

# LOS PRINCIPIOS DE LA HAYA Y EL DERECHO NO ESTATAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

**JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ**

LL.M, Harvard, Secretario General de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado e integrante del Grupo de Trabajo y de la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en materia de derecho aplicable a la contratación. Este artículo fue concluido el 6 de noviembre de 2012, antes de la reunión de la referida Comisión Especial del 12 al 16 de noviembre.

## RESUMO

Este trabalho serve como uma introdução para aqueles que ainda não estão cientes do importante documento que foi gerado pela Conferência de Haya, e suas potenciais consequências para a arbitragem, no futuro. Ao mesmo tempo, é uma avaliação crítica com uma recomendação específica em matéria de não-estado de direito, que deve ser de ampla aplicabilidade no mundo da arbitragem, tal como um instrumento que emerge dominante em vigor no campo hoje.

**Palavras-Chave:** arbitragem internacional; experiencia de Haya; análise crítica.

## RESUMEN

Este trabajo puede, pues, servir de introducción para quienes aún no estén al tanto del importante documento que se viene –generado por la Conferencia de La Haya–, y sus potenciales consecuencias para el arbitraje en el futuro. A la par, se hace aquí una evaluación crítica con una recomendación específica en lo que respecta al derecho no estatal, cuya aplicabilidad debería resultar amplia en el mundo del arbitraje, tal cual surge de instrumentos preponderantes hoy vigentes en la materia.

**Palabras-clave:** arbitraje internacional; experiencia de Haya; análisis crítico.

## I. Introducción

La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado se encuentra elaborando un nuevo instrumento en materia de contratación comercial transfronteriza. Este documento promete dominar la escena en los tiempos que se vienen, y una de sus posibles áreas de fecunda aplicación es la del arbitraje comercial internacional. De hecho, como se insiste más adelante, han sido convocados para su elaboración no solo expertos en Derecho internacional privado, sino también representantes de organismos públicos e instituciones privadas que actúan en el mundo arbitral o representan los intereses del comercio.

Mi participación en este proceso codificador en La Haya me dio la oportunidad de profundizar y reflexionar acerca de muchas cuestiones en las que el arbitraje viene marcando el rumbo, y esta contribución pondrá énfasis en un aspecto específico: el relacionado con el derecho no estatal. Evaluaré al respecto la solución que se ha propuesto en el proyecto generado en La Haya, en relación a lo que viene ocurriendo en la praxis arbitral de las últimas décadas.

Este trabajo puede, pues, servir de introducción para quienes aún no estén al tanto del importante documento que se viene –generado por la Conferencia de La Haya–, y sus potenciales consecuencias para el arbitraje en el futuro. A la par, se hace aquí una evaluación crítica con una recomendación específica en lo que respecta al derecho no estatal, cuya aplicabilidad debería resultar amplia en el mundo del arbitraje, tal cual surge de instrumentos preponderantes hoy vigentes en la materia.

## II. Reversión de dos siglos de desventuras

Desde que el mundo se “balcanizó” a partir del siglo XIX, con la estatización del *ius commune* y de la *lex mercatoria*, otrora reinantes en Occidente, el derecho, reducido a los confines nacionales, ha quedado a la zaga de las reales necesidades del comercio y de la actividad privada transfronteriza. No hace mucho, en 1977, David sentenciaba que el estado del derecho mercantil en el mundo “lastima la razón y es una vergüenza para los juristas”<sup>1</sup>.

Pululan, a partir de la referida nacionalización, los “tecnócratas” del Derecho internacional privado “conflictualista”<sup>2</sup>, no pocos “embriagados” en inentendibles entelequias dentro de “un fango” con perniciosas derivaciones en el mundo real<sup>3</sup>.

Voces valientes y sesudas se vienen sin embargo sumando, de manera creciente, en las últimas décadas, haciendo trizas desde lo teórico a no pocas derivaciones del muchas veces inservible berenjenal. Otras se ocupan de demostrar cómo, en casos de la vida real, los juzgadores pifian sistemáticamente

---

<sup>1</sup> Citado por B. GOLDMAN, *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant, Revised Edition*, T.E. CARBONNEAU Ed., Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, xxii.

<sup>2</sup> En una arraigada concepción cerrada o particularista, se lo concibe más bien como un “Derecho privado internacional” (B. AUDIT, *Droit International Privé*, Cinquième Edition, Paris, Editorial Economica, 2008, p. 3), 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” que, en vez de buscar soluciones idóneas para un caso multiestatal se obsesionan por localizarlo en una jurisdicción determinada. Ver R. DAVID, *Los Grandes Sistemas del Derecho Contemporáneo*, Traducción al portugués de Hermínio A. Carvalho, 4ª Edición, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2002, p. 25.

<sup>3</sup> Juenger cita varias palabras y frases célebres, como la Niboyet, que califica al conflictualismo como un juego mental con infinitas complicaciones, en tanto que según Bucholz se trata de un campo minado en un laberinto, construido por profesores borrachos en teorías. Es como tatuar burbujas de jabón, dice Kenelly, en tanto que D’Argenté afirmaba que profesores desconcertados dejan a sus alumnos aún más desconcertados. El Decano Prosser, por su parte, expresa que “profesores excéntricos que teorizan sobre cuestiones misteriosas en un extraño e incomprensible idioma”, y complican una de por sí compleja materia inyectando a la discusión su propia nomenclatura. Ver distintos pasajes en 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, pp. 134, 262, 320, etcétera.

cuando tienen que aplicar derechos nacionales que no conocen<sup>4</sup>, o directamente, de manera más sensata, recurren a los llamados “mecanismos de escape”. Se entienden por tales a los principios o fórmulas amplias, como la calificación, el orden público, el reenvío, y otros, que, hábilmente manipulados por los juzgadores, los salvan del papelón mayúsculo de tener que “hacer cuadrado un círculo”<sup>5</sup>; es decir, nacionalizar una transacción internacional.

Tanto va el agua al cántaro hasta que se rompe. Apabullado por las circunstancias, el omnicompreensivo estatismo del Derecho internacional privado decimonónico se encuentra en franca retirada. La adopción masiva del principio de la autonomía de la voluntad - entendida como la facultad de elegir el derecho aplicable en materia de contratos internacionales-, el reconocimiento de la virtualidad de un derecho no estatal o transnacional (referido también, *inter alia*, como *lex mercatoria*<sup>6</sup>) o al menos de la existencia de usos y principios internacionales, y la labor codificadora de principales organismos e instituciones públicas y privadas en el mundo y las regiones, *inter alia*, vienen alterando profundamente el nefasto legado nacionalista decimonónico que impregnaba la materia, destinado a convertirse en antigualla solo defendida a tambor batiente por “campeones del pasado” fosilizados en las cuatro paredes de la academia<sup>7</sup>.

Hasta el organismo mismo de las Naciones Unidas, a través de su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL según sus siglas más difundidas, en inglés), se encuentra desplegando ingentes esfuerzos a partir de mediados de los años sesenta del siglo XX, que apuntan a lograr un derecho uniforme, o un derecho “más uniforme”, a través de distintas técnicas de elaboración normativa aplicadas a áreas centrales del comercio internacional, como la compraventa, el comercio electrónico, el arbitraje, las garantías mobiliarias y los pagos internacionales, por citar ejemplos de gran relevancia<sup>8</sup>.

Su organismo intergubernamental “mellizo”, conocido como “UNIDROIT” o “Instituto de Roma”, rescatado del