹⁶ y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) la ha declarado “de orden público comunitario” en el sentido de que deberá ser respetada por sus Estados miembros al punto que en el caso *Ingmar*¹⁷, que así lo decidió, se dijo que no podía someterse el contrato a ejecutarse en Inglaterra al derecho de California, puesto que en caso contrario se burlaría la norma imperativa europea. El caso versaba sobre derecho aplicable. Ya sobre jurisdicción, el 3 de abril de 2007 el Tribunal Permanente de MERCOSUR (TPR) se ha expedido en la primera opinión consultiva que se le fuera planteada¹⁸, precisamente sobre un caso relativo a la ley paraguaya de agencia y distribución –no existe en la región, a diferencia de lo que ocurre en Europa, una normativa comunitaria sobre la materia–. Si bien no versa sobre derecho aplicable sino jurisdic-

-
14. Acuerdo y Sentencia N° 285 del 25 de mayo de 2006, dictado en el juicio: “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Gunder ICOSA c/ KIA Motors Corporation s/ indemnización de daños y perjuicios”. Expediente año 2004 - N° 3804.
 15. Decisiones N° JC04AF2 del año 2004 y N° JC06BG5_1 de 2006.
 16. Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, cuya finalidad es proteger a aquellas personas que, a tenor de sus disposiciones, tienen la condición de agente comercial.
 17. *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.* del Tribunal de Justicia de 2000 (asunto. C-381/98).
 18. Opinión Consultiva N° 1/2007, Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

ción, y si bien no trata de arbitraje sino sobre prórroga de competencia a favor de un tribunal extranjero, se puede percibir en el fondo de esta decisión el mismo hilo conductor que inspiró los pronunciamientos de Paraguay y Bélgica arriba referidos, y en cierta forma el del TJCE.

Todo esto adquirirá mayor sentido más adelante. Por el momento, debe quedar precisado que en esta contribución no se juzga las bondades o no de contar con un normas protectivas en materia de vinculaciones de agencia y distribución¹⁹ ni mucho menos se analizan aciertos o errores que pudieran contener las regulaciones al respecto aquí referenciadas. Estos pronunciamientos sí nos sirven para evaluar, a la luz de ellos, el estado actual de la doctrina del “orden público”, tal cual se la viene entendiendo en la esfera internacional y el problema que representa para el arbitraje, cuando con él se quieren evitar –o evadir, dirían algunos– dicho principio o disposiciones imperativas inspiradas en él. Veremos finalmente si los fallos de Paraguay y Bélgica representan una amenaza para el arbitraje o si caían de maduro para el resguardo de normas de tinte imperativo cuya aplicación se pretendió evitar recurriéndose a este medio de resolución de conflictos.

Aproximación a la idea del orden público

De manera preliminar podemos caracterizar a los principios de orden público como aquellos que inspiran un ordenamiento jurídico determinado, reflejando los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. La idea general –observa CARBONNIER– responde a una supremacía de la sociedad sobre el individuo, y el orden público traduce la voluntad comunitaria, amenazada por determinadas iniciativas individuales en forma de contrato. Trátase, en suma, de un mecanismo

19. En Europa, por ejemplo, ello ha sido fuertemente cuestionado y el fallo *Ingmar* del TJCE ha sufrido duros embates.

mediante el cual el Estado reprime las convenciones particulares que puedan atentar contra sus intereses esenciales²⁰.

A veces se persigue solo resguardar ciertos intereses monetarios del Estado, como ocurre con las regulaciones de control de cambios o restricciones de transferencias. En otras ocasiones se busca salvaguardar intereses vitales de un Estado y el bienestar de su gente, o se anhela proteger el funcionamiento de un mercado efectivo a través de la libre competencia²¹. Ello puede responder a un fuerte interés político o guardar relación general con las políticas públicas de un país²², tanto para la consecución de objetivos sociales y económicos (y aquí se habla de un orden público “de dirección” y de “coordinación”) como para el resguardo de partes consideradas débiles y por ende necesitadas de tutela (aquí se habla de orden público “de protección”), tal cual ocurre, por ejemplo, con trabajadores, consumidores y, en algunos países como Paraguay, Bélgica y otros, agentes o distribuidores.

La expresión “orden público” fue incluida en el artículo 6° del Código Civil Francés de 1804, y de allí se extendió a numerosos cuer-

-
20. J. CARBONNIER, *Derecho Civil*, T. II, Vol. II, Traducción por Manuel M. ZORRILLA RUIZ, Barcelona, Editorial Bosch, 1971, p. 266. CAIVANO lo entiende como el conjunto, no de normas, sino de principios fundamentales sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico del foro, los denominados principios de “moralidad y justicia”, de “justicia universal” o de “natural justice”, inspiradores de ese ordenamiento. Se trata de normas imperativas locales, que no pueden dejarse de lado o derogarse por la voluntad de las partes (R. J. CAIVANO, “Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros”, en A. N. Pucci (Coord.), *Arbitragem Comercial Internacional*, São Paulo, Editorial LTr, 1998), p. 156).
 21. Como se ha dicho, los intereses estatales de control de los procesos económicos internacionales deben ser objeto de fiscalización y seguimiento por parte de los Estados. Y debe resguardarse los intereses estatales de defensa de ordenación básica de economía nacional y de ciertos grupos sociales necesitados de protección por ser débiles (A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de junio de 1980”, en A. L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dir.), P. Blanco-Morales Limones (Coord.), *Contratos Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1997, p. 42).
 22. Conforme lo resalta BLESSING (ver M. BLESSING, *Choice of substantive law in international arbitration* (Kluwer CD), después de la nota 15).

pos legales en él inspirados. Señala VAN HOUTTE que lingüistas y psicólogos probablemente tienen su propia explicación de por qué los europeos del continente llaman “orden público” a lo que sus más pragmáticos angloamericanos llaman “política pública” (*public policy*). La razón es que el Código Napoleón utilizó la expresión orden público (*ordre public*) y no política pública (*politique publique*) con la que se hizo conocida en el continente europeo²³. Códigos de fuente germánica emplean en vez las expresiones “leyes imperativas” y “buenas costumbres”. En el Código Civil Alemán se excluyó el concepto del “orden público” que había sido propuesto inicialmente por la comisión redactora, debido a su carácter ideológico, y se mantuvo en vez los términos “moral”, “bien general” o “buenas costumbres”. Finalmente, la jurisprudencia terminó equiparando éstos al “orden público”²⁴.

El orden público en el derecho internacional privado

En la disciplina iusprivatista internacional el orden público juega un rol muy importante. Ya en la Edad Media se hablaba de “*statuta odiosa*” o regla foránea que debía ser desechada por incompatible con el sistema propio; en tanto que HUBER, en la segunda mitad del siglo XVII, descartaba la aplicabilidad de la “*comitas*” –en este caso la colaboración judicial en el ámbito de las vinculaciones particulares internacionales– cuando ella pudiera ocasionar un perjuicio a los poderes o derechos del gobierno o sus súbditos. La moderna doctrina del orden público en la esfera internacional puede remontarse a las enseñanzas del norteamericano STORY en 1834 y del francés FOELIX en 1843, quien introdujo la expresión a Europa. La doctrina fue recogida por SAVIGNY en el territorio germánico de hacia mediados del siglo XIX, así como por la escuela italiana de MANCINI un tiempo después, de los que se desprenden dos tendencias claramente marcadas.

23. H. VAN HOUTTE (nota 6), p. 842.

24. L. ENNECCERUS y otros, *Derecho Civil*, Parte General, Vol. II, p. 53.

A pesar de que SAVIGNY no trató el tema con mucho detenimiento, admitía que su sistema neutral de localizar la relación jurídica en la sede más apropiada –como derecho aplicable–, pudiera ser dejado de lado por el foro juzgador si contraviniese sus intereses fundamentales. En cuanto a MANCINI, como el criterio de la nacionalidad por él propugnado lleva a la frecuente aplicación del derecho extranjero, el orden público adquiere importancia adicional dentro de su doctrina. Conforme a ella, los intereses privados se encuentran gobernados por el derecho del Estado del cual la persona es nacional, en tanto que las reglas que sirven el interés público son aplicadas siempre dentro del territorio del Estado concernido²⁵.

De modo que la noción del orden público pasa a constituir una de las técnicas del Derecho internacional privado para hacer operativo el sistema conflictualista. Como lo señala LAGARDE²⁶, un camino directo como el del “mejor derecho” al que aludían ALDRICUS, los canonistas, y modernamente LEFLAR y JUENGER, permite arribar directamente al derecho aplicable sin recurrirse a las técnicas del conflictualismo y elimina el círculo. Aquí no encuentra cabida la noción del orden público.

Sí la tiene dentro del otro enfoque, enraizado en la doctrina de MANCINI²⁷, consistente en asumir que ciertas normas o principios del

-
25. Esto fue recogido por el Código Civil Italiano de 1865 y luego por el Código Civil Español, en línea con MANCINI: “no obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”, como así también por el artículo 14 del Código Civil Argentino (G. KEGEL, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter 3, Fundamental Approaches, Tübingen y otras, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) / Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 8).
 26. Cuyo enfoque seguimos en esta parte (ver P. LAGARDE, “Public Policy”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 3, Capítulo 11, Tübingen y otras, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) / Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pp. 3-5).
 27. Y en consecuencia del Código Civil italiano de 1865, español (art. 11, inc c) y argentino (art. 14).

foro resultan fundamentales y deben ser aplicados siempre dentro de su jurisdicción. El orden público es tratado así como un factor directo para la determinación del derecho aplicable²⁸ en igualdad con la nacionalidad, la libertad de contratación, etcétera. Constituye un factor positivo y no la excepción a que se aplique el derecho que hubiera resultado normalmente aplicable. No es el orden público que objeta la aplicación del derecho extranjero, sino que éste se muestra incapaz de expulsar las reglas del foro. Actualmente, conforme se verá, la doctrina desarrolla este aspecto del orden público refiriéndose al mismo –muchas veces– como “leyes de policía” (*lois de police* en francés) o a través de otras expresiones como normas imperativas, de aplicación inmediata o indirecta y términos análogos.

Pero también el orden público constituye una excepción a que opere el mecanismo de selección del derecho. Se manifiesta por repeler la regla que resultaría normalmente aplicable y reemplazarla por la norma que es usualmente, pero no siempre, prestada del derecho del foro (*lex fori*). Esta noción se remonta al distingo entre *statuta odiosa* y *statuta favorable* de BARTOLO y BALDO. La recogieron en cierto sentido DOMOULIN, WÄCHTER, SAVIGNY y KAHN, sin resultar del todo claros. El francés BARTIN en 1899 retuvo la faceta negativa del orden público que se desprende de la doctrina de SAVIGNY, y le dió un enfoque sistemático como excepción de la regla foránea que hubiera resultado aplicable según el mecanismo neutral de selección del derecho.

Estos aspectos –negativo y positivo– del orden público se encuentran recogidos en diversos regímenes jurídicos²⁹.

28. “Factor autónomo de conexión”, en la jerga de los iusinternacionalprivatistas.

29. Sobre el juego entre los distintos sistemas conflictualistas, multilaterales o unilaterales, y el rol del orden público y las normas imperativas en ellos, ver H. MUIR WATT, “New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help?”, en M. VAN HOECKE (Ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, pp. 278-280.

Problemas con la doctrina del orden público en el contexto internacional

Además del problema terminológico³⁰ y de las diversas manifestaciones del fenómeno del orden público³¹, la figura constituye –en palabras de GUTTERIDGE– una seria amenaza a la colaboración internacional en el campo de conflicto de leyes. El principio, tal cual se halla concebido, se encuentra moldeado por influencias más allá del derecho, marcado por ideologías que no pueden medirse por estándares fijos. En países demoráticos prevalecerá la opinión pública; en regímenes totalitarios el capricho del dictador o de la claqué gobernante³².

Refiere JUENGER que el conflictualismo clásico del Derecho internacional privado pretende adherirse a reglas rígidas, no obstante lo cual admite la excepción de indefinidas dimensiones que representa el orden público. Dicha reserva puede ser aplicada expansivamente al punto que casi cualquier regla foránea no similar a la del foro puede llegar a calificar para hacerla operativa, con lo que la excepción “traga” la regla”. O puede ser restringida en interés de la armonía internacional, pero sólo al precio del peligro que representaría la incorporación de reglas foráneas muchas veces inapropiadas u onerosas que producirán resultados indeseables. Los tribunales y legisladores de distintos países difieren ampliamente en sus preferencias entre una y otra alternativa.

30. Está visto que en derecho internacional privado se emplean sin homogeneidad las expresiones “orden público”, “orden público internacional”, normas “imperativas”, “de policía”, “de aplicación inmediata” y otras.

31. La coactividad del derecho internacional privado ha tenido oportunidad de manifestarse por múltiples canales, por lo que sería mejor imaginar la figura de un prisma que permita fragmentar el concepto de imperatividad propio del derecho en numerosos destellos de luz (R. B. SANTOS, *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, Segunda Edición, Rosario, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1998, p. 148).

32. H. C. GUTTERIDGE, *Comparative Law, An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Second Edition, Cambridge University Press, 1949, p. 161.

Dentro de un mismo país, como en los Estados Unidos, por ejemplo, se presentan fallos contradictorios sobre el punto³³.

Por lo demás, muchas veces el orden público, debido a sus contornos vagos e imprecisos, ha sido utilizado como “válvula de escape” para introducir justicia “por la puerta de atrás” cuando las reglas estrictas del sistema conflictualista llevarían a un resultado injusto en el caso en particular³⁴. Al respecto, se ha planteado VISHER si no resulta mucho más honesto admitir simplemente una válvula de escape amplia como mecanismo correctivo para lograr soluciones justas en el caso particular que así lo amerite³⁵. La tendencia europea es admitir estas conexiones alternativas³⁶, o una cláusula general de salvaguarda para situacio-

33. F. K. JUENGER (nota 8), pp. 200, 258.

34. F. K. JUENGER (nota 8), p. 258. KEGEL distingue entre justicia sustantiva y conflictual y hace notar que por sobre este segundo supuesto opera el orden público que excluye reglas foráneas (G. KEGEL (nota 25), p. 15). Tratándose de justicia conflictual, el objetivo del Derecho internacional privado será simplemente elegir el Estado que proveerá el derecho aplicable sin atender al contenido y la calidad sustantiva de la solución a la que se arriba. En tanto que en la justicia sustantiva se buscará la mejor solución de fondo a un caso multiestatal. En este dilema entre la justicia conflictual y la justicia material o sustantiva los juzgadores suelen recurrir frecuentemente a lo que los anglosajones denominan “*escape devices*”, o mecanismos de escape de la rigidez conflictualista, manipulándose cuestiones como las relativas a calificación, reenvío, orden público internacional, fraude a la ley, etcétera (Ver S. C. SYMEONIDES, “Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law, en *International Conflict of Laws for the Third Millenium*”, *Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001, p. 125). La opción del juez de optar por otras alternativas a las soluciones conflictualistas clásicas constituye la línea de las normas narrativas de JAYME, de la doctrina de las cláusulas de excepción y la teoría alemana *Zweistufentheorie*, que toma en cuenta la regulación establecida en un ordenamiento no reclamado por la norma de atribución, pero sí estrechamente vinculado con el asunto, al objetivo de adaptar la solución conflictual legislativamente prevista a los propios objetivos de justicia del foro (J. M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997, p. 88).

35. F. VISHER, “General Course on Private International Law”, *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992, I, Tome 232 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 106.

36. En Europa –observa REIMANN– la tendencia en la segunda mitad del siglo XX ha sido mover el modelo decimonónico obsesionado con la nación Estado y mirar a intere-



nes particulares³⁷, y así, el orden público queda arrinconado a su función propia³⁸.

En el antiguo fallo inglés dictado en *Richardson v. Mellish* (1824) se dijo que el orden público era un caballo rebelde que, una vez montado, uno nunca sabe donde lo llevará³⁹. Mucho tiempo después Lord Denning dijo en *Enderby Town Football Club Ltd. v. The Football Association Ltd.* (1971) que, canalizado de manera apropiada, este caballo rebelde podría ser mantenido bajo control⁴⁰.

→ ses privados, reglas más flexibles, y criterios más abiertos a políticas substantivas (Ver M. REIMANN, "Domestic and International Conflicts Law in the United States and Western Europe", en *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001, p. 114). Tal constituye un cambio de soluciones formales, a otras menos mecánicas y que por ende atienden la sustancia de los problemas presentados en materia privada internacional (G.-P. CALLIES, "Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report, The European Commission's Action Plan COM (2003) 68 final and the Green Paper on the Modernisation of the 1980 Rome Convention COM (2002) 654 final", en *German Law Journal*, www.glj-pdf.de, p. 333).

37. En este sentido, la ley suiza de Derecho internacional privado prevé, en su art. 15, una cláusula de escape para el caso atípico. Dice la norma: "El derecho designado por la presente ley excepcionalmente no es aplicable si, a la vista del conjunto de circunstancias, es evidente que la causa no tiene un vínculo bien determinado con ese derecho y que se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro derecho". Esta cláusula de escape también está prevista en el artículo 6° de la nueva ley alemana de Derecho internacional privado y en el artículo 8° parágrafo 3° de la convención sobre ley aplicable a los contratos de compraventa de 1987. El Restatement norteamericano resulta más amplio con la fórmula: "salvo que exista una relación más significativa con otro Estado" como válvula de escape al resultado que produzca el mecanismo conflictual.

38. B. AUDIT, "Le Caractère Fonctionnel de la Règle de Conflit (sur la "crise" des conflits des lois)", *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1984, III, Tome 186 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 349-350.

39. Se dijo allí textualmente: "...a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you. It may lead you from sound law. It is never argued at all, but when other points fail" (International Law Association, London Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration, Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (www.ila-hq-org), p. 35).

40. Expresó textualmente Lord DENNING: "With a good man in the saddle, the unruly horse can be kept in control" (ILA Interim Report (2000), p. 35).

Pues bien, uno de los roles creativos de diversos tribunales ha sido circunscribir el principio del orden público⁴¹, considerando que no aplicar una regla foránea usualmente significa dar virtualidad al derecho propio o *lex fori* del juzgador y atenta contra la armonía de las soluciones en el Derecho internacional privado⁴². El gran desafío constituye, pues, aclarar la terminología, delimitar apropiadamente el principio y dejar circunscriptas pautas específicas de aplicación del mismo y de sus distintas derivaciones, atendiendo regulaciones preponderantes existentes en el mundo, fallos y laudos emblemáticos y las tendencias doctrinarias prevalecientes⁴³.

Para el efecto, abordaremos en nuestra exposición diferentes subcategorías. Una se encuentra constituida por los principios y reglas fundamentales que surgen de cada sistema jurídico, que al contrariar el derecho extranjero aplicable según el mecanismo conflictual, prevalecen por sobre él (se utiliza muchas veces aquí la expresión orden público internacional). También se habla de un orden público más amplio a través de un consenso generalizado en los distintos sistemas preponderantes sobre la moralidad de las transacciones (orden público auténticamente transnacional o *bonos mores*). Existe, asimismo, otra subcategoría, las llamadas normas imperativas (*lois de police* en Francia, *mandatory rules* en el sistema anglosajón), que se aplican directamente, evitando el mecanismo conflictual. Veremos a continuación las distintas derivaciones de estas subcategorías y problemas conexos que se presentan.

41. Como lo dice KAHN-FREUND, uno de los factores claves para el rol creativo de los tribunales es el principio del orden público que existe en todos lados, esté o no expresado en un código (O. KAHN-FREUND (nota 1), p. 110).

42. Lo que implica que, al fin de cuentas que los tribunales están finalmente en control de la línea que separa una política de armonía internacional de una política de conciencia interna (O. KAHN-FREUND (nota 1), p. 111).

43. Como bien se ha dicho, los intereses, tanto públicos como privados, requieren de soluciones estables, eficaces e invariables que brinden seguridad jurídica (A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (nota 21), p. 42).

La expresión “orden público internacional”

Para cuestiones de orden transfronterizo ha adquirido carta de ciudadanía la expresión *orden público internacional*. En la primera mitad del siglo XIX, STORY, FOELIX y otros internacionalistas hablaban sólo de “orden público”. Más adelante, hacia 1898, KAHN propuso distinguir el orden público, en alusión al derecho internacional, de las reglas imperativas, atinentes al derecho interno. De hecho, la distinción se remontaría ya a BROCHER entre los años 1882-1885⁴⁴. Como sea, conforme a esta nomenclatura, las normas imperativas del foro se aplican directamente dentro de su territorio, en tanto que el orden público internacional hace que no tenga virtualidad el derecho foráneo que hubiera correspondido según las reglas de conflicto del juzgador, porque viola reglas o intereses fundamentales⁴⁵. De modo que el orden público internacional es un mecanismo de defensa que permite al juzgador no aplicar el derecho foráneo que hubiera correspondido conforme al mecanismo conflictual y, en su caso, habilita a rechazar la ejecución de una sentencia extranjera cuando es ofensiva al mismo. Tiene así una función correctiva⁴⁶.

Un importante estudio europeo relativo a propuestas de reforma en el ámbito contractual, conocido como “Libro Verde”, pone de resalto la distinción entre orden público interno e internacional. Caracteriza al orden público interno como el “conjunto de normas nacionales de carácter imperativo cuyo objeto es garantizar el orden social y económico de un Estado. Se trata de normas cuya aplicación las partes no pueden excluir por contrato, por ejemplo las destinadas a proteger una parte

44. M. RUBINO-SAMMARTANO, “Italy”, en M. RUBINO-SAMMARTANO / C.G.J. MORSE (Eds.), *Public Policy in Transnational Relationships*, Deventer/ Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, p. 13.

45. Ver H. VAN HOUTTE (nota 6), pp. 845-846.

46. H. VAN HOUTTE (nota 6), p. 842.

considerada “débil” (consumidor, trabajador, menor, etc.)”. Con respecto al orden público internacional, expresa el Libro Verde: “Después de haber determinado la ley aplicable a una situación jurídica dada, de acuerdo con sus normas de conflicto de leyes, sucede que el juez considera que la aplicación concreta de esta ley entraña un resultado poco compatible con el sistema de valores del foro. En consecuencia, descarta la ley extranjera normalmente aplicable y aplica su propia ley”⁴⁷.

Hace notar LALIVE que en el derecho local el concepto de orden público se refiere a normas imperativas que las partes no pueden derogar; en tanto que en el Derecho internacional privado el concepto es, por necesidad, uno diferente. Las funciones y el propósito de estas dos partes, derecho doméstico e internacional, no son iguales. En muchos países, una norma imperativa doméstica no necesariamente prevalece en cuestiones internacionales⁴⁸. Esto se desprende claramente del caso *Messageries Maritimes*, resuelto por la Corte de Casación francesa en el año 1950. Se trató de un préstamo en dólares-oro canadienses de una compañía francesa a *Messageries Maritimes*, la que intentó pagar a sus tenedores de bono con dólares de papel, conforme a la ley canadiense entrada en vigor luego de la fecha de la deuda. Dicha ley devaluó el dólar y prohibió cláusulas-oro, sin distinguir entre pagos internos e internacionales. La Corte de Casación la ignoró y pronunció que las partes podían acordar, aun contra normas imperativas de derecho interno gobernando el contrato, una cláusula-oro válida bajo el derecho francés, “de conformidad con con el sentido francés del orden público internacional”. El caso creó así una nueva regla, la de validez de las cláusulas-oro en contratos internacionales, diferente a la regla francesa apli-

47. Ver Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (COM/2002/0654) (<http://europa.eu.int/eurllex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0654:ES:HTML>).

48. P. LALIVE (nota 4), después de la nota 7.

cable a pagos domésticos. Surgió, pues, dentro del derecho doméstico francés una suerte de *ius gentium*, paralelo al derecho común doméstico⁴⁹.

En Estados Unidos tres *leading cases* de la Corte Suprema dejaron establecida la distinción entre orden público interno e internacional. En *The Bremen v. Zapata Offshore Co.* de 1972, se dejó sentado que el derecho doméstico no prevalecería sobre los requerimientos del comercio internacional; en *Scherk v. Alberto-Culver Co.* de 1974, se reconoció la validez de la cláusula arbitral, atendiendo el carácter internacional del contrato, y excluyendo así restricciones impuestas por la normativa bursátil (*Securities Exchange Act*) en cuanto a arbitrabilidad; y en *Mitsubishi Motor Corp. v. Soles Chrysler-Plymouth Inc.*, de 1985, se decidió que la no arbitrabilidad en materia de defensa de la competencia no se extiende a contratos internacionales⁵⁰.

En estos casos –destaca LALIVE–, normas domésticas imperativas son dejadas de lado en relaciones internacionales, de una manera que *prima facie* se parece al rechazo del derecho internacional normalmente aplicable por el orden público del foro, pero de hecho hay mayor analogía con la intervención positiva del orden público. Ello porque en vez de imponer –como ocurre comúnmente– una norma imperativa de derecho doméstico a situaciones internacionales, permite y de hecho requiere la aplicación y creación de una regla sustantiva adaptada a las necesidades y el contexto del comercio internacional. De allí la conclusión de que el rol del orden público internacional puede ser también permitir que el Estado del foro imponga sus puntos de vista en situaciones internacionales, pues el interés nacional puede consistir a veces que se tomen en cuenta y se satisfagan intereses y necesidades del co-

49. P. LALIVE (nota 4), después de la nota 55.

50. P. LALIVE (nota 4), después de la nota 57. Otros casos más recientes así lo confirman (*Shearson/American Express, Inc. v. McMahon* (1997); *Rodríguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.* (1989). Ver ILA Interim Report (2000), p. 13.

mercio transfronterizo, en sentido amplio, dejando de lado reglas del derecho local que han sido elaboradas e impuestas para situaciones domésticas⁵¹.

La noción del orden público internacional se encuentra recogida en los artículos 1498 y 1502 del Código Procesal Civil Francés; en el artículo 1096 (f) del Código de Procedimiento Civil portugués de 1986; como así también en la legislación de Algeria, Líbano y Paraguay⁵². En esta dirección, en Rumania y Tunisia la legislación alude al “orden público como se lo entiende en el Derecho internacional privado”⁵³.

También se considera que admite la noción de orden público internacional –si bien utilizando la terminología de “orden público” a secas– la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL (art. 34 (2) (b) (ii) y varias otras dictadas en consecuencia.

Han aplicado la distinción entre orden público interno e internacional tribunales de Alemania, Italia y Suiza⁵⁴. En Italia, la cuestión se controversió a nivel judicial y doctrinario. No tendría virtualidad la distinción entre orden público interno e internacional, según un fallo de la Corte de Casación italiana de 1970, como asimismo conforme las opiniones de BALLARINO y FERRI. Sí la tendría según otros fallos italianos, incluyendo uno de la Corte de Casación, y las opiniones de VITTA, SPERDUTI, PALAIA, FUMAGALLI y otros⁵⁵. En Inglaterra se presenta también du-

51. P. LALIVE (nota 4), después de las notas 58 y 59.

52. Sobre el problema en Paraguay relacionado a este tema, puede profundizarse en el artículo: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Derecho aplicable, orden público y el régimen arbitral paraguayo”, en *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 3, São Paulo, Coedición de IDB Thompson y el Comité Brasileiro de Arbitragem, 2004.

53. Algunas legislaciones hablan también de orden público y moral (Japón, Libia, Oman, Qatar, Emiratos Árabes Unidos y Yemen (ILA Interim Report (2000), pp. 11-12).

54. Otros tribunales adoptan una posición restrictiva, entre ellos los de Dinamarca, Holanda, Noruega, España y Suecia (ILA Interim Report (2000), p. 13).

55. M. RUBINO-SAMMARTANO (nota 44), p. 13. En referencia específica a la Convención de Nueva York sobre ejecución de laudos arbitrales, ha dicho la Corte de Apelaciones de Milán que el orden público referido en el Artículo V.2(b) del citado instrumento es orden público internacional (1992), ILA Interim Report (2000), p. 6.

dosa la cuestión. En un caso antiguo (*Kaufman v. Gerson* - 1904) se expresó que no existe el distingo, aunque más recientemente se dijo lo contrario en *Israel Discount Bank of New York v. Hadjipateras* (1984)⁵⁶.

En cuanto a los instrumentos internacionales, la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras emplea la expresión orden público a secas (artículo V, 2 b). Sin embargo, se interpreta en varios países que cuando al art. V.2.b) de la misma se refiere al orden público, alude al orden público internacional⁵⁷. Igual interpretación suele esgrimirse con respecto a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (artículo 5.2.b). Por su parte, todas las convenciones de La Haya luego de la Segunda Guerra Mundial incluyen la cláusula de orden público. Ahora, en tanto la de venta de 1955 hablaba en su artículo 6 sólo del orden público, ulteriores convenciones de La Haya incorporan la palabra “manifiesta”⁵⁸ (para aludir a la contravención del orden público), con lo que implícitamente acogen la terminología de “orden público internacional”⁵⁹.

La palabra “manifiesta” ha sido incorporada también a instrumentos convencionales interamericanos. Así lo hace la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (artículo 2.h), la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (artículo 17), la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁶⁰, la Con-

56. El reporte de la ILA expresa que en Inglaterra parecería existir una concepción restrictiva del orden público (ver fallos citados en el ILA Interim Report (2000), p. 14 al pie).

57. R. J. CAIVANO (nota 20), p. 157.

58. Resalta JAYME que la fórmula restrictiva utilizada por La Haya es la de “manifiestamente” incompatible con el orden público (E. JAYME, “Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne”, *Cours général de droit international privé, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, IV, Tome 251 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 229).

59. C.G.J. MORSE (nota 5), pp. 19-20.

60. Organización de Estados Americanos, CIDIP II, Montevideo, 1979.

vención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a la contratación internacional⁶¹ y en el ámbito mercosureño el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (artículo 20, inciso f) y el Protocolo de Medidas Cautelares (artículo 17)⁶².

En el mismo sentido que la Convención de México se encuentra el artículo 16 de su antecesor Convenio de Roma de 1980, conforme al cual los Estados miembros de la Unión pueden negarse a aplicar la ley foránea “manifiestamente incompatible” con el orden público del foro. La palabra “manifiesta” está recogida también en el Reglamento 44 de 2001 de la Unión Europea sobre jurisdicción internacional⁶³.

El distingo lo reconocen, asimismo, resoluciones del Instituto de Derecho Internacional⁶⁴ y de la *International Bar Association*⁶⁵.

-
61. Que dispone en su Artículo 18: “El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro”. Puede profundizarse al respecto en el artículo: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “La Convención de México sobre el Derecho Aplicable a la Contratación Internacional”, *Publicación de la Organización de Estados Americanos*, Washington, 2006.
 62. En referencia a la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial de 1975, NOODT TAQUELA entiende que el requisito de que el laudo no afecte el orden público internacional del Estado donde se pretende el reconocimiento (art. 5.2.b) “debe ser interpretado en los términos del art. 20 inc. f) del Protocolo de Las Leñas que indica que el laudo tendrá eficacia extraterritorial si no contraría manifiestamente los principios de orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento. Se trata de la misma concepción del orden público internacional que sustenta la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (art. 5), en la que son parte todos los países del MERCOSUR” (M. B. NOODT TAQUELA, “Arbitraje internacional entre particulares en el MERCOSUR”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996 (Lexis N° 0003/001303), después de la nota 20).
 63. Así, el artículo 34 de este reglamento prevé en su inciso 1) que las decisiones extranjeras no se reconocerán “si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido”.
 64. Ver en la página <http://www.idi-iiil.org>.
 65. Tanto en el Reporte Final (ver ILA Interim Report (2000), como en la Resolución 2/2002, dictada en consecuencia.

¿Nacionalidad del orden público internacional?

Dentro del esquema conflictualista el orden público protege a los sistemas jurídicos locales de las consecuencias injustas que podrían derivarse de admitir *in abstracto* la posible aplicación del derecho extranjero a través de normas de conflicto neutrales, o lo que ha sido descrito como un salto a la oscuridad ("*jump into the dark*")⁶⁶. La función principal del orden público es, pues, controlar el resultado sustantivo alcanzado por este mecanismo neutral. Pasa a constituir el instrumento para corregir la ceguera de la selección del derecho en cuanto al contenido, pues obliga al juez a evaluar el resultado dado por la *lex causae* que debería resultar aplicable y examinar su compatibilidad con los principios básicos de justicia como resultan entendidos por la *lex fori*⁶⁷. En palabras de VISHNER, el Estado del foro últimamente controla el derecho aplicable, y debe determinar las condiciones, los límites y el alcance de la autonomía de las partes en los contratos internacionales⁶⁸.

En esa línea se ha dicho que el orden público internacional es, en el fondo, nacional, no internacional⁶⁹, y que la distinción resulta, en consecuencia, artificial⁷⁰. El adjetivo internacional meramente la utiliza cuando el orden público opera dentro del Derecho internacional privado.

Ya en 1929 la Corte Permanente Internacional de Justicia en el caso concernido con el pago de préstamos serbios estableció que, en el con-

66. Según RAAPE, M. RUBINO-SAMMARTANO (nota 44), p. 8.

67. F. VISHNER (nota 35), p. 100.

68. F. VISHNER (nota 35), p. 139.

69. Esto se enlaza con un tema muy debatido en doctrina de si el Derecho internacional privado es interno o internacional. Por ejemplo, expresan LOUSSOUARN, BOUREL y VAREILLES-SOMMIÈRES que el Derecho internacional privado es interno por sus fuentes, pero internacional por su objeto, en que existen manifestaciones de solidaridad internacional (Y. LOUSSOUARN/ P. BOUREL/ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8e édition, Éditions Dalloz, 2004, pp. 58-60).

70. Así lo destaca, por ejemplo, M. GONZALO QUIROGA, *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2003, p. 61.

texto internacional, el concepto de orden público, por definición, depende en cada país en particular de la opinión prevaleciente en un momento dado. Lo mismo ha dicho la Corte de Apelación de París en 1965 y así se ha expedido también, por ejemplo, la Corte de Casación belga⁷¹.

En alusión al artículo 1502 del Código Procesal Civil Francés que menciona el “orden público internacional”, comentaristas de mucho renombre –FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN– sostienen que ello significa “la concepción francesa del orden público internacional”⁷². En Portugal el artículo 1096 (f) del Código de Procedimiento Civil de 1986 se refiere expresamente del orden público internacional “portugués”.

En materia de arbitraje, la Convención de Nueva York relativa a la ejecución de laudos extranjeros se refiere al orden público “del país”. Sus negociadores no pretendieron, pues, subprecticiamente armonizar el orden público o establecer un estándar internacional común, a pesar de que la Comisión Redactora utilizó en su momento determinadas palabras no adoptadas en el texto definitivo alusivas al requerimiento de una clara incompatibilidad con el orden público o principios fundamentales del derecho, lo que evidentemente lleva a una concepción más amplia⁷³.

Orden público contextual o efecto atenuado o relativo del orden público internacional

Si el orden público se utiliza como argumento para rechazar el derecho foráneo, el juez debe primero examinar ese sistema jurídico, antes que desecharlo sin analizarlo. En efecto, como se expuso, el modelo teórico clásico savigniano es el de reglas de conflicto neutrales, lo

71. H. VAN HOUTTE (nota 6), p. 844 y fallos citados.

72. ILA Interim Report (2000), p. 6.

73. ILA Interim Report (2000), p. 8.

que precisamente justifica la operación correctiva del orden público; sin embargo –destaca LAGARDE–, esto solo puede operar si el juez ha tomado noticia del derecho foráneo referido de manera abstracta y lo ha encontrado, en caso en particular, incompatible con su sistema⁷⁴. Al respecto, expresa VISHER que hoy generalmente se acepta que el enfoque no debe centrarse en la evaluación abstracta de las reglas foráneas, sino en el resultado de su aplicación al caso bajo revisión. No debe el orden público convertirse en instrumento para una hipócrita censura del derecho foráneo⁷⁵.

De modo que en el ámbito internacional, el orden público debe ser apreciado en concreto en los casos que en particular se presenten. Ello, obviamente, salvo que existan supuestos extremos chocantes en relación con el contenido abstracto de la regla foránea, como en lo relativo a discriminación racial en los países que adoptan normativa de protección a los derechos humanos⁷⁶. De esto último hay varios precedentes en Inglaterra, como el caso *Oppenheimer v. Cattermole* (1976), relativo a la confiscación de propiedades nazi tomadas en infracción a derechos humanos, o supuestos relacionados a decretos confiscatorios que ofenden estándares de derechos humanos (*Williams & Humbert Ltd. V. W. & H. Trademarks (Jersey) Ltd.* (1986); *The Playa Larga* (1983). *Settebello Ltd. V. Banco Totta and Acores* (1985)⁷⁷.

Sin embargo –señala el inglés BRIGGS–, normalmente las circunstancias son contextuales: debe analizarse el conjunto de los hechos para

74. P. LAGARDE (nota 26), p. 9.

75. F. VISHER (nota 35), p. 101. De allí lo criticable de la fórmula de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado pues, como lo expresa LAGARDE, ella da pie a que se declare en abstracto que una ley foránea es contraria al orden público, lo que como regla debería ocurrir sólo en su aplicación el caso particular (P. LAGARDE (nota 26), p. 7, nota al pie).

76. Otra forma de expresar la idea es que la primera categoría se aplica sea cual sea la conexión de la ley aplicable a Inglaterra, en tanto que la segunda solo si Inglaterra es un país en que la cuestión tiene una real y sustancial conexión (A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 45).

77. C.G.J. MORSE (nota 5), p. 20.

determinar si existe una conexión suficiente con la norma imperativa que se pretende aplicar. Por ejemplo, una ley foránea que establezca prohibiciones para el casamiento con determinado grado de parentesco con una sobrina, puede no considerarla un juez inglés cuando nada tiene que ver con Inglaterra, y así se ha fallado en el caso *Cheni v. Cheni* (1965)⁷⁸.

Se han avanzado distintas teorías en el continente europeo para dar al carácter relativo del orden público un marco teórico: *Inlandsbeziehung*, que es la doctrina de Franz KHAN en Alemania y la teoría del efecto atenuado del orden público de Francia. Esta última ha sido recibida por la Corte de Casación de este país ya en el caso *Bulkley*, completada en casos de 1945 y 1953, famoso caso *Rivière*⁷⁹. En Inglaterra –está visto– también se habla del carácter relativo o *contextual* del orden público o public policy⁸⁰.

Se dice que el orden público es relativo en el espacio, en alusión al reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero, en que el efecto del orden público es relativizado⁸¹. Así, podría reconocerse la legitimidad de hijos nacidos fruto de un matrimonio poligámico válidamente contraído en otro país que así lo permite, o una herencia futura cuya renuncia ya ha sido consumada. En estos casos –como lo dice KAHN-FREUND–, es el resultado del caso concreto el que debe ser examinado, no debiendo juzgarse la moralidad o deseabilidad de ley foránea⁸². La tendencia –expresa Rubino SAMMARTANO– es admitir los derechos válidamente adquiridos en el extranjero, salvo que el resultado en sí sea chocante con respecto al orden público del juzgador⁸³.

78. Otra forma de expresar la idea es que la primera categoría se aplica sea cual sea la conexión de la ley aplicable a Inglaterra, en tanto que la segunda solo si Inglaterra es un país en que la cuestión tiene una real y sustancial conexión (A. BRIGGS (nota 76), p. 45).

79. P. LAGARDE (nota 26), pp. 38-40.

80. C.G.J. MORSE (nota 5), pp. 20-21.

81. E. JAYME (nota 58), p. 228.

82. O. KAHN-FREUND (nota 1), pp. 282-283.

83. M. RUBINO-SAMMARTANO (nota 44), pp. 17-18.

Asimismo, el orden público es relativo en tiempo⁸⁴, pues los tribunales solo intervienen contra ataques presentes a las reglas del foro, las que pueden cambiar de una época a otra⁸⁵. Tal solución es ampliamente aceptada en derecho comparado (por ejemplo, Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia e Italia). El criterio ya proviene de la Corte Internacional de Justicia con el caso entre Serbia y Brasil de 1929⁸⁶. En consonancia, el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Basilea de 1991, estableció que una cláusula de congelamiento del derecho (“*freezing clause*”), es decir, una estipulación de que el contrato no se verá afectado por cambios futuros en la ley aplicable, no puede hacerse extensiva a disposiciones imperativas que entren a regir en el futuro⁸⁷.

El orden público internacional es además relativo con respecto al orden público interno, tal cual lo sentó nuevamente la Corte Francesa de Casación en el caso *Société Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continentale France* de 1991, al afirmar que el orden jurídico francés aplicable

84. P. LALIVE (nota 4), después de la nota 14.

85. M. RUBINO-SAMMARTANO (nota 44), p. 9.

86. P. LAGARDE (nota 26), pp. 45-46.

87. Un particular problema se presenta en los contratos con el Estado, cuando éste cambia el derecho durante la vigencia del contrato y altera así su contenido. Existen precedentes arbitrales en que no se ha aceptado dichos cambios que unilateralmente afectan el contrato, invocándose el orden público internacional (Caso CCI 1803/1972, *Société des Grands Travaux de Marseille y East Pakistan Industrial Development Corporation*, orden presidencial de Bangladesh que quería extinguir obligaciones contractuales de compañía estatal. Caso 723 del Netherlands Arbitration Institute, *Setenave v. Settebello*. También caso *Aminoil v. Kuwait*). Como alternativa se puede prever en el contrato un congelamiento del derecho del Estado contratante, que se compromete así a no efectuar cambios regulatorios durante la vigencia del acuerdo. Así también, contratos sofisticados de largo alcance normalmente admiten la posibilidad de cambios legislativos y definen consecuencias financieras para las partes. Se puede aceptar la mutación del derecho del Estado contratante, pero solo en tanto esté de acuerdo con el derecho del co-contratante. Una variante es aceptar el cambio del derecho, en tanto esté de acuerdo con reglas no nacionales, como principios generales, equidad, etcétera, tal cual se hizo en los casos de nacionalización de las concesiones de petróleo de Libia (BP Award, Texaco-Calasiatic Award, LIAMCO Award, de los años setenta).

a las relaciones internacionales debe ser apreciado de manera menos rigurosa que el orden público interno⁸⁸. Ya nos hemos referido a esta cuestión.

Efectos

Aquí se plantea el siguiente interrogante: ¿cuál derecho se aplica cuando la ley foránea que tendría virtualidad contraría el orden público del juzgador?

En Italia y Francia se recurre, en este caso, al derecho doméstico. Tal es la llamada “solución latina”. Diferente es la solución germánica de aplicar el derecho foráneo, excluyendo lo que específicamente contraría al orden público del foro⁸⁹. La doctrina italiana objeta que así los tribunales estarán tentados a manipular el contenido del derecho foráneo en su aplicación selectiva al caso en concreto⁹⁰. ZEKOLL ha sembrado dudas también sobre la habilidad de los jueces para lidiar con solvencia con leyes extranjeras⁹¹.

Por sobre todo, debe tenerse presente que, aunque las reglas digan lo contrario, existe una tendencia casera (“*homing trend*”) de los tribunales de aplicar el derecho propio⁹². En el caso *Soulier*, la Corte de Casa-

88. M. GONZALO QUIROGA (nota 70), pp. 68-69, nota al pie.

89. El proyecto de ley holandesa de Derecho internacional privado en su artículo 8 extiende la excepción de orden público a la aplicación de una regla de conflicto, y permite consideraciones de razonabilidad y justicia para afectar el resultado. No sugiere la aplicación de la ley de otro país (con una conexión más cercana) a pesar de que se sostiene que esto va implícito. No hay esta flexibilidad en la ley alemana de 1986. El artículo 15 de la ley suiza no va tan lejos y permanece dentro de las soluciones tradicionales de conflicto de leyes.

90. M. RUBINO-SAMMARTANO (nota 44), p. 19.

91. J. ZEKOLL, “A Review of Choice of Law and Multistate Justice”, en *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001, pp. 11-12.

92. F. K. JUENGER (nota 8), pp. 133-134. La expresión “*homeward trend*” se atribuye a Nussbaum (O. KAHN-FREUND (nota 1), p. 280).

ción dijo en 1910 preferir que los tribunales franceses juzguen de acuerdo al derecho autóctono antes que una ley extranjera que no conocen. Hay un similar *dictum* inglés de Lord DENNING en *The Atlantic Star* (1973)⁹³.

Subyace, sin embargo, el interrogante si resulta apropiado el enfoque de buscar soluciones sustitutivas en leyes domésticas⁹⁴ o si la respuesta debe encontrarse en un derecho transnacional, como la *lex mercatoria* o principios, usos y costumbres que responden a estándares aceptables internacionalmente⁹⁵. Volveremos más abajo sobre el punto⁹⁶.

Cabe destacar que lo dicho tiene virtualidad en cuanto a la determinación del derecho aplicable por parte del juzgador. Cosa distinta ocurre con la pretendida ejecución de sentencias y laudos foráneos, en que si el juzgador constata la contravención al orden público directamente procederá a su rechazo⁹⁷.

Verdadero orden público internacional

Ya antes de mediados del siglo XX, la Corte de Casación impulsada por LEREBOURS-PIGEONNIÈRE hizo referencia a la idea de un orden público verdaderamente internacional, constituido por principios de jus-

93. En la nota 33. O. KAHN-FREUND (nota 1), p. 309.

94. J. H. DALHUISEN, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Portland, Hart Publishing, 2000, p. 93.

95. Menciona LAGARDE tres pasos para dar expresión concreta al orden público: Uno, considerar la ley extranjera en cuestión. Dos, las circunstancias del caso que revelen la naturaleza relativa del orden público. Y tres, relacionar el resultado a un sistema jurídico que sirve como base para la comparación. El tercero presenta un problema con el crecimiento de un orden público que se asienta en el derecho internacional o transnacional como fuente (P. LAGARDE (nota 26), p. 44).

96. Puede profundizarse sobre temas relativos a la *lex mercatoria* recurriéndose a los siguientes artículos: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "Nueva Lex Mercatoria: ¿Fantasma creado por profesores de La Sorbona?", *Revista de Derecho Mercantil Internacional*, Colombia, Editorial Legis, 2003; J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?" en *Revista Foro de Derecho Mercantil*, Bogotá, Editorial Legis, 2005.

97. M. RUBINO-SAMMARTANO (nota 44), p. 20.

ticia universal capaces de conformar una especie de *ius gentium* o derecho común cosmopolita.

Un fallo de 1958 de la Corte Internacional de Justicia en un caso entre Holanda y Suecia decidió que este país no podía dar un contenido sueco a su noción de orden público, sino debería tener en cuenta las prácticas e ideas de las naciones civilizadas⁹⁸. Sir Hersch LAUTERPATCH dijo en el fallo que el orden público constituía un principio general del derecho conforme al art. 38 de los estatutos de la Corte⁹⁹: “En la esfera del derecho internacional privado la excepción de orden público como razón para la exclusión de la ley extranjera en un caso en particular es general –o, mejor dicho, universalmente– reconocida. Es reconocida en varias formas, con diferentes niveles de énfasis y ocasionalmente con diferencias marcadas en su aplicación... En general, el resultado es el mismo en la mayor parte de países– tanto así, que el reconocimiento de la parte esencial del orden público debe ser tenido como un principio general en el campo de la ley privada internacional”.

En 1966 la Cámara de Apelaciones de París anuló una transacción de tráfico de armas. Si bien se inspiró en la noción del orden público verdaderamente internacional, la Cámara tuvo el cuidado de escudarse detrás de determinados instrumentos normativos que hacían referencia al carácter internacional del orden público. La misma Cámara retrocedió de alguna forma después en el caso *Comité de Défense des Actionnaires de la Banque Ottomane c. Banque Ottomane*, al entender que no estaban en juego principios de orden público reconocidos en el derecho francés. Sin embargo, en un segundo juzgamiento del caso, en el año 1984, la Cámara cambió su posición, al admitir un tipo de orden público, sino universal, al menos común a varios países¹⁰⁰. En fecha

98. H. VAN HOUTTE (nota 6), obra citada en la nota 131, pp. 845-846.

99. O. KAHN-FREUND (nota 1), p. 28.

100. P. LAGARDE (nota 26), p. 59. Ver también S. L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, “El orden público internacional: una mirada desde el Derecho internacional privado contemporáneo”, en *Derecho privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001, p. 112.

más reciente, la Corte de París evocó en 1990 ya la “existencia de un orden público de esencia verdaderamente internacional y de aplicación universal” (1ª Sala Civil, caso *Fougerolle*)¹⁰¹.

Pueden encontrarse otros importantes precedentes en derecho comparado. Así, en Inglaterra, en un *leading case* de la Cámara de los Lores de 1958 (caso *Ragazzoni/Sethia*, 1958) que –como se verá más abajo– se menciona como ejemplo de la aplicación de disposiciones imperativas de un tercer país, en el fondo se inspira en la noción del orden público verdaderamente internacional y no sólo en el deseo manifiesto en el pronunciamiento de reconocer cierta solidaridad con el Estado foráneo amistoso al admitir su normativa de tinte compulsivo¹⁰². Por su parte, la Corte Federal Suiza en el caso *W. v. F y V.* (1994) se mostró a favor de tomar en cuenta una concepción universal del orden público en el sentido “transnacional”. Sin embargo, luego de una prolongada fundamentación en dicha línea, de indudable valor académico, se rehusó a adoptar una posición sobre el punto, inclinándose en vez hacia una solución pragmática¹⁰³.

Del examen de varios pronunciamientos, LALIVE concluye que los Estados tienden a reconocer cada vez con mayor fuerza, de manera directa o subrepticia, una noción más general del orden público, quizás supranacional, que pertenece a la más amplia comunidad regional o universal¹⁰⁴. De allí que se hable de un “verdadero orden público internacional” (*true international public policy*) o transnacional, en relación a los intereses más fundamentales de la humanidad, como la proscripción de la esclavitud o el respeto a derechos humanos, por citar ejemplos.

101. En la misma línea, en 1993 la Corte de Apelaciones de París sostuvo que la buena fe es un principio general de orden público internacional (*Republique de Cote d'Ivoire v. Norbert Beyrard* (1993).

102. P. LALIVE (nota 4), después de nota 75.

103. ILA Interim Report (2000), p. 7 y nota al pie.

104. P. LALIVE (nota 4), después de nota 97.

Normalmente, estos intereses se encuentran resguardados también por tratados internacionales, lo que oscurece la determinación de si están protegidos por encontrarse incorporados en instrumentos que obligan al foro juzgador o por los principios mismos¹⁰⁵. Por ejemplo, el Acuerdo del Fondo Monetario Internacional (Acuerdo de Bretton Woods), prevé expresamente que la simple elección de otro derecho no puede cambiar la aplicabilidad de las regulaciones sobre el cambio de divisas (Art. VIII (2) (b)).

Sin embargo, ello no ocurre siempre. La Declaración Universal de Derechos Humanos, por ejemplo, carece de la fuerza de un tratado diplomático y no constituye, entonces, fuente distinta que las leyes nacionales. Diferente es la situación en países que han suscripto tratados de derechos humanos como la Convención Europea de 1950 o la Convención de Naciones Unidas de 1966, pues aquí estamos ante textos adoptados por los respectivos derechos internos¹⁰⁶.

La principal objeción contra este verdadero orden público internacional es que solo resultaría útil si difiere del orden público nacional, pero ¿cómo un juzgador podría acudir a su auxilio sin dejar de lado su propia ley? A ello se ha respondido que la prioridad debe darse a la fuente internacional antes que a la nacional¹⁰⁷. Y aquí permanece la duda de si resulta conveniente distinguirlo conceptualmente del orden público internacional. Sobre todo atendiendo a que, como lo expresa ALVAREZ, el orden público transnacional como noción es criticado por no ofrecer certeza, predecibilidad y definición en cuanto a sus contornos, sustancia y aplicación¹⁰⁸.

105. H. VAN HOUTTE (nota 6), p. 846.

106. P. LAGARDE (nota 26), pp. 48-50.

107. P. LAGARDE (nota 26), p. 51.

108. H. ALVAREZ (nota 3), p. 31.

Orden público trasnacional como estándar

Si se presenta un conflicto de leyes, el derecho extranjero no puede ser obviado sólo por diferir. Tiene que existir algún criterio.

Por mucho tiempo la práctica francesa adoptó una fórmula restrictiva. Los fallos de la Corte de Casación expresaron que no sólo debe diverger la solución foránea con el orden público francés sino debe presentarse una ofensa a principios de justicia universal que, en opinión francesa, poseen un valor absoluto internacional. Expresa LAGARDE que esto fue criticado y ya no encuentra adeptos recientemente, puesto que restringía excesivamente el alcance del orden público y su formulación se presentaba muy descriptiva para ser útil¹⁰⁹.

En Alemania, JAYME propugna un examen basado en el derecho comparado de reglas foráneas que se distancian de la alemana. La excepción de orden público sería viable así si éstas se desvían substancialmente del estándar del derecho comparado. Sin embargo, dice LAGARDE, lo contrario sería también cierto, es decir, ¿porque no aplicar igualmente a las reglas del foro el mismo examen basado en la comparación¹¹⁰.

En el ya citado caso del Banco *Ottoman*, la Corte de París aplicó en 1984 el enfoque comparativo. El tribunal debía decidir si era compatible con el orden público que los estatutos de un banco confirieran discreción absoluta a sus directores para dar información a los accionistas sobre las cuentas del Banco. La Cámara de Apelaciones rechazó que existiera una violación al orden público francés al no encontrar suficientes vinculos con el foro (la jurisdicción había sido recurrida en base a la nacionalidad francesa de los demandantes). Se basó la Cámara en la noción de un orden público que –según lo expresó–, aunque no fuera universal, se relacionara con los intereses de personas ligadas a la vida

109. P. LAGARDE (nota 26), p. 45.

110. P. LAGARDE (nota 26), p. 45.

de las sociedades de capital. La Corte hizo un examen comparativo de las prácticas del banco atendiendo las normas vigentes en Turquía (donde la sede estatutaria estaba establecida), y en Inglaterra (donde las reuniones de accionistas tenían lugar). Del examen comparativo, la Cámara concluyó que la discreción conferida a los directores con respecto a la información a brindar a accionistas del banco establecidos en Inglaterra no puede ser vista como contraria el orden público¹¹¹.

LAGARDE propone como fórmula que, en ausencia de un vínculo especial de la situación con el foro, si la *lex fori* es más demandante en la materia que la ley extranjera promedio, este promedio debe servir como base de la comparación en controlar si la ley foránea cumple con el orden público¹¹².

De allí la creciente importancia que se viene dando en derecho internacional a la *lex mercatoria* o derecho transnacional emergente de normas comunes de distintos sistemas jurídicos. Esto sigue cuestionándose a nivel doctrinario en que incluso se formula una distinción entre principios fundamentales en los que se asienta el orden supranacional o transnacional y principios generales que pueden ser deducidos de la investigación comparada¹¹³. Como sea, resulta innegable que se puede detectar, a través del examen comparado, principios comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo o al menos con los cuales el contrato presenta vínculos más estrechos¹¹⁴.

Orden público comunitario

Se alude también a un orden público comunitario, compuesto por valores fundamentales compartidos en zonas de integración regional,

111. P. LAGARDE (nota 26), p. 45.

112. P. LAGARDE (nota 26), p. 45.

113. J. H. DALHUISEN (nota 94), p. 66.

114. B. OPPETT (nota 9), pp. 199-201, quien destaca aquí el modesto papel que ello ha tenido, sin embargo, en la jurisprudencia de la Corte de La Haya.

como la europea¹¹⁵, y así lo expresa el Libro Verde, según el cual “tradicionalmente, cada Estado miembro dispone de su propio cuerpo de normas de orden público internacional, pero con la multiplicación de disposiciones imperativas de origen comunitario, asistimos hoy en día al nacimiento de un “orden público europeo””. ALVAREZ refiere también que se está concibiendo un orden público de otras zonas de integración, como el emergente del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Se ha hecho notar que se sigue hablando de un Derecho internacional, a pesar de que varias organizaciones no estatales son reconocidas como sujeto del derecho internacional¹¹⁶, incluso con capacidad legisferante, como ocurre en la Unión Europea. Pues bien, si la potestad regulatoria no se encuentra exclusivamente en cabeza de las naciones-Estados, sino se halla distribuida en diversos niveles, como el comunitario, resulta difícil entender por qué las reglas de conflicto deberían siempre referirse al derecho privado de un Estado¹¹⁷, y por qué la noción del orden público debería limitarse a ser extraída de los derechos locales.

En esta línea señala JAYME que el orden público también puede ser concebido a partir de valores trasnacionales compartidos. En Europa, los jueces están obligados a tener en cuenta la Convención Europea de Derechos del Hombre, de cuyos preceptos se desprende un orden pú-

115. Ello tiene argumentos a favor y en contra (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “El Derecho Internacional Privado en el MERCOSUR: ¿Hacia un Sistema Institucional”, en *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el Umbral del Siglo XXI?*, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Segovia, 1995, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado, Madrid, EurolexSL, 1997, pp. 180-183).

116. J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO (Eds.), *Legal Aspects of Globalization, Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, The Hague/ London/ Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 4.

117. J. BASEDOW (nota 116), p. 6.

blico europeo o comunitario¹¹⁸, y así se ha expresado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), por ejemplo, en el muy citado caso *Krombach* (C-7/98) del año 2000. Se dijo allí que entre las manifestaciones del orden público comunitario se encuentran las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos a cuyo respecto los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, entre ellos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Por lo demás, la Unión Europea constituye una organización supranacional cuyo derecho comunitario resulta directamente vinculante para sus Estados miembros. En cada uno de estos Estados el derecho comunitario se hizo parte del sistema jurídico doméstico. De existir conflicto prevalece el derecho europeo sobre el autóctono. Reglas básicas del derecho comunitario europeo, como el libre movimiento de bienes y personas o la libre competencia han sido hechas partes del orden público de los Estados miembros de la Unión Europea, lo que lleva a que el orden público nacional se vaya diluyendo cada vez más¹¹⁹.

A este respecto ha marcado su fuerte sello el pronunciamiento del TJCE en el caso *Eco Swiss China Time v. Benetton* (1999), en el que se dejó sentado que la norma de defensa de la competencia del art. 85 del Tratado de Roma constituye una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea. Como consecuencia, dijo el Tribunal, “en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado”.

118. E. JAYME (nota 58), p. 231. Ver también Y. LOUSSOUARN/ P. BOUREL/ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (nota 69), p. 54.

119. H. VAN HOUTTE (nota 6), p. 848.

Del caso *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.* del Tribunal de Justicia de 2000 (asunto. C-381/98) surge que determinadas disposiciones del Derecho comunitario, pueden presentar, ellas también, carácter imperativo, como ocurre con la directiva que establece protección especial a los agentes en sus vinculaciones internacionales. Ello implica que las disposiciones de protección mínima establecidas en esta directiva deben considerarse de orden público europeo y, por tanto, prevalecerán por sobre un resultado en contrario al que lleven las normas de conflicto.

Este orden público europeo ha sido citado también en casos arbitrales, como en los pronunciamientos de la Cámara de Comercio 6197 de 1995 y 4132 de 1983¹²⁰.

Se cuestiona si no se está, en el fondo, ante un orden público “nacional”. En 1998 la Corte Suprema Austriaca concluyó en dos casos que la norma de derecho comunitario europeo directamente aplicable a los Estados miembros es, según su supremacía, automáticamente parte de orden público nacional austriaco¹²¹.

Otras esferas de “orden público”

Expresa ALVAREZ que el orden público se podría desarrollar asimismo dentro de ciertos temas que generan preocupaciones específicas, como áreas de comercio e inversión. Tal sería un orden público emergente de los convenios de inversión sometidos al Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a

120. Es llamativo el caso *Thales Air Defence c/ G.I.E. Euromissile y La S.A. EADS France*, 1994, Corte de Apelación de París. En este caso, los árbitros decidieron no aplicar una norma imperativa europea sobre el derecho de la competencia. La corte de apelación llevando al máximo la visión transnacional dijo simplemente que no podía analizar ese punto bajo la denuncia de orden público porque eso significaría meterse en el fondo del asunto.

121. De modo que un laudo arbitral en conflicto podría ser invalidado (Ver ILA Interim Report (2000), casos citados en la p. 20).

Inversiones (CIADI o ICSID en inglés), firmado en Washington en 1965¹²².

En este sentido, la Corte de Apelación de París ha sentenciado que las reglas relativas al control público sobre inversión extranjera expresan, via normas imperativas, la idea de un orden público económico internacional, porque estas reglas apuntan a preservar en el interés público el balance entre las relaciones económicas y financieras con el resto del mundo al controlar el movimiento de capital allende las fronteras (*Courreges Design v. Andre Courreges* - 1990).

Debe considerarse que no caben impugnaciones ulteriores a los arbitrajes de CIADI ante tribunales locales, por lo que sus laudos pueden reputarse auténticamente anacionales o deslocalizados¹²³, y por ende sustraídos de particularidades locales de orden público.

De alguna forma se utilizan fundamentaciones análogas en referencia a que existiría un orden público relacionado a los problemas en el arbitraje electrónico, ante la dificultad de localizar el procedimiento arbitral en el espacio virtual y la aparente falta de control en la red¹²⁴. Incluso con respecto al ciberespacio en general se alude cada vez con mayor fuerza a un orden público cibernético¹²⁵.

Normas imperativas o leyes de policía

Está visto que se atribuyen dos aspectos al orden público en el Derecho internacional privado: uno, negativo, constituye el correctivo a normas indirectas o de conflicto, en tanto ellas no podrán determinar la aplicación de otro derecho que viole los valores esenciales de la sociedad del foro en el cual se juzga la cuestión¹²⁶. El otro, positivo, está

122. H. ALVAREZ (nota 3), p. 34.

123. M. GONZALO QUIROGA (nota 70), p. 39.

124. M. GONZALO QUIROGA (nota 70), pp. 47-48.

125. Ver, por ejemplo, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 115), pp. 180-183.

126. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Segunda Edición, Madrid, Editorial Civitas Ediciones, S.L., 2001, p. 227.

dado por las normas directas con que cuenta cada sistema jurídico, que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes. En este sentido, coincide con la noción de “normas imperativas” del Derecho internacional privado u otras expresiones que, como se verá, se utilizan de manera análoga.

Dice el Libro Verde¹²⁷ que “la expresión “disposición imperativa” abarca una realidad múltiple: designa a la vez las leyes de policía, concepto característico del Derecho internacional privado, y las normas de orden público interno”. La terminología en francés de *lois de police* – leyes de policía– se encuentra aparentemente utilizada por primera vez en una referencia que hizo Bouhier que vivió de 1673 a 1746¹²⁸. Recoge la expresión el Código Civil Francés, que habla de *lois de police* en el artículo 3, 1, en tanto que en el artículo 6 se refiere a *ordre public y bonnes moeurs* (orden público y buenas costumbres).

Pues bien, para los franceses, las leyes de policía son las que se aplican inmediatamente, a diferencia de la figura del orden público, que constituye una excepción luego de que el mecanismo conflictual determinó aplicable una ley extranjera¹²⁹. Se trata de regulaciones concretas aplicables al caso, y no principios generales extraídos del sistema, como lo son los del orden público como factor correctivo de las normas de conflicto¹³⁰. La expresión ha tomado arraigo en el derecho

127. En el contexto del Convenio de Roma, pero el comentario se hace extensivo a otros ámbitos.

128. M. RUBINO-SAMMARTANO (nota 44), p. 10.

129. Dice GRIGERA que “la técnica de la ley de policía no se basa en la localización –frecuentemente artificial– en el espacio de la cuestión litigiosa ni en reparar en el “fenómeno de la frontera”. Se trata mas bien de determinar la proximidad ideal entre las cuestiones regladas en la norma sustantiva y el punto litigioso para concluir si tal norma habrá de aplicarse directamente –es decir, sin la intermediación de una norma de conflicto– o no (H. GRIGERA NAÓN, “Los árbitros internacionales: ¿pueden o deben aplicar leyes de policía?”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 600).

130. H. GRIGERA NAÓN, *Public Policy and International Commercial Arbitration: The Argentine*



europeo. Así, el Libro Verde alude a la ley de policía como un “concepto de Derecho internacional privado que designa las normas a las que un Estado concede tal importancia que exige su aplicación en cuanto la situación jurídica presenta un vínculo con su territorio, cualquiera que sea, por otra parte, la ley aplicable a la situación. Contrariamente al mecanismo de la excepción de orden público internacional, el juez no descarta la ley designada por sus normas de conflicto por ser contraria al orden público, sino que aplica de oficio sus propias normas”¹³¹.

Hace notar AUDIT que el desarrollo de la doctrina de las leyes imperativas o de policía, otra evolución del conflictualismo, es una consecuencia de la implicación creciente del derecho público de las situaciones de Derecho internacional privado¹³². Las leyes de policía guardan relación con regulaciones de derecho público o económico, pero también con otras de resguardo a partes débiles en la contratación¹³³, es decir, se corresponden con la ya mencionada distinción entre orden público de dirección y de protección¹³⁴.

→ *Perspectiva* (Kluwer CD), después de la nota 14. Entiende GRIGERA que los árbitros pueden aplicar leyes de policía que no sean del derecho aplicable al contrato sin que el laudo pueda ser impugnado. Ello bajo ciertas condiciones, como que las partes las invoquen y no sean aplicables meramente de oficio, o el contraste con el orden público internacional para determinar si es o no exorbitante, etcétera (H. GRIGERA NAÓN, *Los árbitros internacionales: ¿pueden o deben aplicar leyes de policía?*, pp. 612-615).

131. Se propone en el Libro Verde que “El futuro instrumento “Roma I” podría, pues, proponer una definición del concepto de leyes de policía, definición que podría inspirarse en la jurisprudencia Arblade del Tribunal de Justicia [TJCE, 23.11.1999, asuntos C-369/96 y C-374/96] , según la cual la ley de policía es “una disposición nacional cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él”.

132. B. AUDIT (nota 38), p. 365.

133. F. VISHNER (nota 35), p. 158.

134. Señala, sin embargo, el Libro Verde que como reacción a la jurisprudencia *Ingmar GB Ltd. contra Eaton Leonard Technologies Inc.* del Tribunal de Justicia [TJCE, 9.11.2000, asunto. C-381/98], algunos propusieron en Europa que en la futura regulación comunitaria debe preverse que no puede tratarse de ley de policía si la norma contempla únicamente la protección de intereses puramente privados, por oposición a las leyes que protegen el orden político, económico o social de un Estado.

Las reglas imperativas han tenido un avance al ser incluidas en distintas codificaciones del siglo XIX, a pesar de que entonces la visión económica laseferista atenuó su impacto¹³⁵. El mayor avance se ha producido durante el siglo XX. Con ellas renace el viejo enfoque de *comitas* que las ideas de SAVIGNY intentaron evitar, puesto que las disposiciones imperativas están destinadas a aplicarse al caso que corresponda según la discreción del juzgador, y no en base a un supuesto sistema neutral y automático de reparto¹³⁶. Debe tenerse en cuenta que el hecho de que la regla del foro (*lex fori*) sea imperativa no significa necesariamente que deba aplicarse incondicionalmente y dejarse sin efecto la regla de conflicto “normal”. El problema no se presenta cuando la ley dice que la regla del foro tenga absoluta prioridad, en cuyo caso el juez debe cumplirla. La dificultad está en que normalmente el legislador no formula una indicación al respecto¹³⁷, por lo que el juez deberá hacerlo en forma pragmática¹³⁸. Esto fue indicado, por ejemplo, por la Cámara de los Lores en el caso *Boissevain v. Weil* (1950)¹³⁹. No hay criterios aceptables para fijar con precisión qué reglas califican para el tratamiento especial¹⁴⁰. SAVIGNY creía que la “intención del legislador” sería el criterio.

135. La nacionalización del derecho mercantil del siglo XIX demostró sus efectos intervencionistas plenamente en el siglo XX, y ha conducido recientemente hacia la privatización de las fuentes en el derecho transnacional entre profesionales (J. H. DALHUISEN (nota 94), pp. 57-60).

136. J. H. DALHUISEN (nota 94), p. 86. En la Unión Europea el efecto de las reglas imperativas domésticas que no se reducen a políticas públicas, seguridad o salud ha sido grandemente reducida si atentan contra el libre movimiento de bienes y servicios y el derecho de establecerse en otra jurisdicción (artículo 43, 46(2) y 49). Luego del caso del TSCE Europea siguiendo a *Dassonville* y *Cassis de Dijon*, se ha enfatizado la importancia del libre movimiento de bienes y servicios y el derecho del establecimiento por sobre regulaciones domésticas, excepto si se justifica por el bienestar general. Esto ha impactado en industrias tradicionalmente reguladas, como servicios financieros.

137. F. VISHER (nota 35), pp. 154-155.

138. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, (nota 115), p. 295.

139. C.G.J. MORSE (nota 5), p. 17.

140. F. K. JUENGER (nota 8), p. 201.

Sin embargo, en su época no había el intervencionismo de nuestros días en que cada vez más hay legislación con este carácter¹⁴¹.

Otras expresiones relacionadas a leyes imperativas

Existe a este respecto un destacable caos terminológico. Por ejemplo, dicen los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) que una regla es imperativa (*mandatory rule*) cuando las partes no pueden desviarse de ella en su contratos. Y no imperativa cuando sí pueden hacerlo (artículo 1:103). La nota explicativa de esta norma destaca que la distinción es bien conocida en el *civil law*, si bien la terminología varía. En derecho francés son llamadas *lois de police* o *regles d'ordre public* o –dependiendo de sus efectos–, *regles de droit impératives*; las reglas no imperativas son llamadas *regles de droit supplétives*. En Italia, la disposición supletoria se denomina *norme dispositiva*, en tanto que la imperativa *norme imperative*. En España el artículo 1255 del Código Civil utiliza las expresiones normas cogentes y normas dispositivas. La distinción era desconocida en Inglaterra, hasta su introducción en la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 y el *Sale of Goods Act* de 1979.

La noción de las “leyes de aplicación inmediata” es –para quienes la adoptan– cercana a la de leyes de policía, en el sentido de que se trata de reglas materiales o sustantivas cuyo propósito principal constituye aplicarse directamente a transacciones internacionales. Las diferenciaría que no son originalmente normas locales que en casos específicos requieren aplicación extraterritorial, sino reglas destinadas a regir directamente en casos internacionales¹⁴².

141. F. K. JUENGER (nota 8), p. 201.

142. Su aplicación directa no está tan clara en determinados casos. GRIGERA cita como ejemplo el artículo 14 del Código Civil Argentino, el cual prevé que la aplicación del derecho argentino prevalece si conflictúa con la ley foránea menos favorable a validez del acto, lo cual sugiere que primeramente debe determinarse la ley aplicable a la transacción a través del método conflictualista, y solo luego aplicar la ley foránea



La expresión “*lois d’application immediate*” fue popularizada por el francés FRANCESCAKIS hace unas décadas¹⁴³. Hace notar VISHER que más delante de su exposición FRANCESCAKIS prefirió utilizar la expresión “leyes de policía”, subrayando más el contenido que el efecto de las reglas. Pero esto también tiene inconvenientes.

Existen asimismo problemas de traducción de la terminología de leyes de aplicación inmediata. En Inglaterra ella se equipara a veces a *mandatory rules* o *peremptory norms*¹⁴⁴. Sin embargo, la expresión inglesa *mandatory laws*, según BRIGGS poco ayuda, pues su significado varía de acuerdo al contexto en que aparece¹⁴⁵. Resalta LAGARDE que existe toda una controversia a este respecto debido a peculiaridades que tienen las *mandatory rules* del common law anglosajón. Las reglas de conflicto aparecen más vulnerables en el *common law* inglés que en el sistema de derecho civil. Cada contrato es sujeto a *public policy* y en la terminología legal inglesa la expresión *mandatory rule* comprende tanto leyes imperativas en la esfera doméstica como leyes de seguridad pública absolutamente vinculantes internacionalmente¹⁴⁶.

GRIGERA distingue entre normas de aplicación directa y normas de aplicación inmediata. Las primeras serían normas sustantivas de carácter imperativo, con vocación de aplicación internacional, que no se identifican con los principios básicos generales que informan el orden público internacional de un foro determinado, y no dependen para recibir aplicación de que el orden público internacional del foro haya sido vio-

→ sustantiva, la cual será dejada de lado si resulta menos favorable que el derecho argentino a la validez del acto, porque éste prevalecerá necesariamente a través de una política legislativa sustantiva de favorecer la validez de las transacciones internacionales que tengan algún contacto con la Argentina (H. GRIGERA NAÓN (nota 130), después de la nota 17).

143. Las raíces se encuentran en la doctrina de SAVIGNY (F. VISHER (nota 35), p. 153) cuando hablaba de “leyes estrictamente positivas (F. K. JUENGER (nota 8), p. 201).

144. F. VISHER (nota 35), p. 154.

145. A. BRIGGS (nota 76), p. 166.

146. P. LAGARDE (nota 26), pp. 18-19.

lado. En tanto que las normas de aplicación inmediata estarían dirigidas específicamente a vinculaciones internacionales, como las que establecen la autonomía de cláusula compromisoria en el arbitraje internacional¹⁴⁷.

En Derecho comparado también existen otros rótulos como “cláusulas autolimitativas en las leyes, *norme autolimitate*, reglas internas espacialmente condicionadas, leyes localizadas”¹⁴⁸, *norme di applicazione necessaria*¹⁴⁹ y normas legales que no pueden ser derogadas por contrato o “normas obligatorias”¹⁵⁰. Todas se corresponden con este aspecto positivo del orden público, equivalente a normas imperativas.

Aplicación de leyes imperativas extranjeras

Se plantea el debate si el juzgador debe tomar en cuenta también las leyes de policía de otro sistema jurídico, que no se encuentre referido por la regla de conflicto. Esta facultad la confieren algunos cuerpos normativos, como el artículo 7º, párrafo 1º, del Convenio de Roma de 1980 sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales, vigente en la Unión Europea¹⁵¹. Suele citarse como antecedente a esta norma

147. H. GRIGERA NAÓN, “Orden Público y Arbitraje”, en A. N. Pucci (Coord.), *Arbitragem Comercial Internacional*, São Paulo, Editora Ltr, 1998, pp. 84-88.

148. Ver O. KAHN-FREUND (nota 1), p. 95.

149. M. RUBINO-SAMMARTANO (nota 44), p. 16.

150. Artículo 3, inciso 3 del Convenio de Roma.

151. Al respecto, refieren Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que la Convención de Roma implícitamente parece distinguir entre normas imperativas ordinarias y las que se pueden llamar normas fuertemente imperativas por razones de policía, tanto del país en cuyo ámbito deban cumplirse las obligaciones contractuales, como aquellas otras que correspondan a reglas imperativas adoptadas en forma general en el derecho internacional (L. Díez-PICAZO/ E. ROCA TRÍAS / A. M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2002, p. 148). De modo que conforme a esta convención las normas de aplicación inmediata del foro se aplican ineludiblemente. Y también las de igual carácter del derecho aplicable al contrato, salvo que fueran manifiestamente incompatibles con el orden público internacional del foro. El resto de normas de policía se “podrá” aplicar, sometidas al juicio de su oportunidad (R. B. SANTOS (nota 31), p. 151).

una decisión de la Cámara de los Lores de 1958 (Caso *Ragazzoni/Sethia*), en la que se tuvo en cuenta el derecho imperativo indica que prohibía la exportación de yute a Sudáfrica en un contrato regido por el derecho inglés¹⁵². Cabe destacar que, paradójicamente, Inglaterra no adoptó el artículo 7(1)¹⁵³; sin embargo, nada impediría que el juzgador inglés contemple esta situación. Según el Libro Verde, hasta ahora, la jurisprudencia en Europa relativa al apartado 1 del artículo 7 es aún muy rara¹⁵⁴.

Expresa MAYER que el juzgador debería aplicar la ley de policía extranjera siempre que le parezca necesario para la realización de los objetivos de aquélla, incluso si ella no pertenece al derecho designado por la regla de conflicto. Esto llevaría a la armonía de las soluciones, ya que la aplicación de las leyes de policía no dependería del juez sino de sus propios fines. Claro está, con la reserva de que el ámbito de aplicación de la ley no sea abusivo y que el juez lo considere legítimo¹⁵⁵. Se-

152. A pesar de que dice el Libro Verde que no parece tratarse de una resolución en la que el juzgador inglés haya efectivamente recurrido al concepto de ley de policía extranjera, ya que el supuesto se sitúa en un contexto muy anterior a la entrada en vigor del Convenio de Roma, pero se trata precisamente de una situación como la contemplada en el apartado 1 del artículo 7.

153. A. BRIGGS (nota 76), p. 47.

154. Ver Libro Verde. En los Estados Unidos, en el famoso caso *The Bremen v. Zapata Offshore Co.* De 1972 la Corte Suprema resolvió que solo tendría un control posterior a los fallos que afecten el orden público (*public policy*). El *dictum* del fallo sugiere que ahora se entiende que los árbitros internacionales tienen no solo el derecho sino la obligación de examinar el efecto de la legislación imperativa foránea a la ley elegida por las partes y la ley del lugar del arbitraje (L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSSON (nota 7), p. 343).

155. P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit International Privé*, 7ma. Edición, Paris, Editorial Montchrestien, 2001, p. 86. Al respecto, dice HAYS que el Convenio de Roma tiene por objetivo por un lado asegurar la protección de expectativas de las partes; y por el otro, resguardar intereses que puedan tener los Estados en proteger a “partes débiles”, como el consumidor y el empleado. Estos intereses pueden ser del foro o de un tercer Estado (P. HAY, “Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law, Reflections on Current European and United States Conflicts Law”, *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1991, IV, Tome 226 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 396).

gún VISHER, deberá evaluarse si las regulaciones foráneas se aplican al caso, explícita o implícitamente, y y si existe una conexión cercana. Hay que pesar los intereses del tercer Estado y las consecuencias de aplicación de dichas regulaciones sobre el Estado del foro y las partes. Al respecto, dispone el artículo 19, parágrafo 2 de la ley suiza: “Al decidir si dicha provisión será tomada en cuenta, uno debe considerar su objetivo y la consecuencia de su aplicación para llegar a la decisión que se apropiada teniendo en cuenta la concepción suiza del Derecho”¹⁵⁶.

Orden público, arbitraje y fraude a la ley

El problema de lo imperativo, se ha dicho¹⁵⁷, es uno de los más difíciles en el arbitraje. Debe tenerse en cuenta que, como consecuencia del carácter ambulatorio de este medio alterno y de que los árbitros no son magistrados o funcionarios estatales, no puede hablarse de un derecho nacional del foro o *lex fori*. La *lex fori* contiene disposiciones de Derecho internacional privado relativas a calificación, factores de conexión, orden público y fraude a la ley. Al no existir *lex fori* –refiere DERAÏNS– se presentan dos consecuencias mayores: no hay derecho nacional competente, o derecho que como principio deba aplicar el árbitro. Ello salvo que las partes hayan elegido el derecho del lugar del arbitraje, pero esto resulta consecuencia de la aplicación de una regla propia del arbitraje internacional y no de una particular *lex fori*. El segundo efecto es que no hay derecho extranjero en el arbitraje internacional. Todos los derechos nacionales tienen el mismo valor y ninguno un *status* privilegiado. Consecuentemente, el árbitro no tiene que asegurarse que conceptos puramente nacionales sean respetados¹⁵⁸. Ade-

156. F. VISCHER, “New Tendencies in European Conflict of Laws and the Influence of the U.S. Doctrine – a Short Survey”, en *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002, p. 462.

157. M. BLESSING, citado en el ILA Interim Report (2000), p. 18.

158. Y. DERAÏNS, *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*, Kluwer CD, N° 10.

más, no atados por reglas específicas del foro, o derechos nacionales, los árbitros a veces optan por un derecho transnacional (como principios internacionalmente reconocidos, o *lex mercatoria*), que acarrea consigo un orden público independiente a los derechos nacionales¹⁵⁹.

Esto representa un particular problema con respecto a las normas imperativas o leyes de policía, puesto que con recurrirse a la jurisdicción arbitral podrían obviarse sus disposiciones. En el *leading case Mitsubishi Motor Corp. V. Soles Chrysler-Plymouth Inc.* (1985) la Corte Suprema Norteamericana permitió que se resolvieran en arbitraje cuestiones en que se hallaban en juego normas imperativas (en este caso relativas a defensa de la competencia). Sin embargo, se dijo claramente en el fallo que si la elección del derecho o la elección del foro operan de hecho como renuncia de las partes al derecho conferido por normas imperativas (*mandatory-irrenunciables*), la Corte no dudaría en invalidar el recurso al arbitraje como contrario al orden público. Cabe destacar que tribunales superiores norteamericanos se negaron a dar virtualidad a cláusulas de selección del foro cuando resultaron no razonables (*Corna v. American Hawaii Cruises, Inc.* (1992); *Pearcy Marine v. Seacor Marine* (1993); indebidamente gravosas *-unduly burdensome* (*Effron v. Sun Line Cruises* (1994); o cuando fueron directamente resultado de fraude (*Farmland Indus. Inc. v. Frazier-Parrot Commodities, Inc.* (1986), *M.G.J. Indus. Inc. v. Greyhound Finance Corp.* (1993).

La inconveniencia del foro (*forum non conveniens*), por razones de justicia y economía procesal, fue abordada en dos casos recientes en los Estados Unidos, también de tribunales superiores, relativos al arbitraje. Tales son *Melton v. Oy Nautor Ab.* (1998), noveno circuito y *Monegasque de Reassurance S.A.M. (Mode Re) and NAK Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine* (2002). Igual línea se sigue en los casos en que existe interés de que la disputa sea resuelta localmente (*Piper Aircraft*)¹⁶⁰.

159. Ver Laudo CCI 3267 de 1980, citado por P. LAGARDE (nota 26), p. 51.

160. 454 U.S. 235, at 260.

En Inglaterra, en 2004, en línea con varios precedentes, en el caso *Tonicstar Ltd. v. American Assurance Co.*¹⁶¹, la *High Court, Queen's Bench Division* impidió que se llevara un arbitraje a Nueva York en atención a que Inglaterra era el foro apropiado (*proper forum*) para el procedimiento. Ello por varias razones, ante un contrato de reaseguro en el que el predisponente había obrado abusivamente (con engaño – *misrepresentation*– y ocultamiento de información –*non-disclosure*). En Alemania, en un caso de 2005 del *Bundesgerichtshof* (Corte Federal Alemana)¹⁶² se decidió que el derecho a la determinación final de la validez de acuerdos de arbitraje estaba reservado a tribunales estatales, y que su competencia en dichas materias no puede ser derogada por acuerdo de partes. Ello en un contrato con cláusulas presdispuestas para una “*Managed Account*” que contenía una cláusula arbitral.

Paralelismos en Europa y el MERCOSUR

Como se expresó, por Acuerdo y Sentencia N° 285 del 25 de mayo de 2006, la Corte Suprema de Justicia de Paraguay hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida por la empresa Gunder ICSA contra KIA Motors Corporation. El Paraguay cuenta con una ley que reglamenta determinados aspectos –sobre todo atinentes a responsabilidades por terminación injustificada– relativos a vinculaciones internacionales de agencia, representación y distribución (Ley 194 de 1993), irrenunciable para las partes (artículo 9°) que sujeta a las partes a la competencia de los tribunales de la República (artículo 10). Esta última norma permite el arbitraje, y la discusión se planteó con respecto a si el arbitraje puede llevarse a cabo en el extranjero, con la posibilidad de que los árbitros no apliquen la ley paraguaya.

161. Caso N° 2004, Folio 118.

162. Caso N° III ZR 265/03.

La Corte Suprema no denegó que cuestiones como ésta pudieran ser sometidas a arbitraje, pero se desprende del fallo que dado el carácter de orden público de la Ley 194, el mismo debería, en su caso, llevarse adelante con sede en el Paraguay. Ello con el evidente fin de que pudiera existir un escrutinio ulterior de la Corte Suprema local con respecto a la observancia del laudo de la normativa imperativa paraguaya, llegado el caso. La Corte también hizo mención al Acuerdo y Sentencia N° 827 del 12 de noviembre de 2001, cuando sostuvo con respecto a la Ley 194 de 1993: "...No es verdad que exista una violación a la jurisdicción cuando el Artículo 10 de la Ley 194 de 1993 establece la obligatoriedad de la competencia de los tribunales ordinarios de la ciudad de Asunción. Esta norma constituye una garantía para las partes a fin de que la cuestión que se suscitare se pueda discutir en el lugar de la ejecución del contrato. Nada más lógico y justo... el Estado al promulgar la esta ley interviene en esta relación señalando reglas precisas a las cuales deben ajustarse las partes"¹⁶³.

El caso Gunder contiene un ingrediente adicional muy importante, cual es el expreso pacto que hicieron las partes de que los árbitros en Corea deberían, como derecho aplicable, recurrir al sistema jurídico de aquel país. Con ello, quedaba evidente que se estaba intentando evadir fraudulentamente la ley imperativa aplicable. Aquí corresponde precisar que si bien se habla en Derecho internacional privado del fraude a la ley, corresponde destacar que la noción del orden público la ha devorado sistemáticamente. Como lo señalan FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, no existe ningún precedente claro en que el fraude a la ley haya operado aisladamente del orden público, aunque haya alusiones jurisprudenciales al fraude en las relaciones del tráfico privado externo¹⁶⁴. En Latinoamérica se destaca la posición de PARRA-ARANGUREN,

163. Este voto fue en mayoría. El voto en disidencia se inclinó por hacer prevalecer lo pactado por las partes, esto es, extender la jurisdicción a Corea.

164. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO (nota 126), p. 212.

contraria a consagrar legislativamente la figura del fraude a la ley, en la que subyace este pensamiento¹⁶⁵.

Como sea, ya a nivel comunitario, en Europa el ya mencionado pronunciamiento del TJCE impidió que se evadiera fraudulentamente una disposición imperativa recurriéndose a otro derecho aplicable. Ello con respecto a la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986. Entre otras cosas, se dijo en el pronunciamiento que los artículos 17 a 19 de la Directiva tienen como finalidad proteger al agente comercial, una vez que se haya extinguido el contrato. El carácter imperativo de los citados artículos se ve confirmado por el hecho de que, según el artículo 19 de la Directiva, las partes no pueden pactar cláusulas contrarias a ella en perjuicio del agente comercial, antes del vencimiento del contrato. Se dijo además en el pronunciamiento que las medidas de armonización establecidas en la Directiva tienen como finalidad, entre otras, suprimir las restricciones al ejercicio de la profesión de agente comercial, uniformar las condiciones de competencia dentro de la Comunidad e incrementar la seguridad de las operaciones comerciales. De esta forma, la finalidad del régimen previsto en los artículos 17 a 19 de la Directiva es proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior. Por este motivo, la observancia de las citadas disposiciones en el territorio de la Comunidad resulta necesaria para conseguir estos objetivos del Tratado. De allí concluye el TJCE la necesidad de reconocer que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el sim-

165. G. PARRA-ARANGUREN, "La Excepción de Fraude a la Ley en la Convención Interamericana sobre Normas de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979)", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 104.

ple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable. Ello porque la función que desempeñan las disposiciones de que se trata exige que éstas se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato.

Vayamos ahora a los precedentes en Bélgica. Como es sabido, este país se muestra, por regla, ampliamente liberal a favor del arbitraje. Sin embargo, esta latitud no rige en los contratos de distribución, porque allí la ley belga de 1961 presume –como lo hace ley paraguaya arriba referida– una voluntad no libre del distribuidor. Consecuentemente, dicha normativa impone responsabilidades legales al principal del extranjero en caso de ruptura injustificada de la vinculación. Además, el artículo 4 de la ley del 27 de julio de 1961 dispone que el distribuidor local puede demandar al principal, en Bélgica, en caso de terminación injustificada de la vinculación contractual ejecutada en ese país. Por su parte, el artículo 6 establece que las disposiciones de la ley son aplicables pese a la existencia de cualquier cláusula en contrario que haya sido pactada antes del fin de la concesión. La interpretación prevaleciente –señala Horsmans– es permitir el arbitraje “siempre que los árbitros vayan a aplicar la ley belga”¹⁶⁶. Y así lo entendió la Corte de Casación Belga en un muy importante pronunciamiento del año 2004. La corte falló que si la cláusula de arbitraje somete este tipo de contiendas a un derecho extranjero, la autoridad judicial belga puede excluir la posibilidad del arbitraje cuando permitirlo sería una violación de su derecho y orden jurídico. Ello fue reafirmado en un fallo del año 2006¹⁶⁷.

166. G. HORSMANS, “Actualité et évolution du droit belge de l’arbitrage”, en *Revue de l’arbitrage*, 1990 - N° 4, pp. 797-834.

167. Decisiones N° JC04AF2 del año 2004 y N° JC06BG5_1 de 2006. Ya la Corte de Casación Belga, Sección Francesa, Primera Cámara, se había expedido en 1979 en un caso sobre distribución, prohibiéndose de que pudiera ser resuelto aplicándose una ley extranjera en burla a la norma imperativa belga.

El paralelismo con el fallo de la Corte Suprema de Paraguay es evidente.

Cabe traer a colación lo expuesto muy recientemente por la mayoría de los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR en la Opinión Consultiva N° 1 de 2007. Se señaló allí que las normas imperativas corresponden fundamentalmente a dos órdenes de intereses que se pretenden resguardar. Por un lado, el llamado orden público de dirección, es decir, la potestad que tiene el Estado de intervenir en cuestiones que afecten su soberanía o accionar económico, como ocurre con regulaciones relativas a la moneda o a defensa de la competencia, por citar ejemplos. Y por otro lado el llamado orden público de protección, que cada Estado lo establece y regula normalmente para salvaguardar derechos de partes débiles en la contratación, como por ejemplo los consumidores. Esta protección se establece en el entendimiento de que hay supuestos en que no la contratación no es fruto de la libre voluntad sino de otros factores... En definitiva, depende de cada Estado el alcance de su orden público de dirección o protección como límites excepcionales a la autonomía de la voluntad. Se dijo finalmente en la Opinión Consultiva que, en su caso, los abusos o las violaciones en concreto a normas o principios de tinte imperativo serán objeto de juzgamiento de parte del juzgador nacional interviniente.

Consideraciones finales

El monstruo del orden público se encuentra en fase de domesticación y en mucho ha contribuido para ello el arbitraje. Un afortunado párrafo de la opinión consultiva mercosureña expresa el gran desafío ante el que se enfrentan organismos legisferantes con respecto a las restricciones imperativas. Dice así: "En círculos universales y regionales suele abogarse fervientemente, cada vez con mayor ímpetu, acerca de la necesidad de que se armonicen también las restricciones de tinte imperativo, en aras de una más eficaz integración de los distintos siste-

mas jurídicos, y tal debería ser el Norte de los negociadores y legisladores de los países del MERCOSUR. Éstos deberían apuntar a que las restricciones de orden imperativo sean no sólo excepcionales –para no hacer mella del principio de la autonomía de la voluntad, uno de los pilares de la contratación moderna– sino, fundamentalmente, a que las soluciones sean homogéneas, tal cual vino ocurriendo en la Unión Europea con las diversas directivas de orden imperativo que atañen a la contratación internacional”.

El arbitraje ha tenido gran éxito reciente como eficaz mecanismo de solución de contiendas emergentes de contratos negociados paritariamente. Si bien puede hacerse extensivo a vinculaciones en que existan partes débiles –o a los que la normativa aplicable reputa como tales– los precedentes arriba mencionados, de Europa y Sudamérica, marcan claramente una línea. No debe el arbitraje servir de instrumento para evadir disposiciones imperativas de resguardo o protección cuya aplicación resulte ineludible en relaciones contractuales de determinadas características.

Lo ideal sería que estas normas de tinte imperativo estén armonizadas lo más posible, y en mucho contribuirá seguramente para ello la creciente sofisticación de la doctrina del orden público sumada a los procesos mundiales y regionales de homogeneización normativa. Pero esto ya es harina de otro costal. En el ínterin, el arbitraje no debe ser subvertido para evadir normas que gusten o no resulten imperativamente aplicables al caso dado. En caso contrario, flaco favor se está haciendo a este noble instrumento que se viene consolidando en tiempos recientes y cuyo éxito depende de un prudente y apropiado manejo que se haga de él, del derecho aplicable y del orden público.

La buena noticia es que el arbitraje goza de buena salud. Los países lo vienen reconociendo cada vez con mayor apertura y, de lo expuesto, sólo nos queda por concluir que los límites que le han marcado los pronunciamientos aquí mencionados sólo contribuirán a fortalecerlo como noble instrumento coadyuvante al recto desenvolvimiento del comercio exterior.

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL PARAGUAY

I. Marco jurídico

Desde hace algunos años se viene, con marchas y contramarchas, revirtiendo la actitud hostil que históricamente se ha tenido en Latinoamérica hacia el arbitraje. La modernización del marco normativo emprendida por distintos Estados de la región, con beneplácito de la comunidad internacional, no ha estado, empero, exenta de críticas debido a ciertas falencias –a veces mínimas, es cierto, y otras no tanto– harto conocidas por quienes se encuentran embebidos en la problemática arbitral del continente.

Uno de los países que menos embates ha sufrido al respecto ha sido el Paraguay, que cuenta con un marco normativo envidiable para los demás países de la región.

Ello a partir de la propia *Constitución Nacional de 1992*, actualmente vigente, que contiene en su texto disposiciones de significativa implicancia positiva para el arbitraje y para la admisión del derecho transnacional, complementadas por un extenso elenco de acuerdos internacionales y leyes que así lo consolidan, entre ellas la reciente ley de arbitraje, considerada una de las más modernas del continente, por haberse ceñido en lo sustancial a los dictados de la ley modelo propuesta por Naciones Unidas.

No es de extrañar, pues, la fácil aceptación que ha tenido la incor-

poración de estos textos normativos en el Paraguay, a diferencia de lo que ha ocurrido –muchas veces– en otros países en la región.

En efecto, como es sabido, la experiencia latinoamericana en los últimos dos siglos ha sido, por lo general, sumamente negativa con el arbitraje internacional, a lo que contribuyó –además de las conocidas falencias de las prematuras codificaciones iusinternacional privatistas de Montevideo (1889 y 1940) y Bustamante (1928)– no solo la falta de comercio libre en la región, sino una sospecha histórica hacia el colonialismo europeo y norteamericano, que llegó incluso, en algunos casos, hasta intervenciones militares en defensa de sus intereses económicos. Ello dio pie a posturas territoriales como la doctrina Calvo de fines del siglo XIX y a una aversión –exagerada, por cierto– en contra del arbitraje privado internacional.

La situación del Paraguay fue bien distinta. El aislamiento del país, en gran parte del siglo XIX, para garantizar su constantemente amenazada independencia, hizo que la economía no dependiera del comercio internacional y fuera mayormente autosuficiente para el abastecimiento de la población. De modo que no se desarrolló en este lugar el espíritu hostil reinante en otros, que soportaban abusos en el tráfico mercantil con países desarrollados.

Podría decirse, por el contrario, que el Paraguay ha tenido en cuestiones de relevancia, gratas experiencias con el arbitraje, considerando que a este se debe una importante porción de su territorio, disputado en su momento por Argentina y Bolivia, respectivamente. Un Laudo Arbitral, del año 1878, fue emitido por el presidente norteamericano Rutherford B. Hayes quien, designado para fallar sobre los derechos a una franja importante de la región del Chaco, lo hizo de manera favorable para el país. Otra decisión arbitral, del año 1969, emitida por el Presidente de la Comisión Mixta Demarcadora de Límites Paraguayo-Boliviana, también adjudicó una fracción del territorio chaqueño al Paraguay. Corona la experiencia positiva del país la suscripción, en el año 2002, del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el

MERCOSUR, que fija a Asunción como sede de la máxima instancia arbitral allí creada, cual es el Tribunal Permanente de Revisión¹. Se ha dicho –incluso en encuentros oficiales de los altos mandatarios del bloque– que Asunción pasa a ser así la “Capital Jurídica” o “del Arbitraje” del MERCOSUR.

Obviamente, todo esto no deriva automáticamente en que el arbitraje, y en particular en materia comercial, quede instalado en el país como medio efectivo de resolución de disputas, alternativo al judicial; lo cual de hecho no ha ocurrido, pues su utilización se encuentra todavía hoy –podría decirse– aún en fase embrionaria. Pero sí son circunstancias que han contribuido a que las reformas normativas –que resultan presupuesto fundamental para un funcionamiento ulterior adecuado– pudieran hacerse efectivas sin haber generado mayores reticencias.

Se cuenta, pues, hoy con un marco propicio para el desarrollo del arbitraje comercial, no obstante lo cual ha sido aún escasa su utilización en la práctica o, al menos, son todavía contados los casos de los que se tiene noticia hoy, por lo que es muy poco lo que puede citarse como precedentes, salvo en algunos casos atípicos llevados a tribunales, de los que se hace mención más adelante.

A) Convenciones Internacionales vigentes sobre arbitraje comercial internacional

Ante todo, merecen particular destaque –pues operan como marco– ciertas normas de la Constitución paraguaya, como la del art. 248, que garantiza el arbitraje, a la vez que el art. 97, relativo a los convenios colectivos laborales, que reconoce expresamente el arbitraje como método optativo de resolución de conflictos en el ámbito. Por lo demás, la

1. Art. 38 del referido Protocolo de Olivos.

Constitución enfatiza en su propio Preámbulo que el Paraguay se encuentra “integrado a la comunidad internacional”, y estipula, más adelante, que acepta el principio de “solidaridad y cooperación internacional”, amén de prever, en una norma cargada de significación, que el país “admite un orden jurídico supranacional”².

La norma representa un avance de enorme significación contra el encapsulamiento del derecho en “sistemas estatales” propugnado en el siglo XIX. Ello en el entendimiento de que el orden jurídico supranacional o transnacional –además de acuerdos internacionales–, comprende los usos, costumbres y principios de derecho internacional, que a su vez fueron reconocidos en numerosos tratados ratificados por el Paraguay y otros instrumentos de origen legislativo, todo lo cual tiene positiva influencia en el desarrollo de los arbitrajes y con relación al derecho aplicable a los mismos.

Un importante elenco de tratados y leyes complementan los textos constitucionales, con marcada apertura a favor del arbitraje. Debe tenerse presente que en el Paraguay las disposiciones constitucionales prevalecen sobre cualquiera de inferior rango que pudiera contradecirlas, según el orden de prelación allí establecido. Luego vienen los tratados y demás instrumentos internacionales ratificados por el país, las leyes dictadas por el Congreso y los cuerpos normativos que sean su consecuencia (Decretos, Resoluciones, Ordenanzas, y otros), en ese orden³.

En el ámbito convencional, el Paraguay ha ratificado diversos instrumentos que directa o indirectamente avalan al arbitraje como medio de solución de controversias. Particular destaque merece el hecho de la adopción, por Ley N° 948 de 1996, de la *Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, actualmente vigente en casi 150 Estados Partes, instrumento

2. Art. 143, numeral 4 y art. 145 de la Constitución Nacional

3. Art. 137 de la Constitución Nacional.

fundamental para el sistema de arbitraje comercial de cualquier país que pretenda insertarse al concierto de las naciones en este ámbito. En sintonía, soluciones relevantes de este texto han sido incorporadas también a la ley paraguaya de arbitraje, de la que se hace mención más abajo.

El país incorporó, asimismo, diversos instrumentos convencionales elaborados dentro del ámbito de la *Organización de Estados Americanos (OEA)*, a través las *Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPs)* llevadas a cabo, de tanto en tanto, desde el año 1975. La tarea codificadora de la OEA ha logrado revertir la tendencia negativa, antes prevaleciente en Latinoamérica, hacia el reconocimiento de la autonomía de la voluntad para las vinculaciones transfronterizas y de la virtualidad del arbitraje para dicho fin, además, entre otras cosas, de su apertura hacia los usos y principios internacionales, y de la inclusión de fórmulas que buscan soluciones equitativas para los casos en concreto, lo cual resulta altamente deseable en vinculaciones transfronterizas. Han sido prolíficas a este respecto sobre todo las CIDIPs de Panamá en 1975 y Montevideo en 1979.

Pues bien, el Paraguay adoptó la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* (Panamá, 1975), ratificada según Ley No. 611 de 1976, y la *Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros* (Montevideo, 1979), incorporada por Ley N° 889 de 1981, que reconocen la autonomía de la voluntad y la eficacia de laudos arbitrales en el extranjero, en línea con la Convención de Nueva York de 1958, con algunos condimentos que no han estado exentos de críticas, ampliamente conocidas; como por ejemplo, debido a la superposición existente – lo que puede dar pie a un “conflicto entre convenciones” – con este último instrumento, mucho más efectivo en atención al número de ratificaciones y menos cuestionable en cuanto a su contenido.

El Paraguay ratificó otros instrumentos de las CIDIPs que atañen –al menos en parte– al arbitraje, como la *Convención Interamericana sobre*

Exhortos o Cartas Rogatorias (Panamá, 1975), incorporada según Ley N° 613 de 1976, en tanto que su protocolo adicional fue adoptado por Ley N° 894 de 1981. La Ley N° 890 de 1981, por su parte, aprobó la *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares* (Montevideo, 1979); la Ley No. 612 de 1976, ratificó la *Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero* (Panamá, 1975); la Ley N° 614 de 1976 incorporó la *Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero* (Panamá, 1975); y por Ley N° 891 de 1981 se adoptó la *Convención Interamericana sobre Prueba e Información Acerca del Derecho Extranjero* (Montevideo, 1979).

Así también, el país adscribió, según Ley N° 892 de 1981, a la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado* (Montevideo, 1979), que contiene disposiciones, de tipo general, para la aplicación de normas de conflicto, resaltándose la del art. 9° y su búsqueda de la solución más justa para el caso de que una misma vinculación jurídica esté sometida a la regulación de diferentes derechos, sin que necesariamente deba recurrirse a criterios mecánicos o rígidos. Ello, siguiéndose fórmulas estadounidenses que apuntan a soluciones equitativas, a diferencia del carácter abstracto y automático del sistema clásico imperante en Latinoamérica⁴. Ello, es harto sabido, resulta particularmente deseable en los arbitrajes internacionales.

A nivel regional, se acepta ampliamente que en cuestiones de Derecho internacional privado, de todos los sistemas de integración en Latinoamérica, el que más ha avanzado es el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), integrado, como miembros plenos, por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Ello, fundamentalmente, en temas de índole procesal, como jurisdicción internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, extranjería procesal y asistencia.

4. R. HERBERT / C. FRESNEDO DE AGUIRRE, "Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 56

Pues bien, el Paraguay ratificó diversos instrumentos del bloque alusivos al arbitraje, como el *Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (Decisión Consejo Mercado Común N° 3/98)*, según Ley N° 3303 de 2007; y el *Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (Decisión Consejo Mercado Común N° 4/98)*, conforme a la Ley N° 3497 de 2008. Este último no se encuentra vigente por falta de ratificaciones de parte de Bolivia y Chile. Así también, el Paraguay incorporó el *Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Decisión Consejo Mercado Común N° 5/92)*, ratificado por Ley N° 270 de 1993), que se ocupa del tema arbitral en su capítulo V, arts. 18 al 20 y 24; y el *Protocolo de Medidas Cautelares (Decisión Consejo Mercado Común No. 27/94)*, adoptado por Ley N° 619/ 95), que hace extensivos al arbitraje sus arts. 1°, 2° y 6°.

Por su parte, el *Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del Mercosur (Decisión Consejo Mercado Común No. 1/94)*, ratificado en el Paraguay por Ley N° 597 de 1995, en su art. 4° permite a las partes elegir la jurisdicción competente, propia o foránea, judicial o arbitral. Con anterioridad, debe tenerse presente que Argentina, Paraguay y Uruguay habían suscripto –y les era de aplicación recíproca– el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, con una solución distinta, en tanto que no existía texto convencional al respecto con Brasil.

En materia de arbitraje de inversión, por Ley N° 944 de 1982 se adscribió al Paraguay al *Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en español o ICSID en inglés)* creado en Washington en 1965, a cuyo respecto cabe destacar que el país ha tenido una experiencia positiva con relación al único laudo arbitral de CIADI que le afecta hasta la fecha⁵. Por Ley N° 124 de

5. Eudoro A. Oguín v. República del Paraguay – Caso N° ARB/98/5.

1991, el Paraguay se adhirió al *Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) de Seúl*, Corea, que garantiza la ejecución, en los países adherentes, del laudo arbitral en materia de inversión dictado de conformidad con sus normas. Además, el país ratificó veinte convenios bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones⁶.

La normativa de inversión tiene incidencia en la creación de una atmósfera cosmopolita en el país que la adopta, lo cual lleva a que fórmulas abiertas como las de “orden público” –controvertidas, como se verá más adelante, en atención a la redacción de la ley paraguaya de arbitraje– deban interpretarse dentro de dicho espíritu, en consonancia también con la amplia apertura a este respecto, está visto, de parte de la propia Constitución del país.

De incidencia en la interpretación de los diversos textos convencionales mencionados más arriba, debe tenerse presente que el Paraguay ratificó, por Ley N° 289 de 1971, la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969.

B) Regulación legislativa del arbitraje en el Paraguay

A nivel legislativo, el arbitraje había estado regulado ya en la normativa procesal a partir del siglo XIX. El antiguo *Código de Procedimientos Civiles* del año 1883 preveía la figura, en tanto que el *Código Procesal*

6. Francia, Ley N° 804/80, art. 12; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Ley N° 92/91, art. 9; y Ley N° 798/95, art. 8; China, Ley N° 29/92, art. 6; Estados Unidos de América, Ley N° 155/93, art. 5; Corea, Ley N° 225/93, arts. 12, 13; Países Bajos, Ley N° 349/94, art. 9; Hungría, Ley N° 467/94, arts. 9 y 10; Alemania, Ley N° 612/95, arts. 10 y 11; Austria, Ley N° 1180/97, arts. 8, y 9; España, Ley N° 461/94, arts. 10 y 11; Ecuador, Ley No. 469/94, arts. 8 y 9; Perú, Ley N° 468/94, arts. 8 y 9; Rumania, Ley N° 527/94, arts. 8 y 9; Chile, Ley N° 897/96, arts. 8 y 9; Venezuela, Ley N° 1058/97, arts. 9 y 10; El Salvador, Ley N° 1316/98, arts. 9 y 10; República Checa, Ley N° 1472/99, arts. 9 y 10; República Portuguesa, Ley N° 1722/01, arts. 9 y 10; Cuba, Ley N° 1900/02, arts. 9 y 10.

Civil, sancionado por Ley N° 1337 de 1988, se ocupaba del arbitraje en su libro V, hoy derogado. El *Código de Organización Judicial*⁷, aún vigente, equipara la vía arbitral a la judicial en su art. 2°.

En el año 2002 el país adoptó la *Ley N° 1879 de 2002*, que trasegó en gran parte las disposiciones de la *Ley Modelo de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional* de la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (en adelante UNCITRAL). De hecho, varias de sus normas no se reproducen o comentan más abajo, por transcribir exactamente el texto del modelo.

Otras leyes que mencionan expresamente el arbitraje comercial internacional son la *Ley N° 117 de 1991*, relativa en general a las *inversiones*, que reconoce en su art. 9° a los arbitrajes nacionales e internacionales, desarrollados “de conformidad con las normas legales nacionales e internacionales pertinentes” y la *Ley N° 194 de 1993*, atinente a los *contratos internacionales de agencia, representación y distribución internacional* que, para estas vinculaciones, admite el arbitraje en sus arts. 7° y 10.

Una cuestión que ha suscitado controversia en la aplicación de esta Ley N° 194 es la obligación de someterse a la jurisdicción de los tribunales paraguayos (art. 10), lo cual ha motivado incluso pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay.

A través del Acuerdo y Sentencia N° 827 del 12 de noviembre de 2001, la Corte Suprema sostuvo con respecto a dicho art. 10 que “constituye una garantía para las partes a fin de que la cuestión que se suscitare se pueda discutir en el lugar de la ejecución del contrato. Nada más lógico y justo... el Estado al promulgar la ley interviene en esta relación señalando reglas precisas a las cuales deben ajustarse las partes”.

Esta norma del art. 10 permite también el arbitraje, y otra discusión se planteó con respecto a si el mismo puede llevarse a cabo en el extranjero, con la posibilidad de que los árbitros no apliquen la ley pa-

7. Ley N° 879 de 1981.

raguaya. Por Acuerdo y Sentencia N° 285 del 25 de mayo de 2006⁸, la Corte Suprema hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad en la que se discutió el alcance del art. 10. Dicha norma habilita el arbitraje, y el debate se centró entonces en si el mismo puede llevarse a cabo en el extranjero, con la posibilidad de que los árbitros no apliquen la ley paraguaya.

La Corte no denegó que cuestiones como esta pudieran ser sometidas a arbitraje, pero se desprende del fallo que, dado el carácter de orden público de la Ley N° 194, el mismo debería, en su caso, llevarse adelante con sede en el Paraguay. Ello con el evidente fin de que pudiera existir un escrutinio ulterior de la Corte Suprema local con respecto a la observancia del laudo de la normativa imperativa paraguaya, llegado el caso.

Este asunto *Gunder* contiene un ingrediente adicional muy importante, cual es el expreso pacto que hicieron las partes de que los eventuales árbitros en Corea deberían, como derecho aplicable, recurrir al sistema jurídico de aquel país. Con ello, quedaba evidente que se estaba intentando evadir fraudulentamente la ley imperativa aplicable. En esta línea, en Europa, un pronunciamiento del *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*⁹, impidió que se evadiera fraudulentamente una disposición imperativa recurriéndose a otro derecho aplicable. Ello con respecto a la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986 (relativa a la coordinación de derechos de los Estados Miembros concernientes a los agentes comerciales independientes). Se ha dicho que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce

8. Dictado en el juicio: "Acción de Inconstitucionalidad" en el juicio: *Gunder ICSA c/ KIA Motors Corporation s/ indemnización de daños y perjuicios*. Expediente año 2004 - N° 3804.

9. *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.* del Tribunal de Justicia, asunto. C-381/98.

su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable. En lo que respecta a jurisdicción, y directamente relacionados al arbitraje, existen precedentes en Bélgica en línea con lo sostenido por la Corte Suprema de Paraguay. Como es sabido, dicho país europeo se muestra, por regla, ampliamente liberal a favor del arbitraje. Sin embargo, esta laxitud no rige en los contratos de distribución, porque allí la ley belga de 1961 presume –como lo hace la ley paraguaya arriba referida– una voluntad no libre del distribuidor. Consecuentemente, la interpretación prevaleciente es permitir el arbitraje siempre que los árbitros vayan a aplicar la ley belga. Y así lo entendió la *Corte de Casación Belga* en un importante pronunciamiento del año 2004. La Corte falló que si la cláusula de arbitraje somete este tipo de contiendas a un derecho extranjero, la autoridad judicial belga puede excluir la posibilidad del arbitraje cuando permitirlo sería una violación de su derecho y orden jurídico. Ello fue reafirmado en un fallo del año 2006¹⁰.

El arbitraje se encuentra también reconocido por disposiciones de otras leyes, como la *Ley N° 779 de 1995 de petróleo y otros hidrocarburos*, que lo prevé en su art. 5°. La *Ley N° 921 de 1996* lo consagra en materia *fiduciaria*¹¹. Lo propio hace la *Ley N° 1163 de 1997* en materia de *bolsa de productos*¹².

La *Ley N° 1334 de 1998, de protección al consumidor*, proscribe las cláusulas en contratos de adhesión que impongan obligatoriamente el arbitraje¹³. No obstante, el *Decreto N° 20572 de 2003 “Por el cual se crea el Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor”*¹⁴.

10. *Decisiones N° JC04AF2 del año 2004 y N° JC06BG5_1 de 2006.*

11. *Ley N° 921 de 1996, art. 44.*

12. *Ley N° 1163 de 1997, art. 22.*

13. *Ley N° 1334 de 1998, art. 28, inciso d.*

14. Reglamentado por *Resolución N° 147/03*, y el *Decreto N° 21004 de 2003*, contienen referencias normativas a medios alternos de solución de controversias como la mediación y el arbitraje, en caso de que el consumidor voluntariamente se someta a ellas.

C) Regulación legislativa del arbitraje en el sector público

Anteriormente, la legislación procesal prohibía, bajo pena de nulidad, someter a arbitraje cuestiones referentes al Estado o las Municipalidades. Sin embargo, en los últimos años se vino revirtiendo la situación a partir de diversos textos normativos. Ya hacia mediados de los años noventa, la *Carta Orgánica del Banco Central*¹⁵, autorizó a esta entidad a someterse al “derecho o a tribunales arbitrales extranjeros” para determinados temas.

Pero no fue sino hasta comienzos de esta década cuando se dictaron tres leyes que contienen autorizaciones expresas para el arbitraje en la contratación pública: la *Ley N° 1618 de 2000, de Concesión de Obras y Servicios Públicos*; la *Ley N° 1879 de 2002, de Arbitraje y Mediación*; y la *Ley N° 2051 de 2003, de Contrataciones Públicas*.

En forma genérica, el art. 2° de la Ley N° 1879, autoriza al “Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades” a someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, con la condición de que “surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado”. Esto último, en consonancia con el art. 248 de la Constitución Nacional, ya referido.

A su vez, encontramos que los dos textos que rigen la contratación pública, tienen regímenes ligeramente distintos respecto del arbitraje. Y, aunque ambos cuerpos legales tienen objeto distinto en principio, los dos incluyen la contratación de “obras públicas” lo que, llegado el caso, podría originar confusiones para determinar cuál será el régimen aplicable en materia arbitral.

Para la Ley N° 2051, el arbitraje es enteramente facultativo, rigiéndose en su caso por la Ley N° 1879¹⁶. En tanto que la Ley N° 1618 obliga a las partes a someterse en primer lugar a un procedimiento conciliato-

15. Ley N° 489 de 1995, arts. 2 y 19, inciso X.

16. Ley N° 2.051, art. 9.

rio, y en caso de que este no conduzca a una solución, a ir a arbitraje. Al efecto, ello debe encontrarse previsto ya en el reglamento de bases y condiciones para la licitación¹⁷.

La Ley N° 2051 si bien estatuye un mecanismo más libre, resulta más confuso en cuanto al momento en que el arbitraje debe ser pactado. En efecto, está contemplado allí que de no haberse estipulado en el contrato, cualquiera de las partes puede solicitar a la otra la redacción de un anexo dentro de los treinta días siguientes a la firma del mismo, momento a partir del cual se tiene veinte días para firmar el acuerdo arbitral¹⁸.

Por su parte, la Ley N° 1618 establece la obligación de que ya en el pliego de bases y condiciones del llamado a licitación estén estipuladas las “circunstancias en que procederá” el arbitraje, “las normas de procedimiento”, “la individualización de los árbitros” y “el modo de designarlos”¹⁹.

Las entidades que conforman el sector público, según el art. 1° de la Ley N° 2051, son los organismos de la Administración Central del Estado, integrada por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial; la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la República, el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y los órganos del Estado de naturaleza análoga. Quedan comprendidos, también, los gobiernos departamentales; las municipalidades; las universidades nacionales; los entes autónomos, autárquicos, de regulación y de superintendencia; las entidades públicas de seguridad social; las empresas públicas y las empresas mixtas; las sociedades anónimas en las que el Estado sea socio mayoritario; las entidades financieras oficiales; la Banca Central del Estado, y las entidades de la Administración Pública Descentralizada.

17. Ley N° 2051, art. 45.

18. Ley N° 2051, arts. 88 y 125 del Decreto N° 5174, que reglamenta al primero.

19. Ley N° 1618, arts. 39, 42 y 45.

En cuanto al derecho aplicable, la Ley N° 2051 hace regir el derecho paraguayo²⁰, disposición no reproducida en la Ley N° 1618. El Decreto N° 21909, reglamentario de aquélla, rechaza –en solución cuestionable– que pueda pactarse el arbitraje “de equidad”, y somete al procedimiento a seguirse al “Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Nacional de Comercios y Servicios de Paraguay”, institución privada a la que se hace alusión más abajo²¹.

Para la concesión de servicios de telecomunicaciones, regidos por la Ley N° 642 de 1995, se establece en el art. 123 que en todo asunto judicial en que la Comisión fuese actor o demandado “serán competentes... los tribunales de la Capital, salvo que la Comisión acepte someterse a otras jurisdicciones”. En tanto que la Ley N° 1615 de 2000, que reguló los procesos para la privatización de empresas públicas, en su art. 34, prohíbe toda prórroga jurisdiccional, y establece como únicos competentes a los tribunales de Asunción.

D) El Arbitraje Comercial Internacional: Definición y alcance

La ley paraguaya sigue en su art. 1° a la ley modelo de UNCITRAL. A diferencia de ésta, que solo se aplica “al arbitraje comercial internacional”, la normativa paraguaya se hace extensiva “al arbitraje privado, nacional e internacional”. Esta es una opción que –según la nota explicativa de UNCITRAL a la ley modelo– se deja a los Estados nacionales que quieran aprovechar la oportunidad para modernizar su legislación arbitral interna, circunstancia de la que felizmente se ha tomado provecho en el Paraguay.

En su art. 3°, al igual que su fuente, la ley paraguaya aclara que el arbitraje podrá o no desarrollarse bajo las reglas de una institución ar-

20. Ley N° 2051, art. 88, reglamentado por el art. 125 del Decreto N° 21909 de 2003, modificado por el Decreto N° 5174/05.

21. Decreto N° 21909, art. 125.

bitral permanente que haya de administrarlo (inciso b), con lo que consagra expresamente la distinción entre arbitraje “ad hoc” e institucional.

Sigue también a la ley modelo el inciso c) del art. 3º, que otorga gran amplitud de criterios para caracterizar al arbitraje como “internacional”.

En tanto que, a diferencia de su fuente, la ley actual no se detiene en perfilar el carácter “comercial” del arbitraje, atendiendo a que el derecho privado paraguayo ha unificado las obligaciones civiles y comerciales a partir de su Código Civil vigente desde el año 1987, en consonancia con el modelo suizo y, sobre todo, italiano que inspiraron en su momento a los codificadores paraguayos.

II. El acuerdo arbitral

A) Clases y requisitos

Idénticas redacciones presentan los arts. 3º, inciso a) de la ley paraguaya y 7º (1) de la ley modelo, al definir el acuerdo de arbitraje como aquel que regirá las controversias surgidas o a surgir con respecto a determinada vinculación, contractual o no. La diferencia radica en la ubicación de la definición del acuerdo arbitral: en el primer caso, en la norma destinada a *Definiciones* (art. 2º de la Ley Modelo) del Capítulo I (Disposiciones Generales) y, en el segundo caso en el Capítulo II sobre *Acuerdo de Arbitraje*.

Con respecto a las clases de acuerdo arbitral, la ley paraguaya, al igual que su fuente, admite indistintamente la inclusión de la cláusula compromisoria en el contrato o que ella surja de un acuerdo independiente²².

22. Art. 3, inciso a), *in fine*.

Inexplicablemente, en cuanto a las formas, se registra un retroceso. Tanto en la ley modelo como en la ley autóctona se exige la forma por escrito pero, en el caso de esta última, la definición es más limitada al excluir de manera amplia los medios de comunicación con los que se acredite la existencia del acuerdo. En su lugar, la ley paraguaya se limita a la siguiente redacción: "... Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas o telegramas colacionados, en los que conste dicho acuerdo..."²³.

De todos modos, de otros cuerpos legales surge la misma amplitud prevista en la norma excluida de la ley modelo. El Código Civil sienta en su art. 302 el principio de la libertad de formas, a falta de regla especial. Ello también surge de los arts. 673 y 676, en concordancia con otras normas, como las de los arts. 704 y 705, conforme a los cuales los contratos cuya formalidad estuviera determinada por las leyes, no se juzgarán probados si no la revistieran, salvo imposibilidad de cumplir con ella por circunstancias imprevistas; o que hubiera principio de prueba por escrito de la otra parte o de quien tuviera interés con ella; o que ya hubiese ejecución de prestaciones. A su vez, según el art. 703, los contratos se probarán de acuerdo con lo establecido en las leyes procesales, si no tuvieran una forma particularmente prescripta. En tanto que el Código Procesal Civil, por su parte, es de gran amplitud en lo que a medios probatorios se refiere²⁴.

En su conjunto, no cabe sino interpretar, pues, que la contratación electrónica –y particularmente el acuerdo arbitral arribado por esta vía– tiene amparo en la legislación paraguaya, con lo que la supresión en esta parte de la ley modelo queda inocua, a pesar de que, debe reconocerse, con ello abre las compuertas a eventuales controversias no precisamente saludables para el sistema.

23. Art. 10 de la ley paraguaya.

24. Arts. 246 y concordantes.

B) Arbitrabilidad

El art. 2º, que regula el “objeto del arbitraje” es peculiar a la ley paraguaya. Dispone en la primera parte que podrá serlo “toda cuestión transigible y de contenido patrimonial... siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público”, como, por ejemplo, relativas a menores o a cuestiones de derecho de familia.

La norma también alude al arbitraje en cuestiones del Estado y de las entidades estatales en sus vinculaciones regidas por el derecho privado, excluyéndose, en consecuencia, las que sean propias del derecho público, en consonancia también con el texto constitucional del art. 248, ya referido.

En el juicio “Ministerio de Agricultura y Ganadería y Procuraduría General de la RPCA c/ Grupanor Cercampo S.A. s/ nulidad de cláusula contractual y laudo arbitral”, el Estado planteó una acción ordinaria en la que solicitó la declaración de nulidad de lo resuelto por un tribunal arbitral, con sede en París, según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional.

Se trataba de un contrato de suministro de maquinarias y servicios para la implementación de un programa de desarrollo del sector lácteo y agropecuario del Paraguay, conforme al proyecto de cooperación con España, aprobado por Ley N° 1520 de 1999.

La empresa privada planteó una excepción de incompetencia, arguyendo que cualquier recurso debió haberse interpuesto en su momento en la sede del arbitraje, cosa que no se hizo. Debe considerarse que el Paraguay se había sometido voluntariamente a ese arbitraje, lo que fue confirmado incluso por una ley. Por lo demás, el Procurador participó del proceso arbitral en París y allí no se planteó recurso alguno contra el laudo.

El Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 8° Turno,²⁵ resolvió desestimar la excepción de incompetencia. Ello fue revocado en segunda instancia²⁶, en decisión que deja incólume el laudo arbitral.

En este fallo de alzada se advirtió que, por un lado, es cierto que el acuerdo de suministro en cuestión posee notas características del contrato administrativo. Una de las partes es el Estado, su objeto está referido a un servicio público, tiene por fin satisfacer necesidades públicas y el procedimiento de contratación fue el de licitación pública. Por otro lado, sin embargo, en lo referente a interpretación y ejecución de dicho contrato de suministro, que en definitiva no es más que una compraventa, rige el derecho privado, por ser materia propia de dicho ordenamiento. Y esto es así –según el Tribunal de Apelaciones– porque los medios jurídicos del derecho común son los más idóneos para el cumplimiento de los fines de la administración. Prueba de ello es que la acción fue interpuesta ante un juzgado en lo civil y comercial y no ante lo contencioso-administrativo. El tribunal hizo expresa alusión a que el art. 248 de la Constitución faculta a someter arbitrajes del Estado que entren dentro del ámbito del derecho privado.

El Estado planteó una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia contra dicho fallo de alzada. Queda por ver la suerte de esta impugnación, planteada ahora por una vía excepcional ante el máximo tribunal del país.

III. El tribunal arbitral

A) Número y métodos de nombramiento

Ello queda a libre determinación de las partes, en tanto el número sea impar. A falta de acuerdo, los árbitros serán tres (art. 12).

25. Por A.I. N° 1816 de 2007.

26. A.I. N° 6, del 4 de febrero de 2009, 2ª Sala.

El art. 13 de la ley paraguaya mantiene la misma redacción que el art. 11 de la ley modelo en cuanto al nombramiento de árbitros. La variante, en la primera parte de la ley paraguaya se presenta en que, amén de mencionar –como la ley modelo– la nacionalidad de la persona como un elemento que no podrá ser obstáculo para ser árbitro, agrega el domicilio.

Además, a los efectos de la legislación migratoria, la misma norma agrega, en el inc. a) “... Para el ejercicio de su función los árbitros extranjeros serán admitidos al país como extranjeros no residentes, por el plazo de seis meses, pudiendo este ser prorrogado por períodos similares y percibirán remuneración por las tareas desempeñadas”.

Por último, se agrega que “... el tercer árbitro presidirá el tribunal arbitral”²⁷.

B) Excusación y recusación

El procedimiento de recusación se encuentra previsto en el art. 15 de la ley paraguaya, que se basa en el art. 13 de la ley modelo, pero se abrevia el plazo de 30 a 15 días para que se formule la petición al juez, y se omite la frase según la cual, a pesar de ello se “podrá continuar el proceso iniciado e, inclusive, dictar un laudo”.

Ello ha generado críticas –por ejemplo– de consultores extranjeros que han evaluado la legislación local, puesto que así una recusación puede interferir gravemente con el arbitraje (Informe de los consultores Diego FERNÁNDEZ ARROYO y Adriana DREYZIN DE KLOR, en el marco de la Consultoría ALADI-CEDEP, a cuyo extracto se puede acceder a través del sitio www.cedep.org.py/informeALADI).

En el art. 16 de la ley paraguaya, se omite el párrafo 2) de la ley modelo, que dice en su art. 14, inciso 2), con respecto a la “falta o impo-

27. Ello en el inciso c) numeral 1) del art. 13 de la ley paraguaya, correspondiente al inc. 3) a) del art. 11 de su fuente.

sibilidad de ejercicio de las funciones”, que la renuncia al cargo o la aceptación de la terminación del mandato del árbitro no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados como causales de recusación.

C) Árbitro sustituto

Hay una pequeña diferencia entre la ley paraguaya y su modelo. El art. 17 de la ley autóctona prevé el nombramiento de “suplentes de árbitros”, y estatuye: “Por el mismo procedimiento y en la misma oportunidad que se designen los árbitros que integrarán el tribunal arbitral, las partes podrán designar igual número de suplentes de árbitros, quienes sustituirán a aquellos cuando por cualquier motivo dejen de ejercer sus funciones. Los requisitos para ser suplente de árbitro serán los mismos que para ser designado árbitro. Los suplentes de árbitros no percibirán remuneración alguna mientras no substituyan al titular”.

En caso de que no se hubiera hecho el nombramiento de árbitros suplentes, el art. 18 sigue al art. 15 de la ley modelo, al señalar que “cuando por cualquier motivo deje de ejercer sus funciones un árbitro, procederán a designar un árbitro sustituto, conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de reemplazar”.

D) Competencia del Tribunal Arbitral

El art. 19, si bien se ciñe al art. 16 de la ley modelo en el sentido de que el tribunal arbitral tendrá la potestad antedicha, se aparta de ella al disponer que proseguirán las actuaciones pero no se podrá dictar el laudo hasta tanto exista un pronunciamiento judicial favorable en este sentido.

El agregado paraguayo es indeseable, pues podría llevar a dilaciones contraproducentes en el proceso.

Se ha abogado por el constreñimiento al máximo de parte de los

jueces en el juzgamiento de estas cuestiones, para así favorecer al arbitraje²⁸.

Cabe resaltar que la solución de la actual ley de arbitraje subsana una falencia normativa con relación al principio de la *Kompetenz-Kompetenz*, a cuyo respecto con la anterior legislación había sido sentado un precedente negativo. Ello en el caso “INDUMAR S.A. c/ Compañía Cervecera Brahma del Paraguay s/ indemnización de daños y perjuicios”²⁹. Una solución contraria podía haber sido arribada en dicho caso, en base a la sólida doctrina comparada existente, cosa que lamentablemente no ocurrió. Ahora, sin embargo, la cuestión debería ser tajante en sentido inverso, atendiendo a la reforma normativa producida en el país.

E) Medidas cautelares

Si bien las medidas cautelares se encuentran reguladas en el Capítulo IV de la ley paraguaya, la misma no reproduce el art. 9º de su modelo, en el sentido de que “no será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas”.

No se otorga facultad a que estas medidas sean otorgadas “de oficio”, y no a petición de partes. Se ha dicho que hubiera sido saludable que la ley paraguaya autorizara a tomar estas medidas en resguardo del resultado exitoso de su laudo³⁰.

28. D. ZAVALA, “La autonomía de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros”, en J. A. Moreno Rodríguez (Coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Intercontinental Editora, 2003, p. 220.

29. A.I. N° 253 del 4 de mayo de 2005, Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 2ª Sala.

30. F. CALLIZO, “Medidas Cautelares en el Arbitraje”, en J. A. Moreno Rodríguez (Coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Intercontinental Editora, 2003, pp. 313-314.

El art. 20 de la ley paraguaya sigue, en su primera parte, al art. 17 de la ley modelo y agrega: “Las medidas cautelares dispuestas por el tribunal arbitral serán efectivizadas por orden judicial adoptada inaudita parte dentro de tercero día de solicitado por dicho tribunal. Antes de la constitución del tribunal arbitral las medidas cautelares provisionales serán peticionadas al Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial y resueltas por él. Las medidas cautelares provisionales concedidas judicialmente caducarán dentro de los siete días de haberse constituido el Tribunal Arbitral; pudiendo este confirmarlas, levantarlas o modificarlas, desde el mismo momento de su constitución”.

IV. El procedimiento arbitral

Aquí nuevamente se reproduce en la ley paraguaya gran parte de las disposiciones contenidas en la ley modelo. El art. 22 de la ley autóctona solo hace un pequeño agregado al segundo párrafo del art. 19 de su fuente. Según ésta, a falta de acuerdo, el tribunal podrá dirigir el arbitraje del modo que lo considere apropiado “con sujeción a lo dispuesto en la presente ley”, a lo que agrega la ley paraguaya, con “noticia a las partes”.

Existen otros cambios menores; el art. 27 omitió algunas líneas del art. 24 de la ley modelo. Así, en el numeral 1), en cuanto a las “audiencias y actuaciones por escrito”, se mantiene que salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. Sin embargo, se suprime el siguiente párrafo del modelo: “No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes”.

Con respecto al numeral 3), alusivo a que debe darse traslado a la otra parte de todas las declaraciones, documentos o demás informacio-

nes que una de las partes suministre al tribunal arbitral, la ley paraguaya suprime del modelo cuanto sigue: “Asimismo deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión”.

Por su lado, el art. 28 sigue al art. 25 de la ley modelo, con el agregado registrado al inciso c). Prevé la norma que el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga cuando una de las partes no comparezca a una audiencia, o no presente pruebas documentales, a lo que se agrega o “no ofrezca pruebas”.

V. El laudo arbitral

A) Derecho aplicable

Con respecto a esta cuestión, el art. 32 transcribe exactamente el art. 28 de su modelo. Queda, pues, dirimida en la instancia arbitral la controversia existente en el Paraguay relativa a la admisión del principio de la autonomía de la voluntad en materia de derecho aplicable.

El problema (que aún subsiste si una cuestión no es regida por una cláusula arbitral, y va a tribunales) se encuentra en la falta de claridad del Código Civil, que contiene normas de Derecho Internacional Privado en materia de contratación. SILVA ALONSO, uno de los miembros de la Comisión de Codificación que trabajó activamente en la elaboración del mismo, sostiene que el principio se encuentra admitido, y que ello surge de su art. 715. Dicha norma –en lo pertinente– dispone que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma...”³¹. En líneas parecidas se pronuncia RUIZ DÍAZ LABRANO, quien invoca además la norma del

31. R. SILVA ALONSO, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, Asunción, Intercontinental Editora, 1995, pp. 136-137.

art. 669 del Código Civil, conforme a la cual los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, en tanto no controviertan disposiciones imperativas³².

Desde la otra vereda, se ha sostenido que esta norma del art. 669, así como la del art. 715 (de que cuanto se acuerde en los contratos constituye regla para las partes), son disposiciones encaminadas a regular contratos puramente internos, y no se extienden a la contratación internacional. Se basa esta interpretación en el art. 17 del Código Civil, inspirado a su vez en los Tratados de Derecho Civil de Montevideo, en que –según se aduce– se habría descartado la autonomía de la voluntad. Entre otras argumentaciones también se invoca la regla del art. 297 del Código Civil, cuya redacción, confusa, por cierto, llevaría –se dice– a esta conclusión³³.

Como se verá más adelante, en el fondo, la cuestión gira en torno al orden público y su relación con las normas de conflicto. Las normas imperativas indicadas en el art. 669 equivalen, al menos en lo que atañe a sus efectos, a las de orden público en la nomenclatura paraguaya. Y el Paraguay ha ratificado diversos instrumentos internacionales que admiten la autonomía de la voluntad³⁴. Además, el país ha ratificado la Convención de Montevideo de 1979 sobre “normas generales” de Derecho internacional privado, que apunta –está visto– a soluciones no

-
32. R. RUIZ DÍAZ LABRANO, “La Ley aplicable y Jurisdicción competente en materia contractual desde la perspectiva del ordenamiento jurídico paraguayo”, en C. A. SOTO, (Dir.), *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, T. II, pp. 1509 y ss.
 33. Puede verse al respecto, enfatizándose en distintos matices, las contribuciones de R. DÍAZ DELGADO, “El derecho aplicable al fondo del contrato con cláusula de arbitraje”, en J. A. Moreno Rodríguez (Coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Intercontinental Editora, 2003, pp. 223 y ss; y B. PISANO, “La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado Paraguayo”, en *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, Año 32, N° 1, Febrero 2009, pp. 1 y ss.
 34. Así, el Protocolo de Buenos Aires de 1994 referente a jurisdicción internacional en materia contractual, la Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial, la Convención de Nueva York de 1958 relativa a ejecución de laudos arbitrales extranjeros, etcétera.

rígidas, sino razonables, flexibles, acordes con los requerimientos de justicia del caso particular. Ante este escenario, no habría violación al orden público, o a norma imperativa alguna, por el mero hecho de que las partes hagan uso de la autonomía de la voluntad, para prever una solución distinta a la indicada en las normas de conflicto paraguayas. Salvo que con ello violenten disposiciones que sí sean imperativas, pues ellas deben ser observadas, conforme lo dispone el referido art. 669.

Como sea, la cuestión debe entenderse superada cuando el asunto se remite a arbitraje, pues aquí regirá la solución trasegada de la ley modelo, favorable a la admisión de la autonomía de la voluntad.

Otra controversia que se subsana, al seguirse el texto de la ley modelo, es la relacionada con los usos y costumbres internacionales, derecho transnacional o *lex mercatoria* –términos utilizados aquí de manera indistinta–, hacia cuyo respecto debe considerarse que existe una amplia apertura en el derecho paraguay, incluso con prescindencia de la ley de arbitraje que, por lo demás, así lo confirma.

Si bien el Código Civil dispone que el uso, la costumbre o la práctica solo tendrán virtualidad cuando la ley se refiera a ellos (art. 7º, última parte), la consagración expresa y reiterada del principio de la buena fe da un amplio margen para que aquellos sean ampliamente reconocidos, aún cuando no exista disposición legal expresa³⁵.

Ello ocurrirá tanto por remisión del propio contrato como por considerarse virtualmente comprendidos, los usos, en el acuerdo, según lo estatuye la parte final del art. 714 (concordante con el art. 301). Conforme a esta norma, las convenciones contractuales obligan tanto a lo expresado como “a todas las consecuencias virtualmente comprendidas”. Además, el art. 6º del Código Civil se remite en cuestiones interpretativas dudosas a “disposiciones que regulan casos o materias análogas”, que son fuertemente consuetudinarias en el ámbito mercantil.

35. La buena fe como principio interpretativo surge directamente del art. 714 del Código Civil; en tanto que lo confirman los arts. 689 y 715, que requieren la buena fe en el desarrollo de las negociaciones, en la formación del contrato y en su cumplimiento.

Pero aún hay otros argumentos. En la contratación internacional, la repetición de usos y prácticas –o como se los llame– resulta frecuentemente observada, de manera espontánea, por las partes en la ejecución de sus convenios, hayan o no hecho referencia explícita a ellos, y de la misma manera las reconocen los juzgadores o árbitros, con lo que pasan a constituir una suerte de derecho “no legislado”, cuya virtualidad no puede desconocerse. En la órbita privada, algunas instituciones de raigambre a nivel mundial, como la Cámara de Comercio Internacional, han institucionalizado estos usos en instrumentos normativos que muchas veces son incorporados a los convenios, como ocurre por ejemplo con las reglas relativas a INCOTERMS que, como es sabido, aluden a términos estándares usados en el comercio internacional, como FOB (Franco a Bordo), utilizado en el transporte marítimo en que el vendedor cumple con su obligación de entrega, en una compraventa, una vez que sobrepasa la borda del buque designado por el comprador, en la fecha pactada; o CIF (Costo, Seguro y Flete), en que el vendedor debe contratar el transporte y abonar el seguro correspondiente.

A este respecto, resulta sumamente trascendente la derivación que puede hacerse de una norma del propio Tratado de Asunción, constitutivo del MERCOSUR, que en su Anexo 2, relativo al Régimen General de Origen, utiliza la terminología de FOB y CIF (arts. 1º y 2º). No aclara su significado ni alcance, pero evidentemente se refiere a los términos usuales que ha institucionalizado la Cámara de Comercio Internacional. Con ello, efectúa un reconocimiento formal a estas fuentes no legisladas y admite además la autonomía de la voluntad; ya que, por ejemplo, al incorporar las partes una cláusula FOB en un contrato, determinan dónde se consideran cumplidas las obligaciones y, por ende, el derecho aplicable. También dentro del MERCOSUR el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias, ratificado por Ley paraguaya N° 2070 de 2003, reconoce un orden jurídico supranacional o transnacional al referirse en su art. 34.1, entre las consideraciones a ser tenidas en cuenta con respecto al derecho aplicable, “...a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia”.

Los referidos principios se encuentran consagrados como fuente del derecho internacional desde hace ya un buen tiempo—como se sabe—en los Estatutos de la Corte Internacional de La Haya (art. 138), y además en otros numerosos instrumentos internacionales, de derecho privado y público. Está visto también que la propia Constitución paraguaya reconoce en su art. 143 la sujeción a “principios” de derecho internacional que allí se enuncian, como la igualdad entre Estados, la solidaridad y la cooperación internacional, etcétera. Además, el art. 42 del convenio del CIADI, ratificado—según se ha mencionado—por el Paraguay, prevé que podrán tener virtualidad “las normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”. Por su parte, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá), también incorporada, se remite en su art. 3º, a falta de acuerdo entre las partes, a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), cuyo art. 30 prevé, a su vez, que en todos los casos se tendrán en cuenta “los usos mercantiles aplicables”. Ello en tanto que los acuerdos de arbitraje del MERCOSUR, ratificados por el Paraguay, aluden en su art. 10 “al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional”. Esta apertura surge también del art. 25, inciso 3º.

Demás está decir que la praxis mercantil y bancaria del país acepta ampliamente la utilización de INCOTERMS, cartas de crédito documentario, garantías a primera demanda y otras, utilizándose como “*soft law*” instrumentos internacionales emanados de instituciones privadas, como las Reglas y Usos de la Cámara de Comercio Internacional sobre Créditos Documentarios, las Reglas Uniformes para el Cobro del Papel Comercial, etcétera. Incluso, la propia Ley N° 861 de 1996, *de bancos*, sujeta la emisión y conformación de cartas de crédito a las reglas y usos uniformes que sobre la materia sancione la Cámara de Comercio Internacional (art. 82), reconociéndoles así virtualidad en un texto legal.

Yendo específicamente a la solución de la ley paraguaya de arbitraje, el art. 32, siguiendo a su fuente, utiliza la expresión “normas de derecho” en alusión al derecho que podrán adoptar los contratantes.

Como reza la nota explicativa de UNCITRAL, esta fórmula brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, pudiendo así incorporarse de común acuerdo normas que no integran ningún ordenamiento jurídico nacional, como lo serían, por ejemplo, los Principios UNIDROIT sobre derecho contractual, elaborados por un organismo codificador internacional.

También se reproduce el artículo 28(2) de la ley modelo con su alusión a la aplicabilidad de “la ley que determinen las normas de conflicto”, lo que implica, según el comentario oficial de UNCITRAL, que aquí las atribuciones del tribunal arbitral se ajustan a pautas más tradicionales. Es decir, en caso de silencio de las partes, el tribunal arbitral debería determinar, como derecho aplicable, uno de origen estatal y no normas transnacionales, como las ya referidas de UNIDROIT; lo cual puede generar no pocos inconvenientes, además de ir de contramano muchas veces con la atmósfera cosmopolita que debe reinar en este tipo de actuaciones.

Varios autores han entendido que puede darse una interpretación extensiva a esta disposición, y la legislación de países como Francia, Italia y Holanda directamente permite a los árbitros aplicar el derecho transnacional aún en ausencia de elección de las partes.

Desde luego que esto debería surgir de una interpretación amplia del art. 28, inciso 4) de la ley modelo, también reproducido en el art. 32 de la ley paraguaya, en el sentido de que “... en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”. La aplicación de este artículo no depende de la voluntad de las partes y tiene prelación sobre cuanto determinen las reglas de conflicto, en su caso, lo cual da pie a que, como sea, tenga virtualidad el derecho transnacional.

De todos modos, hubiera sido ideal que la normativa paraguaya –yendo más allá que su modelo– aclarara expresamente esta cuestión. De allí la recomendación de los consultores internacionales, en el senti-

do de que “... cabría flexibilizar la fórmula actual que hace referencia a la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables (art. 32), para admitir de una forma clara algo que es una tendencia aceptada (además de muy útil) en el arbitraje comercial internacional de nuestros días, cual es la aplicación de normativa no estatal (transnacional) para resolver el fondo del litigio”. (Informe Consultoría ALADI-CEDEP, citado).

Por último, el art. 32 de la ley paraguaya se diferencia del art. 28 de la ley modelo en que, en lugar de utilizar las expresiones “*ex aequo et bono* o como amigable componedor”, dice simplemente “en equidad”. Además, la disposición autóctona explica qué es un arbitraje de equidad o de amigable composición, señalando que allí “... los árbitros no se encuentran obligados a resolver en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo “en conciencia” o “según su leal saber y entender”.

B) Transacción, suspensión y conclusión de las actuaciones

Con respecto a la transacción se registra una ligera variante, entre el art. 34 de la ley paraguaya y el art. 30 de su modelo.

A diferencia de su fuente, la ley local habla directamente de que el tribunal dictará un laudo en el que homologará el acuerdo al que, en su caso, se arribe (la ley modelo prevé que el tribunal dará por terminadas las actuaciones “si no se opondrá”).

Agrega al final el art. 30 paraguayo que “las transacciones y acuerdos conciliatorios homologados por un tribunal arbitral, tendrán autoridad de cosa juzgada”.

El art. 35 de la ley paraguaya es una innovación, al disponer que “las partes tienen el derecho, en cualquier momento antes de dictarse el laudo, de decidir de común acuerdo suspender por un plazo cierto y determinado las actuaciones arbitrales”.

Con respecto a la conclusión de las actuaciones, el art. 37 de la ley paraguaya agregó a la redacción de su modelo (art. 32), en caso de de-

sistimiento de la demanda, que “dicha terminación impedirá al demandante reiniciar en el futuro el mismo proceso arbitral” (inciso b, 1).

C) Impugnación del laudo

El art. 40 de la ley paraguaya replica gran parte del texto del art. 34 de la ley modelo. Los demás párrafos de esta norma se distribuyen entre los arts. 41 y 43 de la primera.

Cabe resaltar el primer párrafo del art. 40, según el cual el recurso de nulidad solo podrá interponerse “ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial con competencia territorial sobre el lugar donde se hubiera dictado el laudo”. Queda descartado el recurso de apelación.

Quizás hubiera sido preferible prever que el recurso de nulidad debería interponerse ante la Corte Suprema, para así cerrar las puertas a que el fallo de apelación sea objeto de alguna eventual acción de inconstitucionalidad, que en el Paraguay puede plantearse excepcionalmente ante esta instancia por arbitrariedad de cualquier decisión de otro juzgador que no sea el mismo máximo tribunal.

El art. 41, por su parte, que habla de un plazo de quince días –contados a partir de la fecha de la notificación del laudo– para una eventual impugnación, ya fue aplicado en tribunales. En el juicio “Recurso de Nulidad contra Fallo Arbitral N° 58181T0029004 JTI Trading S.A. vs. INDUMAR S.A.”, se rechazó *in limine* el recurso de nulidad interpuesto contra un laudo arbitral por extemporáneo, invocándose al efecto el referido art. 41³⁶.

Un cambio trascendente con respecto al modelo constituye el del apartado 4°, inciso b), del art. 40, al establecer como causal de nulidad la comprobación de parte del tribunal “... que, según la ley paraguaya, el

36. A.I. N° 509 de 2006, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, 2ª Sala.

objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al *orden público internacional o del Estado paraguayo*". Esta norma concuerda con la del art. 46, inciso 5, b), que habla de la impugnación del laudo en estadio de ejecución en algún país distinto al de su dictado.

Las disposiciones antedichas se apartan de su fuente en que ésta solo hace alusión al "orden público", en tanto que ahora se habla del "orden público internacional o del Estado paraguayo". Queda, pues, por determinar el sentido de las disposiciones autóctonas sobre el punto.

Es sabido que en el derecho comparado la problemática del orden público o de lo imperativo en general fácilmente se presta a confusión, debido en parte a la disparidad terminológica en la cuestión, en un tema en que se influyen recíprocamente diversas doctrinas anglosajonas y del derecho civil continental europeo, con sus nomenclaturas propias, a lo cual cabe agregar las divergencias existentes, incluso dentro de los distintos derechos nacionales entre sí.

Suelen atribuirse dos aspectos al orden público en las vinculaciones transfronterizas: uno, negativo, constituye su aplicación como correctivo a normas indirectas o "de conflicto", en caso que la solución emergente de ellas viole postulados esenciales del foro juzgador. El otro, positivo, está representado por las normas "directas" con que cuenta cada sistema jurídico, que de buenas a primeras no admiten la aplicación de otro derecho que no sea el propio. En este sentido, coincide con la noción de "normas imperativas".

Hay otros términos que se utilizan con respecto a esto último, como el de "leyes de policía". Para los franceses, son las que se aplican directamente, a diferencia del orden público, que constituye una excepción luego de que el mecanismo conflictual determinó aplicable una ley extranjera. Se trata –las leyes de policía– de regulaciones concretas aplicables al caso, y no de principios generales extraídos del sistema, como lo son los del orden público. La noción de las "leyes de aplicación inme-

diata” es –para quienes la adoptan– cercana a la de leyes de policía, en el sentido de que se trata de reglas materiales o sustantivas cuyo propósito principal constituye aplicarse directamente a transacciones internacionales. Las diferenciaría que no son originalmente normas locales que en casos específicos requieren aplicación extraterritorial, sino reglas destinadas a su aplicación directa a casos internacionales³⁷.

Un ejemplo de ley de aplicación inmediata –o de policía– a vinculaciones internacionales es el de la Ley paraguaya No. 194 de 1993, de agencia, representación y distribución, que en su art. 9º prevé: “Las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, sujetos a las disposiciones del Código Civil, pero sin que en forma alguna puedan renunciar a derechos reconocidos por la presente Ley”. Sin emplear la terminología antedicha, y utilizando en su lugar la de “orden público”, la Corte Suprema de Justicia del Paraguay ha hecho prevalecer esta disposición por sobre el acuerdo de partes en un caso que llegó a dicha instancia de decisión³⁸.

A su vez, en el Código Civil encontramos que el art. 669 utiliza los términos “reglas imperativas”, en tanto que el art. 9º emplea otras expresiones como “orden público” y “buenas costumbres”. El art. 22, además de éstas, refiere también al respeto a las “instituciones políticas” y la “moral”. También menciona la moral y las buenas costumbres el art. 299, relativo a actos jurídicos.

Todos estos términos, de manera indistinta, aluden al interés general que debe hacer prevalecer el juzgador por sobre cualquier estipu-

37. Ver sobre estas distinciones y otros problemas suscitados con respecto a todo este tema, en J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Orden Público y Arbitraje: Algunos Llamativos Pronunciamientos Recientes en el MERCOSUR y la Unión Europea”, C. SOTO, (Dir.), Lima, 2008; y J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Orden Público y Arbitraje”, en *Revista Foro de Derecho Mercantil*, N° 20, Bogotá, 2008.

38. Acuerdo y Sentencia N° 827 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, caso “*Electra Amambay SRL vs. Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas*”, 12 de noviembre de 2001.

lación contractual de las partes, lo que requiere de una amplia valoración flexible en cada caso. Tal es el sentido que tiene, pues, la expresión “orden público” en el derecho paraguayo.

Queda por ver el alcance del “orden público internacional”, expresión introducida normativamente al país por la ley de arbitraje. En derecho internacional privado, juristas decimonónicos utilizaron inicialmente la expresión “orden público”, hasta que finalmente, hace ya un buen tiempo, se agregó la palabra “internacional”.

Esta expresión –orden público internacional– hoy ampliamente utilizada en doctrina y recibida incluso en la legislación de algunos países no la contempla ningún otro texto normativo incorporado por el Paraguay (salvo, está visto, la ley de arbitraje).

La expresión, a secas, de “orden público” la adoptan, además del Código Civil, algunas convenciones ratificadas por el país. Así lo establecen la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (art. V, 2 b) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 5.2.b).

Otros instrumentos más recientes, ratificados por el Paraguay, también emplean estos dos términos, pero agregando el calificativo de “manifiestamente” (para aludir a la contravención del orden público), con lo que implícitamente –se acepta en el derecho comparado– acogen la noción de “orden público internacional”³⁹. Así lo hace la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Montevideo (art. 2.h), la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (art. 17), el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (art. 20, inciso f), el Protocolo de Medidas

39. Ver, por ejemplo al respecto, M. B. NOODT TAQUELA, “Arbitraje internacional entre particulares en el MERCOSUR”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996 (Lexis No. 0003/001303), después de la nota 20.

Cautelares (art. 17) y la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (art. 4).

El arbitraje –está visto– se consolida con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de un orden supranacional o transnacional que le sirve de marco, manifestado no solo en instrumentos normativos de origen estatal, sino en usos, costumbres y principios, muchas veces institucionalizados por entidades privadas o intergubernamentales. Se ha destacado que ello tiene incluso raigambre constitucional en el Paraguay, desde que la Carta Magna admite un orden jurídico supranacional (art. 145), del cual derivan, además de acuerdos internacionales, usos, costumbres y principios de derecho internacional; así también, la Constitución dispone en su art. 143 que el Paraguay se ajusta a “principios” de derecho internacional que allí se enuncian, como la igualdad entre Estados, la solidaridad y la cooperación internacional, etcétera.

Pues bien, precisamente de este derecho supranacional o transnacional y de los principios internacionales derivan nociones como la de orden público internacional, adoptada por la ley paraguaya de arbitraje; o que la contravención al orden público en transacciones transfronterizas debe ser “manifiesta”, y así lo establecen incluso –está visto– tratados que fueron objeto de ratificación por Paraguay.

A su vez, se desprende de la noción de orden público internacional –o de que la contravención al orden público debe ser manifiesta– la noción de orden público “procesal” internacional, que por tanto debería ser tenida en cuenta para arbitrajes internacionales en el Paraguay, fundamentalmente en cuestiones que atañen a la marcha del procedimiento. Debe, pues, desecharse cualquier intento de introducir aquí cuestiones de orden público desde la perspectiva estrecha de procesos desarrollados localmente en la órbita judicial.

Otro tema: dentro del marco cosmopolita en que se desarrolla el arbitraje en el Paraguay, queda por ver las derivaciones que –en su caso– se harán con respecto a la norma del art. 46, inciso 5, b), que habla de la

impugnación del laudo en estadio de ejecución en algún país distinto al de su dictado. La disposición copia la de su fuente, la Convención de Nueva York, sin prever la facultad de ejecutar un laudo (como por ejemplo sucede en Francia, por haber sido anulado o suspendido en el país de origen), pero al mismo tiempo mantiene el carácter facultativo o discrecional a favor de los jueces paraguayos, al establecer que solo se “podrá” denegar el reconocimiento o ejecución de los laudos extranjeros. Por lo que el juez, utilizando dicha discreción, puede decidir eventualmente ejecutarlo en situaciones límites⁴⁰. La situación, que ya se ha presentado en otros países, no ha sido aún objeto de decisión judicial en el Paraguay.

D) Procedimiento del recurso de nulidad

Al respecto, la innovación de la ley paraguaya es la norma del art. 42, que describe el procedimiento de nulidad.

Se prevé allí que el escrito de impugnación debe ir acompañado de la prueba pertinente o de la indicación de dónde se encuentra.

De dicho escrito se correrá traslado por el plazo de cinco días y luego, de resultar necesario, se podrán producir pruebas dentro del plazo de diez días.

En su caso, se limita la prueba pericial a un solo perito, designado por el tribunal, y a un máximo de tres testigos por cada parte.

La resolución que dicte el tribunal no admitirá recurso alguno.

(E) Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales

Con respecto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, el art. 44 es original de la ley paraguaya.

40. Según lo expresa R. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, “Deslocalización, la *lex loci arbitri* y la nueva Ley de Arbitraje y Mediación”, en J. A. Moreno Rodríguez (Coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Intercontinental Editora, 2003, p. 177.

Dispone que los laudos arbitrales serán reconocidos y ejecutados de conformidad con los tratados ratificados por el país. En caso de conflicto entre convenciones, tendrá aplicación el tratado que resulte más favorable al reconocimiento y ejecución, y en defecto de la aplicabilidad de un instrumento convencional, se aplicará la Ley N° 1879.

El art. 45 corresponde al art. 35 de la Ley Modelo, con las siguientes variantes: El primer párrafo permite elegir entre dos jurisdicciones, al disponer que “será competente, a opción de la parte que pide el reconocimiento y ejecución del laudo, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de turno del domicilio de la persona contra quien se intente ejecutar el laudo, o, en su defecto el de la ubicación de los bienes”. El segundo párrafo va en línea con la propuesta de la modificación a la ley modelo introducida por UNCITRAL en su 39° período de sesiones, celebrado en 2006. Se prevé en la disposición paraguaya que la parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia del mismo. Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de ese Estado, el tribunal podrá solicitar a la parte que presente su traducción a ese idioma.

F) Procedimiento para el reconocimiento y ejecución

Para terminar con el Capítulo VIII (de reconocimiento y ejecución de los laudos), la ley paraguaya incluye una norma, la del art. 48, que describe el procedimiento para el efecto (no incluido en la Ley Modelo), aclarándose que la resolución final resultante no será objeto de recurso alguno,

VI. Procedimiento arbitral y tribunales nacionales

Como regla, se encuentra excluida la actuación judicial cuando se pacta el arbitraje, salvo las excepciones autorizadas en la ley.

El art. 8° de la ley paraguaya, alusivo a la improcedencia de la intervención del órgano judicial en los asuntos regidos por ella, se aparta sutilmente del art. 5° de la ley modelo, al sustituir la expresión *esta ley*

por una más genérica como *disposición en contrario*, incluyendo un rango más amplio de normas.

La autoridad judicial competente para las funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje será el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de turno del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje (art. 9º). La norma dispone, además, que “cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional, conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de turno del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes”.

Con respecto al acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un juez, el art. 11 es idéntico al art. 8º de la ley modelo, en el sentido de que el magistrado remitirá a las partes al arbitraje, salvo que se compruebe su ineficacia o imposibilidad. La diferencia se encuentra al final, cuando dice que se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez, “siempre que las partes antes de dictarse el laudo desistan de la instancia”.

Ello deja abiertas las puertas a que pueda bloquearse o dilatarse el arbitraje innecesariamente. Aunque es entendible que esto haya sido hecho para impedir contradicciones entre las decisiones judiciales y arbitrales en el ámbito interno, se trata de un agregado claramente desalentador para el arbitraje, en opinión de los consultores extranjeros FERNÁNDEZ ARROYO y DREYZIN, que han evaluado el contenido de la ley paraguaya.⁴¹ Otra perspectiva es la de FILÁRTIGA LACROIX, para quien “... los legisladores han optado por privilegiar la salud del sistema jurídico, evitando lo que podría derivarse de una resolución judicial posterior y contraria a lo resuelto en el proceso arbitral”⁴².

41. Informe de Consultoría ALADI-CEDEP, citado.

42. C. A. FILÁRTIGA LACROIX, “Análisis comparativo de la Ley de Arbitraje y Mediación con respecto a la Ley Modelo”, en J. A. Moreno Rodríguez (Coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, 2003, Intercontinental Editora, pp. 344-345.

VII. Otras variantes de la ley paraguaya

A) Costas o costos y gastos del arbitraje

La ley paraguaya hace expresas alusiones a las costas del arbitraje, con lo que va más allá de la ley modelo.

En las “definiciones”, el art. 3º prevé como costas: “los honorarios del tribunal arbitral; los gastos de viaje y demás expensas realizadas por los árbitros; costos de la asesoría pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, siempre que sean aprobados por el tribunal arbitral; costos de representación y asistencia legal de la parte vencedora si las partes acordaron el reclamo de dicho costo durante el procedimiento arbitral y solo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto es razonable; y retribuciones y gastos de la institución que haya designado a los árbitros”.

Más adelante, el capítulo IX contiene otros cuatro artículos con relación a las costas.

El art. 49 alude a la facultad de las partes para optar directamente, o por referencia a un reglamento de arbitraje, en fijar reglas al respecto. A falta de acuerdo regirán las reglas del título XI, referidas en el siguiente párrafo.

Con relación a la cuantía, según el art. 50, deberá tratarse de un monto razonable, teniendo en cuenta el monto de la disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes. En cuanto a la oportunidad de fijación, dice el art. 51 que cuando el tribunal dicte una orden de conclusión del procedimiento arbitral o un laudo en los términos convenidos por las partes, establecerá las costas en el texto de esa orden o laudo. Con respecto al depósito de las costas, prevé el art. 52 que, una vez constituido, el tribunal arbitral requerirá a cada una de las partes que deposite una suma igual para responder a los honorarios de los integrantes del tribunal arbitral.

B) Domicilio

Sobre el particular, el art. 5° se diferencia del 3° de la ley modelo al sustituir el “domicilio postal” por el “domicilio especial” (inciso a), poniéndose así en sintonía con la terminología empleada por el Código Civil (art. 62). Se ha dicho que quizás hubiera sido más útil agregar en vez de sustituir la expresión, puesto que no hay motivo para “no aceptar como válida la notificación efectuada a través de la dirección postal o, incluso, electrónica, tan extensamente utilizada hoy globalmente”⁴³.

Además, se suprimió lo siguiente de la ley modelo: “... en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega...”.

Al respecto, se ha expresado: “Hay que admitir que el texto eliminado, al introducir conceptos vagos y ciertamente imprecisos como indagación razonable; o intento de entrega; no parece compatible con nuestros usos legales, aún admitiendo que tales fórmulas son ampliamente utilizadas en la tradición jurídica anglosajona. En efecto, desde la perspectiva de nuestras instituciones, ¿cuál debería ser el alcance de la expresión indagación razonable? ¿Qué órgano determinaría el grado de razonabilidad de la indagación? O, ¿cuáles deberían ser los requisitos para que un intento de entrega pueda ser considerado jurídicamente válido? Las consideraciones expuestas hubieran justificado impugnaciones al proceso arbitral, pues eventualmente se verían afectadas garantías de orden constitucional como la del debido proceso y la de la defensa en juicio. Ese ha sido el criterio que primó entre los legisladores que finalmente optaron por eliminar el párrafo citado”⁴⁴.

43. C. A. FILÁRTIGA LACROIX (nota 42), p. 340.

44. C. A. FILÁRTIGA LACROIX (nota 42), pp. 339-340.

Obviamente, los argumentos esgrimidos no se compadecen con lo que está ocurriendo con la praxis internacional y con los instrumentos normativos que la recogen, varios de los cuales han sido ratificados en el Paraguay. El apartamiento al modelo no presenta, pues, justificativos atendibles.

C) Cómputo de plazos

El art. 6° de la ley paraguaya innova también al agregar una norma referida al cómputo de los plazos, que no fue considerado por la Ley Modelo. Prescribe que los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se reciba una notificación, nota, comunicación o propuesta. Si dicho día fuera inhábil en el lugar de residencia o establecimiento de los negocios del destinatario, el plazo se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente. Los demás días inhábiles que ocurran durante el transcurso del plazo, se incluirán en el cómputo del plazo.

Esta norma se aparta de lo dispuesto en la legislación que rige los procesos civiles y comerciales en el país, para la cual solo se computan los días hábiles, salvo disposición específica de alguna ley en contrario.

En el ya mencionado juicio “Recurso de Nulidad contra Fallo Arbitral N° 58181T0029004 JTI Trading S.A. vs. INDUMAR S.A.”, por A.I. N° 509 de 2006, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, 2ª Sala, entre otras cosas, se hizo referencia al art. 6° de la ley de arbitraje, según el cual los plazos empezarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se reciba un notificación, estableciéndose expresamente que los feriados oficiales o no laborales que ocurran durante el transcurso del plazo se incluirán en el cómputo. Esto fue determinante para declarar la extemporaneidad de la impugnación judicial.

VIII. Información adicional

El Paraguay adoptó una de las leyes de arbitraje más modernas de Latinoamérica; ratificó los principales instrumentos normativos inter-

nacionales en la materia; y cuenta con un Centro de Arbitraje anexo a la Cámara de Comercio, con una estructura eficientemente montada conforme a los altos estándares de calidad de la Certificación ISO 9001, merced a un programa apoyado en su momento por el Banco Interamericano de Desarrollo⁴⁵.

El país cuenta con un solo Centro de Arbitraje que ha venido intentando desarrollar la implementación de este medio de resolución de conflictos en el tiempo.

Varias medidas pueden ser adoptadas para el efecto, muchas de ellas sugeridas por árbitros de esta institución, como la modificación – en curso– del anacrónico reglamento de dicho centro, para ceñirlo a la nueva ley y hacerlo acorde también a las modernas tendencias manifestadas en las reformas recientes a reglamentos de las principales instituciones arbitrales del mundo, con miras a ahorrar tiempo y dinero en la tramitación de los arbitrajes y hacerlos más efectivos.

Puede propiciarse, además, un acercamiento a instituciones de raigambre en el mundo y la región, como de hecho existe con la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC); que la integra el Centro de Arbitraje paraguayo como capítulo nacional. Debe considerarse que la CIAC cuenta con una alianza con el *International Centre for Dispute Resolution* (de la prestigiosa *American Arbitration Association*) para el desarrollo del arbitraje en el continente americano.

Obviamente, entre las medidas no puede faltar el desarrollo de programas de capacitación de alto impacto, que abarquen a los princi-

45. Ver datos en www.camparaguay.com. Lo que sigue se encuentra desarrollado en la ponencia presentada ante el Congreso Brasileño de Arbitraje de 2005, intitulada: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "Control de Plazos en el Procedimiento Arbitral", incluida ulteriormente en el libro: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*, Asunción, Catena Editores y CEDEP, 2006. Para un panorama general, puede recurrirse también a L. A. BREUER, "Una breve introducción al arbitraje comercial internacional", en J. A. Moreno Rodríguez (Coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Intercontinental Editora, 2003, pp. 89 y ss.

pales operadores –jueces, árbitros, abogados– como así también una mayor difusión del arbitraje en círculos empresariales y profesionales, a fin de predisponer favorablemente hacia su mayor aceptación y utilización.

El desarrollo del arbitraje comercial internacional en un país depende no solo de que se encaren reformas normativas conforme a estándares mínimos aceptables en el mundo, sino también, fundamentalmente, de una adecuada capacitación de sus principales operadores. Entre estos deberían encontrarse no solo abogados y árbitros, sino –quizás más importante aún– magistrados judiciales, que puedan eventualmente manejar apropiadamente los distintos instrumentos normativos y nociones como las de orden público internacional y sus derivaciones; y no interferir así indebidamente en arbitrajes o, por temor a ello, ahuyentar desde el vamos a las partes a que se sometan a este medio de resolución de disputas.

Indicaciones claras que den los jueces –habladas a través de sus fallos– de que entienden y respetan los fundamentos y las nociones que rodean a los arbitrajes internacionales, harán que el país sea confiable como sede de los mismos, y contribuirán a su consolidación.

No menos importante constituye el rol de la *elite* de expertos en arbitraje, normalmente aglutinados en torno a instituciones arbitrales, como ocurre en el Paraguay con relación al único Centro de Arbitraje, a cuyo cargo queda el desafío de difundir la figura a potenciales usuarios, dotar a la institución que los une de los reglamentos apropiados y fomentar efectivos programas de capacitación, asegurándose de que formen parte de ellos no solo abogados y árbitros –a fin de que estén preparados para conducir los procesos de manera efectiva y ágil–, sino jueces, quienes en definitiva tienen la última palabra para hacer confiable la utilización de este medio alternativo de resolución de disputas en el país.

¿QUO VADIS, CIDIP?

La Organización de Estados Americanos (OEA) mucho ha hecho en tiempos recientes por un mejoramiento jurídico del quehacer privado transfronterizo en el continente, fundamentalmente a partir de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). En seis encuentros llevados adelante a lo largo de tres décadas, estas han aprobado numerosos instrumentos normativos en distintas materias, ulteriormente adoptados por –o inspirado reformas en– diversos países del continente, generalmente con positivo impacto. Puede decirse entonces que, aun resultando dispar la suerte de algunos de sus productos, el balance de las CIDIP es, indudablemente, positivo.

Las mismas se encuentran ahora, empero, en un punto de inflexión o, mejor, ante una oportunidad histórica única que no debe desaprovecharse. ¿Por qué? Pues porque estas conferencias especializadas han sabido ganarse un reconocido prestigio a través de los años, según lo reflejan no solo la cantidad de sus textos hoy en vigor, sino además por el guiño mayoritariamente favorable hacia ellas por parte de la más autorizada doctrina internacionaliusprivatista del continente, e incluso más allá de sus confines. Como muestra basta un botón. En Europa, algunas soluciones de la convención interamericana sobre derecho aplicable a la contratación internacional, de 1994, han sido vistas con muy buenos ojos y han contribuido a enriquecer el debate reformista actual allí en esta materia.

Deberíamos, pues, estar de acuerdo. Las CIDIP tienen un muy buen ganado prestigio. ¿Cuál sería el motivo, entonces, de repensarlas de cara al futuro? En el deporte se utiliza mucho la expresión: “equipo ganador no se cambia”. A lo que algunos responden: “mientras gana”. Los promotores de las CIDIP y los académicos del continente que se ocupan de ella, deben tener bien en claro que la coyuntura ha cambiado notoriamente desde aquella que motivara las primeras conferencias en los años setenta. En aquellos tiempos, las economías –y en general las políticas públicas– de muchos países de la región eran de manera substancial cerradas o, si se prefiere, proteccionistas o introvertidas. Los regímenes jurídicos resultaban muchas veces arcaicos, con la vigencia de vetustos tratados con muchas soluciones contradictorias que dividían las aguas jurídicas –por así decirlo– del continente. Además, y por sobre todo, los distintos derechos nacionales contenían soluciones de contramano hacia una atmósfera cosmopolita, al no abrirse favorablemente hacia los usos y costumbres internacionales, el arbitraje y el derecho transnacional que ineludiblemente de allí emerge. Sumado a ello, no había procesos de integración como los que, con marchas y contramarchas, se fueron apuntalando en los últimos lustros en el Norte, Centro y Sur del continente.

Y podríamos seguir. El punto es que, innegablemente, el *chauvinismo* imperante, en mayor o menor medida, hace algunas décadas en el continente, se hallaba marcado por la concepción de que el derecho solo emana del propio Estado, aunque las soluciones que este adoptase –por vía de convenciones internacionales, leyes u otros instrumentos normativos–, resultaran absolutamente inapropiadas para regir vinculaciones privadas allende las fronteras.

Esta idea deriva de la codificación decimonónica. A partir de entonces, al menos en la Europa continental y en los sistemas cuyos derechos derivan de los modelos napoleónico y germánico, se instala el pensamiento de que el derecho solo puede encontrarse en los intersticios de la ley, es decir, en un instrumento adoptado mediante sanción esta-

tal. Doctrina que encaja también con la coyuntura de la consolidación de las naciones-Estado con extraordinaria fuerza en las últimas dos centurias, y que puede resumirse más o menos así: La soberanía de los pueblos reside en los Estados. Solo los Estados pueden determinar qué normas son “jurídicas”. Y solo funcionarios estatales –o magistrados, o jueces– pueden como regla resolver las contiendas. Ello, por supuesto, aplicando “derecho estatal”. A su vez, el Derecho internacional privado, es decir, el que rija las vinculaciones transfronterizas, deberá llevar a la necesaria determinación de un derecho estatal aplicable, de cuyo custodio operarán los jueces del Estado.

Las consecuencias, catastróficas. Los mecanismos clásicos utilizados para buscar “estatizar” una vinculación privada internacional, recurrentemente complejos, contradictorios o, hasta podría decirse, indecifrables en ocasiones, han generado una inseguridad jurídica sumamente nociva, palpable no tanto cuando los países se cerraban, pero sí absolutamente notoria en tiempos actuales.

Hoy existe un mucho mayor grado de apertura económica en los países del continente; muchos de ellos enfrascados incluso en procesos de integración o adscriptos a esfuerzos mundiales de liberalización como los de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Pero la “internacionalización”, por así decirlo, va mucho más allá de lo económico. Los países vienen aceptando, por ejemplo, instancias supranacionales –es decir, más allá de lo estatal– de juzgamiento, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o mecanismos de resolución de conflictos regionales. Incluso, muchos Estados se han sometido a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), administrado por el Banco Mundial con sede en Washington, cuyos laudos son irrecurribles ante instancia nacional alguna. A lo que debe agregarse el enorme impacto que viene causando la adopción de normativas, de origen convencional o legal, que admiten la aplicación de derechos “no estatales”, como usos y costumbres internacionales, principios, etcétera. Y, sobre todo en los últimos lus-

tros, la ratificación masiva de instrumentos internacionales que consagran y resguardan el arbitraje, complementada muchas veces con la adopción de normativas ceñidas a la ley modelo que a instancias de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL), a partir del año 1985, viene inspirando reformas legislativas en el área.

Este no es el escenario de las CIDIP en los setenta; pero es un ambiente al que las CIDIP definitivamente favorecieron –desde su ámbito– a crear en el continente. Sus instrumentos, muchos de ellos con soluciones de avanzada, han contribuido a la homogeneización de cuestiones privadas transfronterizas en distintos derechos estatales del continente que, o los ratificaron, o en sus reformas los tomaron como modelo.

Pero el legado de las CIDIP va mucho más allá. Muchas de sus normas operan de hecho como un “caballo de Troya” en los derechos estatales que las reciben, puesto que ellas “transnacionalizan” las soluciones jurídicas del hipotético o eventual caso cuando, por ejemplo, dan virtualidad a principios reconocidos por organizaciones internacionales, usos y costumbres, o las respuestas equitativas que deban darse al caso más allá de la aplicación de “derechos estatales”, según la feliz fórmula de la convención de la OEA, que contiene normas generales sobre Derecho internacional privado.

Se va destruyendo así la idea tan arraigada de que el derecho se agota en la norma estatal. El siguiente paso, entonces, es que las CIDIP sean consecuentes con lo que va emergiendo de sus productos y ponga ahora un particular énfasis en la fecundación de instrumentos no estatales, al menos en lo que a su entrada en virtualidad se refiere. El mensaje será muy fuerte y contribuirá al necesario *aggiornamento* de operadores vinculados al quehacer jurídico del continente, muchos aún imbuidos de la concepción estatista del derecho que bebieron por tantos años.

Ríos de tinta se han escrito ya sobre el pasado y posibles escenarios futuros de las CIDIP, de parte de grandes maestros que mucho

conocen de la problemática, como los maestros OPERTTI, MAEKELT, FERNÁNDEZ ARROYO y varios otros, a cuyos conocidos trabajos nos remitimos. El tema es realmente vasto y envuelve numerosas aristas, para cuyo tratamiento evidentemente quedaría estrecho este espacio. Por lo demás, no constituye objetivo de esta contribución señalar errores en el pasado, como la duplicación de esfuerzos con otros desplegados en otros ámbitos sin la coordinación deseable, en algunos casos. Tampoco se entrará al detalle de los aciertos de las CIDIP, al haber generado instrumentos de positivo impacto en el Derecho internacional privado de los países que los han incorporado ulteriormente, o al haberse erigido muchas veces en un efectivo foro de tratamiento de cuestiones que afectan el quehacer transfronterizo en el continente, aglutinando en torno a ellas a académicos de mucho prestigio y recibiendo en diversas ocasiones merecida atención de parte de organismos internacionales y gobiernos. Otros ya han agotado el tema hasta el hartazgo.

Este artículo pretende brindar un aporte mucho más modesto, pero a la vez, si se quiere paradójicamente, ambicioso, que es el siguiente: las CIDIP futuras deben girar el énfasis hacia la generación de productos futuros que no requieran de adopción “formal” de parte de los Estados, como ocurre con las propuestas de convenciones o leyes modelo. La concepción de otros tipos de instrumentos puede conllevar la mejor calidad final de los productos, a la vez que evitar la superposición con otros esfuerzos de homogeneización normativa que se están llevando adelante a nivel mundial e incluso regional. Explayemos.

Las convenciones y otros instrumentos normativos, como las leyes modelo o guías legislativas, por ejemplo, normalmente resultan producto de arduos debates, en los que participan, no solo expertos, sino otros negociadores sin la preparación debida en no pocas ocasiones, que van haciendo concesiones o excluyendo el tratamiento de temas que resultan “sensibles” en las discusiones. Este juego político afecta la calidad del producto, no solo por la forma en que se desarrolla, sino por quiénes terminan participando –generalmente con preponderan-

cia— en los debates, muchas veces no precisamente académicos de jerarquía.

La grandeza del régimen jurídico más aplaudido en la historia, el derecho romano, radica precisamente en que gran parte de su esplendor se debe a que se han encontrado allí mecanismos para que las mejores mentes jurídicas fueran quienes tuvieran prácticamente el monopolio en la construcción del mismo en cuestiones capitales, merced fundamentalmente al derecho de interpretación —y fijación del derecho— que ejercía aquella casta de sabios investidos del *ius respondendi ex auctoritate principis*, debido al peculiar esquema ideado en aquella época. Dentro de una coyuntura distinta, el mismo monopolio de hecho lo llegaron a tener los grandes académicos a partir del bajo medioevo en la construcción doctrinaria del llamado *ius commune* para Europa, que fue tomado como base luego para la codificación decimonónica. La idea de la codificación, no mala en sí en cuanto que pretendía la simplificación del derecho, llevó como consecuencia —en paralelo, también, a desarrollos teóricos en ese sentido— a una concepción jurídica de que su producción solo puede originarse del Estado, y su interpretación solo puede ceñirse a hurgar lo pretendido por autoridades estatales al “crear” la norma. De hecho, fue pasando así el monopolio de instauración del derecho a legisladores, burócratas —en la esfera administrativa— y, en el plano internacional, a negociadores, muchas veces avezados diplomáticos, pero sin la preparación debida para la amplia variedad de temas que vinieron siendo objeto de encapsulamiento en tratados y otros instrumentos internacionales.

¿Qué pasó entonces? Sencillo. Los grandes juristas ya no inciden en la conformación del derecho, al menos no con la efectividad y fuerza de los prohombres de la Roma antigua ni de épocas medievales. Según se cree —aún hoy con mucha fuerza— el derecho se agota en la ley en sentido amplio (convención, ley, reglamento, etcétera) o en lo que pueda “exprimirse” de ella, ley que por lo general no la elaboran las mejores mentes jurídicas o cuyo contenido, negociado o transigido, según se

dijo, no resulta del todo apto. Consecuentemente, se tiene un derecho de menor calidad, proliferando en producción desordenada a medida en que se entrecruzan propuestas de políticos, legisladores, diplomáticos o negociadores, entre otros, generándose muchas leyes –en el sentido amplio– poco efectivas en proporción, debido a todo lo que se viene haciendo notar aquí.

UNIDROIT, acrónimo con el que se ha vuelto mundialmente famosa la institución intergubernamental con sede en Roma, ha encontrado un ingenioso mecanismo para lograr la generación de instrumentos jurídicos de parte de, quizás, las más brillantes mentes de nuestro tiempo en materia contractual, con las entregas en 1994 y –con complementos y adecuaciones menores en 2004–, de los “principios” atinentes a lo medular de los convenios, como formación, contenido, interpretación y terminación, entre otros temas. Estos instrumentos, precedidos de un preámbulo o explicitación de sus objetivos, comprenden reglas – algunas de textura amplia, como las relativas a la buena fe– comúnmente seguidas de comentarios y ejemplificaciones. En lo que aquí nos interesa, fundamentalmente, los principios contractuales de UNIDROIT, no están destinados a obtener sanción estatal. Lo que ha facilitado que el monopolio de su elaboración quedara en manos de académicos de gran valía aglutinados en torno a este organismo, los que no necesitaban transigir por supuestos “intereses estatales”, rótulo bajo el cual – por lo demás– muchas veces se esconde ignorancia o improvisación, sobre todo cuando se trata de cuestiones relativas a la contratación transfronteriza. Allí comúnmente no existen estos “intereses” de parte de los Estados, sino simplemente de particulares. Y en todo caso los intereses deberían ser convergentes: proteger el recto comercio, apuntar hacia reglas claras que permitan una adecuada generación de la riqueza con ganadores en todos los bandos del comercio internacional, etcétera.

¿Un Código de Contratos sin sanción estatal? ¡Qué herejía para los cultores de la concepción de que el derecho deriva solo del Estado! Sin embargo, este magnífico trabajo de UNIDROIT no solo ha sido invoca-

do reiteradamente –muchas veces en causas de suma trascendencia– por árbitros, jueces y hasta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sino incluso ha inspirado reformas normativas en los derechos contractuales que rigen hoy una porción importante de la población mundial, como ha ocurrido en China Continental, Japón, Federación Rusa y Alemania, entre otros países. Además, ha servido como lazo para un mejor entendimiento de los diversos regímenes jurídicos por parte de los académicos de la materia, que tienen hoy –o al menos deberían poseerla– una visión más cosmopolita, más aún al estar disponibles por la vía virtual los precedentes judiciales y arbitrales más importantes de los que se tiene noticia, haciendo aplicación de los principios contractuales referidos.

Lo de UNIDROIT resulta realmente digno de emular y de hecho así ha ocurrido en Europa, que cuenta también hoy –a partir del año 1999 y luego 2003 el complemento– con sus “Principios de Derecho Contractual”, concebidos de manera análoga a los de aquel organismo intergubernamental, y con contenido muy parecido, con el importante agregado de que se incluyen además allí estudios comparativos de las soluciones de los distintos países de la Unión Europea, facilitando así no solo el entendimiento recíproco, sino eventuales proyectos reformistas que pretendan encararse allí. También estos principios europeos han sido citados en arbitrajes y en fallos judiciales, incluso del conservador derecho inglés cuyas peculiaridades son bien conocidas, no obstante lo cual, demuestra una apertura a recoger esta iniciativa de tan alta calidad académica, hasta de parte de su más alto tribunal, la Cámara de los Lores. Lo propio ha ocurrido en tribunales de otros países europeos, e incluso más allá, como por ejemplo hasta en el propio continente americano, con precedentes importantes tanto en el Norte como en el Sur.

UNCITRAL ha logrado también con ingenio, aglutinar juristas brillantes en torno a sus esfuerzos, sobre todo porque sus productos los elabora en Grupos de Trabajo, en los que inciden fuertemente académicos de fuste, cuyo resultado ya prácticamente “cocinado”, se aprueba

luego en la instancia política, por así decirlo, que es la reunión anual de la Comisión a la que asisten los representantes de los países –por fortuna en muchos casos también académicos– además de las instituciones observadoras, por lo general instituciones como la propia UNIDROIT, que conducen importantes proyectos de investigación con el concurso de la *intelligentsia* jurídica. Cabe agregar que, amén de este importante componente académico ínsito en sus productos, UNCITRAL se ha abocado en generar instrumentos que no sean necesariamente tratados o leyes modelos. Guías legislativas, con meras indicaciones de regulaciones deseables, incluso con alternativas de solución en un sentido u otro para algunos casos, además de recomendaciones, notas e incluso “interpretaciones”, como las que se hicieron recientemente con respecto a un texto no claro de la Convención de Nueva York de 1958 que regula la ejecución de laudos arbitrales.

Esto último acarrea potenciales consecuencias fecundísimas. UNCITRAL no elabora un nuevo tratado para modificar la Convención de Nueva York, puesto que este nuevo instrumento requeriría nuevamente del engorroso trámite de ratificaciones para su adopción estatal. Sin embargo, en el fondo se modifica el tratado con esta interpretación “oficial” del organismo, sobre todo si se considera que no era la única que cabía, sin que este nuevo derecho, para adquirir virtualidad, requiera “sanción estatal”.

Es cierto que los tribunales podrán desatender esta interpretación. Pero aquí entramos en otro problema. Los jueces también desatienden textos con sanción estatal. Por ejemplo, en materia de Derecho internacional privado, en reiteradas oportunidades se han dejado de lado reglas taxativas sustituyéndolas por interpretaciones basadas en principios amplios o “válvulas de escape”, como el orden público, por citar un ejemplo bien conocido. Esto en definitiva depende del grado de desarrollo y de apertura del derecho y de los tribunales de un país, para lo que en mucho contribuye obviamente su marco normativo, pero quizás en considerable mayor medida el grado de preparación de sus jueces y operadores jurídicos. Grandes comparatistas han puesto énfasis

sis en que el cambio de regímenes jurídicos, desde luego, no pasa solo por una transformación de sus normas, sino fundamentalmente de mentalidades, puesto que existen preconceptos, formas de razonar y hábitos arraigados que solo se destierran con mucho esfuerzo que comprende una paciente y abarcativa labor de formación.

Pero volvamos a lo medular de la contribución. El derecho ha sido mayormente no estatal –en sus orígenes– a lo largo de casi toda su historia y hoy, luego del encandilamiento engecedor de la codificación, puede observarse que la comunidad internacional está nuevamente preparada para admitir que así sea, al menos cuando no existan cuestiones de soberanía o protección de intereses superiores (como de defensa de valores fundamentales, de la economía o de partes débiles, muchas veces referidas como asuntos de “orden público”).

Y aquí volvemos de lleno a la disyuntiva ante la que se encuentran las CIDIP. Estas podrían y –de hecho– deberían seguir ocupándose de regular cuestiones que ineludiblemente requieran, para su implementación, de una adopción formal por los Estados, a través de tratados o leyes modelo, por ejemplo, sobre todo para ir aproximando las soluciones de tinte imperativo “o de orden público” de los distintos países del continente. Porque esta es la real valla a la homogeneización: el orden público concebido de manera disímil. Pero las CIDIP deberían hacer preponderar en el futuro sus esfuerzos para la generación de instrumentos que no requieran necesariamente de incorporación estatal para adquirir efectividad.

¿Cuáles serán las consecuencias naturales? Fecundísimas. Mencionemos las más importantes. Una, asegurar que los académicos o las mejores mentes jurídicas del continente sean los protagonistas, puesto que no habrá tratado ni texto legislativo que negociar, al menos con un pretendido “interés estatal” detrás. Segunda, dejar abiertas las posibilidades a que exista un número mucho mayor de iniciativas, al hacer accesible un canal hacia el que efectivamente los académicos pueden conducir sus investigaciones de manera apropiada, en la seguridad de que no habrá “intereses estatales” que por ese solo hecho, irracional-

mente, obstaculicen la efectividad de los trabajos presentados. La agenda de las CIDIP podrá ser mucho más abierta y deberían existir menos reticencias para la aprobación de los productos, que se impondrán o no en el mercado jurídico por su eventual calidad intrínseca y no por el guiño que le hagan los Estados o sus negociadores. Pero el legado más importante será el siguiente: se romperá con la concepción exclusivamente estatista del derecho en cuanto a su génesis, fuertemente imperante aún hoy, que constituye una seria valla para que el accionar transfronterizo se desenvuelva en un marco apropiado de seguridad jurídica, según se ha fundamentado ya.

Las iniciativas podrían ser muy variadas. Por ejemplo, se podría relevar la jurisprudencia continental en áreas abarcadas por convenciones de las anteriores CIDIP, a fin de detectarse la efectividad de su implementación y, en su caso, las disparidades interpretativas para luego proponerse, al igual que se ha hecho en UNCITRAL en el ejemplo arriba referido, una salida deseable. UNCITRAL ha entendido muy bien que sus textos uniformes, sin interpretación uniforme, de poco sirven. De allí que administre un sistema de registro de los casos jurisprudenciales producidos en los cinco continentes, conocido como CLOUT, a cargo de los mismos académicos que actúan como corresponsales. Esto de por sí genera un clima cosmopolita y un mejor entendimiento de lo foráneo, como presupuesto indispensable para cualquier esfuerzo homogeneizador.

Este entendimiento se está logrando en Europa por distintas otras vías, como por ejemplo a través de una iniciativa de “casebooks”, en que se reúnen en libros temáticos la legislación, jurisprudencia y doctrina de distintos países a fin de que puedan comprenderse mejor sus soluciones. Esto puede hacerse en América, por ejemplo, efectuándose un comparativo con las soluciones de UNIDROIT en materia contractual, como sistema neutral a partir del cual puedan detectarse las divergencias.

Pero no debe caerse en el error de duplicar innecesariamente esfuerzos –según críticas que se han formulado también a las CIDIP–

sobre todo ante temas que no ameritan un tratamiento regional sino global de los que ya se encuentran ocupando con efectividad en otras instancias. Para mantener el ejemplo, si los Principios UNIDROIT gozan del guiño de la comunidad internacional, y no hay justificativo regional para apartarse de ellos, no tendría sentido que se elaboren los “Principios de Derecho Contractual para América”. Mucho más útil y efectivo será sí contar con estudios comparativos serios con respecto al estado de los distintos derechos contractuales del continente vs. los Principios UNIDROIT. Ya no generarán entonces las CIDIP documentos contradictorios con otros de amplia aceptación mundial, y sí se concentrarán en temas en los que efectivamente se pueden hacer aportes importantes, teniendo en miras siempre que el derecho se está desestatizando, proceso que se profundizará en los años siguientes según se viene argumentando. De paso puede enfatizarse en la pretensión de acercamiento de soluciones de tinte imperativo o de orden público de los diversos países, en los que no cabe sino la intervención estatal, por supuesto, a cuyo respecto el accionar de las CIDIP debería ser bien pragmático y no pretensioso, en cuanto al alcance de cada instrumento generado, puesto que aquí sí pueden presentarse trabas importantes. Pero esto ya es harina de otro costal.

Unas CIDIP dominadas –en el buen sentido– por las mejores mentes jurídicas del continente, encarando múltiples iniciativas y con productos que en su mayor parte no requerirán de la incorporación efectiva por los Estados ni se superpondrán innecesariamente con los generados en otras instancias mundiales o regionales. Tal debería ser el derrotero. Se hicieron muchas cosas bien. Las CIDIP gozan de un merecido prestigio. Pero se impone el giro –o un particular énfasis, si se quiere– en el sentido propuesto en este trabajo, para estar a tono con el derecho que se viene, con el derecho que ya está incluso allí hoy, transnacionalizado en muchos aspectos, lo admitan o no los Estados. ¿Quo Vadis, CIDIP? Quienes pueden incidir en ellas tienen la palabra. Contemplan con satisfacción el pasado, o portarán la antorcha al futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- H. ACCIOLY, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958
- M. M. ALBORNOZ, “El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales entre los Estados del Mercosur”, publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLII, N° 125, mayo-agosto de 2009
- P. M. ALL, *El Diseño y la Progresiva Construcción de un Sistema de Protección del Consumidor a Escala Americana, Avances y Desafíos Pendientes*
- H. ALVAREZ, “Guiado por una mano invisible. El orden público al amparo del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, Lima, Editoria Jurídica Grijley, 2005
- R. ALVARES GASPAR, *Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil*, São Paulo, Editora Atlas, 2009
- R. AMISSAH, “Revisiting the Autonomous Contract, Transnational contracting, trends and supportive structures”, en www.lexmercatoria.org
- L. ANTONIOLLI / F. FIORENTINI (eds.), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference by the Common Core Evaluating Group – Draft*, Prepared by the Common Core Evaluating Group, Trento / Trieste, 2009, <http://www.common-core.org/books.html>

- V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, Traducción de la Segunda Edición Italiana, Madrid, Editorial Reus, 1994
- N. DE ARAÚJO, *Contratos internacionais*, 2ª Ed., Río de Janeiro, Librería e Editora Renovar Ltda., 2000
- J-M. ARRIGHI, “El proceso actual de elaboración de normas Interamericanas”, en *Jornadas de Derecho Internacional*, Córdoba, Argentina, Organizadas por la Universidad Nacional de Córdoba y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2001
- B. AUDIT, *Droit International Privé*, Cinquième Edition, Paris, Editorial Economica, 2008
- B. AUDIT, “Le Caractère Fonctionnel de la Règle de Conflit (sur la “crise” des conflits des lois)”, *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1984, III, Tome 186 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1985
- J. J. BARCELÓ III / A. T. VON MEHREN / T. VÁRADY, *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, Fourth Edition, Thomson Reuters, 2009
- J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO (EDS.), *Legal Aspects of Globalization, Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, The Hague / London / Boston, Kluwer Law International, 2000
- J. BASEDOW, “Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG”, *25 International Review of Law and Economics*, September 2005
- K. P. BERGER, “International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *46 Am. Comp. L. J.* 129

- H. J. BERMAN: "Is Conflict-of-Laws Becoming Passe?, An Historical Response", *Emory University School of Law, Public Law & Legal Research Paper Series, Research Paper N° 05-42*, <http://papers.ssrn.com/abstract=870455>)
- H. J. BERMAN, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge / London, Harvard University Press, 1983
- H. J. BERMAN, *Law and Revolution, II, The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge / London, Harvard University Press, 2003
- H. J. BERMAN / F. J. DASSER, "The "new" law merchant and the "old": sources, content, and legitimacy", en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998
- G. A. BERMAN, "Rome I: A Comparative View", en F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009
- M. BLESSING, "Choice of Substantive Law in International Arbitration", *Journal of International Commercial Arbitration*, Vol. 14 N° 2, (Kluwer CD), June, 1997
- A. BOGGIANO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993
- M. J. BONELL, "International Uniform Law in Practice – Or Where the Real Trouble Begins", en *The American Journal of Comparative Law* (38 *American Journal of Comparative Law* 865), 1990
- M. J. BONELL, "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences in Practice", www.unidroit.org
- A. BONOMI, "The Principles of Party Autonomy and Closest Connection in the Future EC Regulation "Rome I" on the Law Applicable to Contractual

- Obligations”, en *DeCITA, Derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 2005
- P. J. BORCHERS, “The Triumph of Substance over Rules of Choice in International Commercial Transactions: From the Lex Mercatoria to Modern Standards”, en M. J. RAISCH / R. I. SHAFFER (eds.), *Introduction to Transnational Legal Transactions*, New York y otras, Oceana Publications Inc., 1995
- G. B. BORN, *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials*, Second Edition, Transnational Publishers Inc. / Kluwer Law International, 2002
- J. BOSCO LEE, *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do MERCOSUL, 1ª Ed* (año 2002), 3ª tir., Curitiba, Juruá, 2004
- L. A. BREUER, “Una breve introducción al arbitraje comercial internacional”, en J. A. Moreno Rodríguez (Coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Intercontinental Editora, 2003
- A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2002
- L. BRILMAYER, *Conflict of Laws*, Second Edition, United States of America, Aspen Law & Business, 1995
- C. N. BROWER, “W(h)ither International Commercial Arbitration?” – *The Goff Lecture*, 2007
- M. BUSSANI, “Current Trends in European Comparative Law: The Common Core Approach”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, Summer, 21 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 785, 1998
- J. W. CAIRNS, “Development of Comparative Law in Great Britain”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006

- R. J. CAIVANO, “Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros”, en A. N. Pucci (Coord.), *Arbitragem Comercial Internacional*, São Paulo, Editorial LTr, 1998
- G.-P. CALLIES, “Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report, The European Commission’s Action Plan COM (2003) 68 final and the Green Paper on the Modernisation of the 1980 Rome Convention COM (2002) 654 final”, en *German Law Journal*, www.glj-pdf.de
- F. CALLIZO, “Medidas Cautelares en el Arbitraje”, en J. A. Moreno Rodríguez (Coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Intercontinental Editora, 2003
- A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de junio de 1980”, en A. L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dir.), P. Blanco-Morales Limones (Coord.), *Contratos Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1997
- F. CANTUARIAS SALAVERRY, “Marco legal aplicable al arbitraje en el Perú: Ley General de Arbitraje y legislación aplicable al Estado peruano”, en C. A. SOTO (dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008
- T. E. CARBONNEAU, “The Remaking of Arbitration: Design and Destiny”, en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998
- J. CARBONNIER, *Derecho Civil*, T. II, Vol. II, Traducción por Manuel M. ZORRILLA RUIZ, Barcelona, Editorial Bosch, 1971
- D. S. CLARK, “Development of Comparative Law in the United States”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006

- T. CLAY, “La Convención de Nueva York desde la perspectiva de la doctrina francesa”, en *Revista Internacional de Arbitraje*, Julio-Diciembre 2008, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis Editora, 2008
- H. COING, *Derecho Privado Europeo*, T. I, Madrid, Editorial Fundación Cultural del Notariado, 1996
- W. COLLINS PERDUE / A. T. VON MEHREN / S. C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws: American, Comparative, International, Cases and Materials, American Casebook Series*, St. Paul, West Group, 1998
- A. COLMO, *Técnica Legislativa del Código Civil Argentino*, Segunda Edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961
- C. CONEJERO ROOS, “El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Un Panorama General”, en C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial*, España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009
- C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial*, España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009
- L-J. CONSTANTINESCO, *Tratado de Derecho Comparado*, Volumen I, Madrid, Editorial Tecnos, 1981
- I. M. COPI, *Introducción a la Lógica*, Traducción de la 4ta Edición Inglesa (1972), Buenos Aires, Editorial EUDEBA, 1985
- M. COPPETT / P. DE OLIVEIRA AREAS / L. OTAVIO PIMENTEL, en el capítulo sobre Brasil de la obra C. ESPLUGUES MOTA / D. HARGAIN / G. PALAO MORENO (dirs.), *Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Montevideo / Buenos Aires, Editorial B de f, 2008

- L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSSON, en *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications, 2000
- J. H. DALHUISEN, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Portland, Hart Publishing, 2000
- R. DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Traducción al portugués de Hermínio A. CARVALHO, 4ª Edición, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2002
- F. DE LY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Netherlands, Elsevier Science Publishers B. V., 1992
- Y. DERAINS, *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*, Kluwer CD, N° 10
- Y. DERAINS, "The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration" en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Volume 6 / N° 1, 1995
- Y. DERAINS / E. A. SCHWARTZ, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, México, D.F., Oxford University Press, 2001
- Y. DEZALAY / B. G. GARTH, *Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago / London, The University of Chicago Press, 1996
- 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
- A. DICEY / J. MORRIS, *On The Conflict of Laws*, Eleventh Edition under the general editorship of Lawrence Collins, Vol. 1, Steven & Sons Limited, 1987
- L. DÍEZ-PICAZO / E. ROCA TRÍAS / A. M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2002

- J. DOLINGER, *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*, 6ª edición ampliada y actualizada, Río de Janeiro / São Paulo, Editorial Renovar, 2001
- A. DREYZIN DE KLOR / T. SARACHO, *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, Buenos Aires, La Ley, 1995
- L. ENNECCERUS y otros, *Derecho Civil, Parte General*, Vol. II
- J. M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997
- C. ESPLUGUES MOTA / D. HARGAIN / G. PALAO MORENO (dirs.), *Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Montevideo / Buenos Aires, Editorial B de f, 2008
- E. A. FARNSWORTH, "The Role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (2): a US Perspective on their Aims and Application" – *Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin*
- B. FAUVARQUE-COSSON, "Development of Comparative Law in France", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006
- S. L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, "El orden público internacional: una mirada desde el Derecho internacional privado contemporáneo", en *Derecho privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001
- D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Acerca de la Necesidad y las Posibilidades de una Convención Interamericana sobre Competencia Judicial en Casos de Derecho Internacional Privado*
- D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional", en D. P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estaos del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 2003

- D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado Interamericano, Evolución y Perspectivas*, Santa Fé, Rubinzal – Culzoni Editores, 2000
- D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba, Editorial Advocatus, 1998
- D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “El Derecho Internacional Privado en el MERCOSUR: ¿Hacia un Sistema Institucional”, en *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el Umbral del Siglo XXI?*, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Segovia, 1995, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado, Madrid, EurolexSL, 1997
- D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada por a CIDIP-V”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, N° 5933, 1995
- D. FERNÁNDEZ ARROYO, “Los Dilemas del Estado Frente al Arbitraje Comercial Internacional”, en *Revista Brasileira de Arbitragem*, Año II, No. 5, IOB Thomson y Comité Brasileiro de Arbitragem, 2005
- D. P. FERNÁNDEZ ARROYO / C. FRESNEDO DE AGUIRRE, “Obligaciones contractuales: aspectos generales”, en D. P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 2003
- D. Fernández Arroyo / J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *Protección al Consumidor en América – los Trabajos de la CIDIP (OEA)*, Asunción, Editorial La Ley Paraguaya, 2007
- J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *ius mercatorum, Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Editorial Colegios Notariales de España, 2003
- J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Las Relaciones entre España e Iberoamérica y la Codificación Internacional del Derecho Internacional Privado”, en *El Derecho*

- Internacional Privado Interamericano en el Umbral del Siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado*, Segovia, 1995, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado, Eurolex SL, Madrid, 1997
- J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Segunda Edición, Madrid, Editorial Civitas Ediciones, S.L., 2001
- C. A. FILÁRTIGA LACROIX, “Análisis comparativo de la Ley de Arbitraje y Mediación con respecto a la Ley Modelo”, en J. A. Moreno Rodríguez (Coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, 2003, Intercontinental Editora
- FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN, en E. GAILLARD / J. SAVAGE (eds.), *International Commercial Arbitration*, 1999
- C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991
- C. FRESNEDO DE AGUIRRE / R. HERBERT, “Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002
- C. FRESNEDO DE AGUIRRE / G. A. LORENZO IDIARTE, en el sitio <http://asadip.wordpress.com> (último acceso: 8 de marzo de 2010)
- E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Les Livres de Poche de L'Academie de Droit International de La Haye, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008
- E. GAILLARD, “El asunto ‘KBC c. Pertamina’ y el reencuentro del juez norteamericano con la postura favorable al reconocimiento de las sentencias anuladas en el Estado de origen”, en *Revista DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, 03.2005, *Inversiones extranjeras*

- L. DA GAMA E SOUZA JR., “Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais e sua Aplicação nos Países do MERCOSUL”, en *Contratos Internacionais*, 3ª Edición, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002
- L. GAMA JR., *Contratos Internacionais a luz dos Principios do UNIDROIT 2004*, Río de Janeiro y otras, Editora Renovar, 2006
- J. M. GARCÍA REPRESA, en J. M. García Represa / F. Mantilla-Serrano / A. Mourre / C. Núñez-Lagos (coords.), “Panorama de Jurisprudencia Francesa” (por el Capítulo Francés del Club Español del Arbitraje), *Revista del Club Español del Arbitraje* – 3/2008
- A. GARRO, “Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, en L. O. Baptista y otros (org.), *Direito e comércio internacional. Tendencias e perspectivas*, São Paulo, Ltr. Editora Ltda.
- A. GARRO / A. L. ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1990
- M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe Relativo al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales”, DOCE C 327, de 11 de diciembre de 1992 / C. Esplugues (coord.), *Contratación Internacional*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1994
- H. P. GLENN, “An International Private Law of Contract”, en *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001
- H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Second Edition, New York, Oxford University Press, 2004
- GOLDMAN, en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998

- W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, Octava Edición, Reimpresión, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997
- S. GONZÁLEZ / F. GÓMEZ, “Arbitraje Comercial Internacional en Uruguay: Marco Legal y Jurisprudencial”, en C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial*, España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009
- K. GONZÁLEZ ARROCHA / L. SÁNCHEZ ORTEGA, “Arbitraje Comercial Internacional en Panamá: Marco Legal y Jurisprudencial”, en C. Conejero Roos y otros (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial*
- M. GONZALO QUIROGA, *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2003
- R. GOODE, “International Restatements of Contract and English Contract Law 1997-1”, *Uniform Law Rev* 231
- R. GOODE, “Reflections on the Harmonization of Commercial Law”, en R. CRANSTON / R. GOODE (eds.), *Commercial and Consumer Law*, Capítulo 1, reproducido con cambios menores en 1991 (1 *Uniform Law Review* 54)
- R. GOODE, “The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration”, *Arbitration International*, Vol. 17 N° 1, 2001
- R. GOODE, “Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law”, 46 *ICLQ* 1, 1997
- J. GORDLEY, “Comparative Law and Legal History”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006
- J. GORDLEY, *Foundations of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006

- E. GRANDE, "Development of Comparative Law in Italy", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006
- J. GRANDINO RODAS, "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente As Obrigações Contratuais", en *Contratos Internacionais*, 3ª Edición, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002
- R. H. GRAVESON, *Comparative Conflict of Laws, Selected Essays*, Volume I, Ámsterdam y otras, North-Holland Publishing Company, 1977
- M. GRAZIADEL, "Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006
- H. A. GRIGERA NAÓN, "Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks", *Freshfields Lecture, Arbitration International*, Volume 21 Number 2, 2004
- H. A. GRIGERA NAÓN, "El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR: un Análisis Crítico", en *Revista Brasileira de Arbitragem*, Coedición de Sintese y el Comité Brasileiro de Arbitragem, N° 1, jul / out 2003
- H. GRIGERA NAÓN, "Los árbitros internacionales: ¿pueden o deben aplicar leyes de policía?", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002
- H. GRIGERA NAÓN, "Orden Público y Arbitraje", en A. N. Pucci (Coord.), *Arbitragem Comercial Internacional*, São Paulo, Editora Ltr, 1998
- H. GRIGERA NAÓN, *Public Policy and International Commercial Arbitration: The Argentine Perspective* (Kluwer CD)

- U. P. GRUBER, "Insurance Contracts", en F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009
- H. C. GUTTERIDGE, *Comparative Law, An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Second Edition, Cambridge University Press, 1949
- A. GUZMÁN BRITO, *La Codificación Civil en Iberoamérica, Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000
- A. HARDING / E. ÖRÜCÜ (eds.), *W.G. Hart Legal Workshop Series, Comparative Law in the 21st Century*, London y otras, Kluwer Academic Publishers, 2002
- D. HARGAIN / G. MIHALI, *Régimen Jurídico de la Contratación Mercantil Internacional en el MERCOSUR*, Montevideo / Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 1993
- D. HARGAIN / G. MIHALI, capítulo de Uruguay, en C. ESPLUGUES MOTA / D. HARGAIN / G. PALAO MORENO (dirs.), *Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Montevideo / Buenos Aires, Editorial B de f, 2008
- P. HAY, "Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law, Reflections on Current European and United States Conflicts Law", *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1991, IV, Tome 226 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1992
- H. HEISS, "Party Autonomy", en F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009
- R. HERBERT, "La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", *RUDIP*, Año 1-Nº 1

- E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina”, en *DeCITA 9, derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Asunción, CEDEP, 2008
- E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “Personajes para una biografía del derecho internacional privado latinoamericano”, *Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 133, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2009
- V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux, Étude critique des méthodes*, Lille, GLN Éditions, 1990
- G. HORSMANS, “Actualité et évolution du droit belge de l’arbitrage”, en *Revue de l’arbitrage*, 1990 - N° 4
- P. HUBER, “Comparative Sales Law”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006
- P. HUBER, “Some introductory remarks on the CISG”, en *Internationales Handelsrecht (6/2006)*, European Law Publishers, 2006
- R. ILLESCAS ORTIZ / P. PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2003
- E. JAYME, “Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Post-moderne”, *Cours général de droit international privé, Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1995*, IV, Tome 251 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1996
- D. JIMÉNEZ FIGUERES, “Renuncia al Recurso de Anulación contra el Laudo: Alcances y Análisis Comparativo”, en C. A. SOTO (dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008

- F. K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Special Edition, New York, Transnational Publishers, 2005
- F. K. JUENGER, "Contract Choice of Law in the Americas", en *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 195)
- F. K. JUENGER, "General Course on Private International Law" (1983), *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985, IV, Tome 193 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1986
- F. K. JUENGER, "The Lex Mercatoria and Private International Law", *Louisiana Law Review*, Summer, 2000 (60 La. L. Rev. 1133)
- F. K. JUENGER, "The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law", en *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998
- O. KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, A.W. Sijthoff – Leyden, 1974
- G. KAUFMAN-KOHLER, "Enforcement of Awards – A Few Introductory Thoughts", en *ICCA Congress series N° 12*, 2005
- G. KEGEL, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter 3, Fundamental Approaches, Tübingen y otras, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) / Martinus Nijhoff Publishers, 1986
- J. KLEINHEISTERKAMP, "Development of Comparative Law in Latin America", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006
- H. KRONKE, "The Scope of Party Autonomy in Recent UNIDROIT Instruments and the Conflict of Laws in the MERCOSUR and the European Union",

en *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Opertti Badán*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005

- A. KUPFER SCHNEIDER / C. J. MENKEL-MEADOW / L. PORTER LOVE / J. R. STERNLIGHT, *Dispute Resolution, Beyond de Adversarial Model*, New York, Aspen Publishers, 2005
- P. LAGARDE, "Public Policy", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 3, Capítulo 11, Tübingen y otras, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) / Martinus Nijhoff Publishers, 1994
- P. LALIVE, "Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration", *Commentary – Full Section, ICCA Congress Series*, N° 3, New York, 1986
- O. LANDÖ, "Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification", en *Uniform Law Review*, UNIDROIT, Roma, 2003
- O. LANDÖ, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", 34 *ICLQ* 747, 1985
- O. LANDÖ, "The Principles of European Contract Law and American Legal Thinking", en *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002
- F. H. LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, 1955, Connecticut, Greenwood Press Publishers, 1977
- C. LEATHLEY, *International Dispute Resolution in Latin America, An Institutional Overview*, Kluwer Law International, 2007
- A. LEÓN, "Reforma del Sistema Chileno de Derecho Internacional Privado", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002

- L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Editorial Basic Books, 1999
- J. D. M. LEW, "The UNIDROIT Principles as *lex Contractus* Chosen by the Parties and Without an Explicit Choice-of-Law Clause: The Perspective of Counsel" – Special Supplement 2002, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, ICC
- J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS / S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003
- C. LIMA MARQUES, "Las Teorías que se Encuentran Detrás de la Propuesta Brasileña a la CIDIP VII", en D. Fernández Arroyo / J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *Protección al Consumidor en América – los Trabajos de la CIDIP (OEA)*, Asunción, Editorial La Ley Paraguaya, 2007
- D. E. LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho, La transformación de la cultura jurídica lationamericana*, Editorial Legis, 2004
- Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8e édition, Éditions Dalloz, 2004
- A. F. LOWENFELD, "Lex Mercatoria: An Arbitrator's View", Special Supplement, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2002
- V. MACCHIA / I. ZAPIOLA, "El Arbitraje Comercial Internacional en Argentina: Marco Legal y Jurisprudencial", en C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial*, España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009
- T. B. de MAEKELT / C. RESENDE / I. ESIS VILLARROEL, *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Tomos I y II, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005

- U. MAGNUS, "Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice", en F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009
- A. F.M. MANIRUZZAMAN, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration", *14 Am. U. Int'l L. Rev.* 657
- F. MANTILLA-SERRANO, "Case Note: Termorío S.A. E.S.P. et al v. Electranta S.P. et al.", en *Journal of International Arbitration*, 25 – N° 3, 2008
- F. MANTILLA-SERRANO, "La Autonomía del Derecho del Arbitraje Internacional: ¿Hacia un Arbitraje Realmente Autónomo?", en F. Mantilla-Serrano (Coord.), *Arbitraje Internacional, Tensiones Actuales*, Bogotá, Legis Editores y Comité Colombiano de Arbitraje, 2007
- F. MANTILLA-SERRANO, "Towards a Transnational Procedural Public Policy", *Arbitration International*, Vol. 20 N° 4
- F. MANTILLA, en T. CLAY / M. GARCÍA REPRESA / F. MANTILLA-SERRANO / C. NÚÑEZ-LAGOS, Coordinación: A. Mourre / F. Mantilla Serrano, "Panorama de Jurisprudencia Francesa (por el Capítulo Francés del Club Español del Arbitraje)", *Revista del Club Español del Arbitraje* – 3 / 2008
- P. MAYER, "The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice" – Special Supplement 2002, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*
- P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit International Privé*, 7ma. Edición, Paris, Editorial Montchrestien, 2001
- J. H. MERRYMAN, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, Traducción de Eduardo L. SUÁREZ, Editorial México, Fondo de Cultura Económica, 2007
- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "Control de Plazos en el Procedimiento Arbitral", incluida ulteriormente en el libro: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de Con-*

tratación Internacional, Inversiones y Arbitraje, Asunción, Catena Editores y CEDEP, 2006

- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Derecho aplicable, orden público y el régimen arbitral paraguayo”, en *Revista Brasileira de Arbitragem*, N° 3, São Paulo, Coedición de IDB Thompson y el Comité Brasileiro de Arbitragem, 2004, reproducido también en *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*, Asunción, Catena Editores y CEDEP, 2006
- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, en la obra de C. Esplugues / D. Hargain (coords.), *Derecho del Comercio Internacional, MERCOSUR-Unión Europea*, Madrid y otras, Editoriales Reus y Bdef, 2005
- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “El Arbitraje y los Contratos con Cláusulas Predispuestas”, en *Publicación de la Cámara Nacional de Comercio de Uruguay*, Centro de Conciliación y Arbitraje, Centro de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Montevideo, 2000
- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “El Arbitraje Comercial Internacional en Paraguay: Marco Legal y Jurisprudencial”, en C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial*, España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009
- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “La Contratación Internacional: Régimen General”, en C. Esplugues Mota / D. Hargain (coords.), *Derecho del Comercio Internacional, MERCOSUR-Unión Europea*, Madrid y otras, Editoriales Reus y Bdef, 2005
- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “La Convención de México sobre el derecho aplicable a la contratación internacional”, en *Jornadas de Derecho Internacional*, U. Ottawa, Canadá, Publicación de la Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 2006
- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “La Interpretación del Contrato dentro del Nuevo Escenario Internacional”, en J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de Contrata-*

ción Internacional, Inversiones y Arbitraje, Asunción, Catena Editores y CEDEP, 2006

- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “La Interpretación del Contrato dentro del Nuevo Escenario Internacional”, en C. A. SOTO (dir.), *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Perú, Grijley, 2007
- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?” en *Revista Foro de Derecho Mercantil*, Bogotá, Editorial Legis, 2005
- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Nueva Lex Mercatoria: ¿Fantasma creado por profesores de La Sorbona?”, *Revista de Derecho Mercantil Internacional*, Colombia, Editorial Legis, 2003
- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Orden Público y Arbitraje”, *Revista Electrónica Lima Arbitration*, 2007 (http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf) / *Revista Foro de Derecho Mercantil*, N° 20, Bogotá, 2008 y en la obra J. Oviedo Albán (coord.), *Derecho Comercial en el Siglo XXI*, Bogotá, Editorial Temis, Universidad de la Sabana, 2008
- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Orden Público y Arbitraje”, en *Revista Foro de Derecho Mercantil*, N° 20, Bogotá, 2008
- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Orden Público y Arbitraje: Algunos Llamativos Pronunciamientos Recientes en el MERCOSUR y la Unión Europea”, C. SOTO, (Dir.), Lima, 2008
- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “*Quo Vadis CIDIP*”, en D. P. Fernández Arroyo / J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *Protección al Consumidor en América – Los Trabajos de la CIDIP (OEA)*, Asunción, Editorial La Ley Paraguaya, 2007
- J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*, Asunción, Catena Editores y CEDEP, 2006

- R. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, “Delocalización, la *lex loci arbitri* y la nueva Ley de Arbitraje y Mediación”, en J. A. Moreno Rodríguez (coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Intercontinental Editora, 2003
- J. H. C. MORRIS, *The Conflict of Laws*, Seventh Edition, David McClean and Kisch Beevers, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2009
- C. G. J. MORSE, “England”, en M. RUBINO-SAMMARTANO / C.G.J. MORSE (Eds.), *Public Policy in Transnational Relationships*, Deventer / Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991
- A. MOURRE, “La Responsabilidad Internacional del Estado por Incumplimiento de su Obligación de Ejecutar un Laudo Extranjero”, en C. A. SOTO (dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008
- H. MUIR WATT, “New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help?”, en M. VAN HOECKE (Ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004
- L. J. MUSTILL, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years”, en *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1999
- J. A.R. NAFZIGER, “In Memoriam: Arthur T. von Mehren”, *Harvard Law Review*, Volumen 119, N° 7, Mayo 2006
- N. L. NICOLAU, “Un “Código de los Contratos para el MERCOSUR”, *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, Asunción, 1996
- M. B. NOODT TAQUELA, “Arbitraje internacional entre particulares en el MERCOSUR”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996
- M. B. NOODT TAQUELA, “Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado*, Madrid, EUROLEX S.L., 1997

- M. B. NOODT TAQUELA, “Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños”, en D. P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 2003
- P. NYGH, “Arthur’s Baby: The Hague Negotiations for a World-Wide Judgments Convention”, en *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002
- M. OLIVENCIA, en *Diario ABC de Madrid*, 25 de setiembre de 2007 (accesible en dicha fecha en el sitio: http://www.abc.es/20070925/opinion-la-tercera/globalizacion-derecho_200709250303.html)
- D. OPERTTI BADÁN, “El Derecho Internacional Privado en tiempos de globalización”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Año VI, N° 6, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005
- D. OPERTTI BADÁN, “El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano”, en F. MESTRE / P. DE SEUME (eds.), *Los Principios de UNIDROIT: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?*, UNIDROIT, 1998
- D. OPERTTI BADÁN / C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Contratos Comerciales Internacionales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997
- B. OPPETT, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: Eduardo SILVA ROMERO / Fabricio MANTILLA ESPINOZA / José Joaquín CAICEDO DEMOULIN, Bogotá, Legis Editores, 2006
- J. OVIEDO ALBÁN, “La Costumbre en el Derecho Privado”, en J. Oviedo Albán (coord.), *Derecho Comercial en el Siglo XXI*, Bogotá, Editorial Temis, Universidad de la Sabana, 2008
- G. PARRA-ARANGUREN, “La Excepción de Fraude a la Ley en la Convención Interamericana sobre Normas de Derecho Internacional Privado (CIDIP-

- II, Montevideo, 1979)", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002
- C. PERELMAN, *Lógica Jurídica*, Traducción al portugués de la Edición de 1979, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2000
- L. PÉREZNIETO CASTRO, "Las Influencias Recíprocas entre la Codificación Interamericana y los Sistemas de Derecho Internacional Privado", en *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el Umbral del Siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado*, Segovia, 1995, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado, Madrid, Eurolex SL, 1997
- L. PEREZNIETO CASTRO, *Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie H: Estudios de Derecho Internacional Público, N° 27, Universidad Nacional Autónoma de México, México, DF, 1998
- P. PINSOLLE, "The Status of Vacated Awards in France: the Cour de Cassation Decision in Putrabali", *Arbitration International*, volume 24, issue 2, 2008
- B. PISANO, "La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado Paraguay", en *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, Año 32, N° 1, febrero 2009
- B-H. RAVA / L. DA ROS, "Posicionamentos da Magistratura brasileira sobre a nova *lex mercatoria*", en *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Volume 26, Dezembro 2006
- P. READ, "Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millenium", *10 American Review of International Arbitration* 177
- A. REDFERN / M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Third Edition, London, Sweet & Maxwell, 1999

- M. REIMANN, “Comparative Law and Private International Law”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006
- M. REIMANN, “Domestic and International Conflicts Law in the United States and Western Europe”, en *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001
- F. RIGAUX, *Derecho Internacional Privado*, Parte General, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1985
- J. C. RIVERA, “Arbitraje Comercial Internacional: La cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto”, en C. A. SOTO (dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008
- C. ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público*, 3ª Edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1966
- M. RUBINO-SAMMARTANO, “Italy”, en M. RUBINO-SAMMARTANO / C.G.J. MORSE (Eds.), *Public Policy in Transnational Relationships*, Deventer / Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991
- M. RUBINO-SAMMARTANO / C.G.J. MORSE (Eds.), *Public Policy in Transnational Relationships*, Deventer / Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991
- V. RUÍZ ABOU-NIGM, “The Lex Mercatoria and Its Current Relevance in International Commercial Arbitration”, en A. DREYZIN / D. FERNÁNDEZ ARROYO (dirs.), *Revista DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades, Arbitraje*, 02.2004
- R. RUIZ DÍAZ LABRANO, “La Ley aplicable y Jurisdicción competente en materia contractual desde la perspectiva del ordenamiento jurídico paraguayo”, en C. A. SOTO (dir.), *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, T. II

- J. SAMTLEBEN, citado por N. DE ARAÚJO (nota 232), p. 161. Ver también J. DOLINGER, "The Bustamante Code and the Inter-american Conventions in the Brazilian System of Private International Law", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002
- R. SANTOS BELANDRO, *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 2ª Ed., Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1998
- M. F. C. DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, Tomo Sexto, Segunda Edición, Madrid, Centro Editorial de Góngora
- P. SCHLECHTRIEM, "The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe" en *Oxford U Comparative L Forum 2* en www.ouclf.iuscomp.org, 2002
- R. SCHLESINGER, citado en "International Business Law: A New Law Merchant, II Current Law and Social Problems", 129 (1961), en C.-J. CHENG (ed.), *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*
- C. M. SCHMITTHOFF, "International Business Law: A New Law Merchant", en C.-J. CHENG (ed.), *II Current Law and Social Problems*, 129 (1961), Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law
- F. SCHULZ, *Principios del Derecho Romano*, Segunda Edición Revisada y Corregida, de la traducción de la obra al español, Madrid, Editorial Civitas, 2000
- I. SCHWENZER, "Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006
- A. SIERRALTA RÍOS, "Comentarios liminares del Derecho Internacional del Comercio: un enfoque latinoamericano", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002

- R. SILVA ALONSO, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, Asunción, Intercontinental Editora, 1995
- E. SILVA ROMERO, “Breves observaciones sobre los métodos de definición del contrato de arbitraje ‘internacional’”, en E. SILVA ROMERO (dir.), *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá, Editorial Legis, 2005
- G. J. SIMSON, “The Choice-of-Law Revolution in the United States: Notes on Rereading von Mehren”, *36 Cornell Int'l L.J.* 125, 2003
- J. L. SIQUEIROS, “Arbitral Autonomy and National Sovereign Authority in Latin America”, en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, a Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998
- 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
- J. L. SIQUEIROS, “Reseña General sobre la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre el Derecho Internacional Privado, CIDIP-V”, en *Cursos de Derecho Internacional, Serie Temática, Volumen I (Parte I): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*, Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2002
- H. SMIT, “Proper Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis”, en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998
- J. M. SMITS, “Comparative Law and its Influence on National Legal Systems”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006

- J. M. SMITS, "The Europeanisation of National Legal Systems", en M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004
- R. SOHM, *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*, 7a. Edición, Madrid
- I. STRENGER, "A Arbitragem como Modo de Inserção de Normas da Lex Mercatoria na Ordem Estatal", en *Revista Brasileira de Arbitragem*, Año 1, Número 3, São Paulo, Editora Sintese y Comité Brasileiro de Arbitragem, 2004
- S. C. SYMEONIDES, "Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law, en International Conflict of Laws for the Third Millenium", *Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001
- J. TÁLICE, "La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el Derecho Internacional Privado Uruguayo", en *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Opertti Badán*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005
- G. TEUBNER, "Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems", en *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 149)
- J. A. TONIOLLO, "Reflexiones acerca del Derecho Internacional Privado Latinoamericano: Especial Referencia al Ámbito del MERCOSUR", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002
- J. TRAMHEL, "UNIDROIT & OAS: Supplementary Initiatives for the Furtherance of International Contract Law", en F. MESTRE / P. DE SEUME (eds.), *Los Principios de UNIDROIT: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?*, UNIDROIT, 1998

- A. J. VAN DEN BERG, "Why Are Some Awards Not Enforceable", en *ICCA Congress series* N° 12, 2005
- W. VAN GERVEN, "Comparative Law in a European regionally integrated context", en: A. HARDING / E. ÖRÜCÜ (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, London y otras, Kluwer Law International, 2002
- H. VAN HOUTTE, "From a National to a European Public Policy", en *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002
- J. M. VELÁZQUEZ GARDETA, *La Protección al Consumidor Online en el Derecho Internacional Privado Interamericano*, Asunción, CEDEP, 2009
- G. VERHOESEL, *Una corte internacional de apelaciones: ¿un mal necesario?*
- H. VEYTIA, "La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", *JURÍDICA, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 25, México DF, Pereznieto Editores, 1995-II
- M. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*, traducción brasileña de la edición francesa, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2005
- M. VILLEY, *La formación del pensamiento jurídico moderno*, traducción al portugués, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2005
- F. VISHER, "General Course on Private International Law", *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992, I, Tome 232 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1993
- F. VISHER, "New Tendencies in European Conflict of Laws and the Influence of the U.S. Doctrine – a Short Survey", en *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002

- S. VOGENAUER, "Sources of Law and Legal Method in Comparative Law", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006
- C. VON BAR, "Comparative Law of Obligations: Methodology and Epistemology", en M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004
- C. VON BAR / E. CLIVE / H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Interim Outline Edition 3*, 2008
- R. VON IHERING, *El espíritu del Derecho romano*, Volumen 1, Ciudad de México, Oxford University Press, 2001
- A. T. VON MEHREN, "Arbitration Between Status an Foreign Enterprises. The Significance of the Institute of International Law´s Santiago de Compostela Resolution", 5 *ICSID Rev. – Foreign Investment L.J.* 54, 1990
- A. T. VON MEHREN, "La Conferencia de La Haya, ventas a los consumidores y el Reporte von Mehren", en D. P. Fernández Arroyo / J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *Protección de los Consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, Asunción, 2007
- A. T. VON MEHREN / S. C. SYMEONIDES, "A Gentle Giant", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 53, N° 3, Summer, 2005
- VV.AA., "El Arbitraje Comercial Internacional en Brasil: Marco Legal y Jurisprudencial", en C. Conejero Roos / A. Hierro Hernández-Mora / V. Macchia / C. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial*, España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009
- VV. AA., "The Common Frame of References for European Private Law - Policy Choices and Codification Problems", *Oxford Journal of Legal Studies*

- N.N., Forthcoming. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1269270>, sept. 17, 2008
- F. P. WALTON, "Cause and Consideration in Contracts", *CLXIII L.Q. Rev.*, 1925
- R. J. WEINTRAUB, "Lex Mercatoria and The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", en *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001
- S. WHITTAKER, *The 'Draft Common Frame of Reference', An Assessment*, commissioned by the Ministry of Justice, United Kingdom, 2008, <http://www.justice.gov.uk/publications/eu-contract-law-common-frame-reference.htm>
- F. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Granada, Editorial Comares S.L., 2000
- P. WINSHIP, en M. J. RAISCH / R. I. SHAFFER (eds.), *International Harmonization of Private Law, an Introduction to Transnational Legal Transactions*, New York y otras, Oceana Publications Inc., 1995
- M. WOLFF, *Derecho Internacional Privado*, traducción española de la segunda edición inglesa por Antonio Marín López, Barcelona, Editorial Bosch, 1958
- J. DE YANGUAS MESSÍA, *Derecho Internacional Privado*, Parte General, Tercera Edición, Madrid, Editorial Reus, 1971
- D. ZAVALA, "La autonomía de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros", en J. A. Moreno Rodríguez (Coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Intercontinental Editora, 2003
- J. ZEKOLL, "A Review of Choice of Law and Multistate Justice", en *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001

- R. ZIMMERMANN, “Comparative Law and the Europeanization of Private Law”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006
- R. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2000
- R. ZIMMERMANN, “The German Civil Code and the Development of Private Law in Germany” en *Oxford U Comparative L Forum 1* en ouclf.iuscomp.org, 2006
- E. ZULETA, “El Reconocimiento Internacional de Laudos Anulados”, en C. A. SOTO (dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008
- K. ZWEIGERT / H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Third Edition, New York, Oxford University Press Inc., 1998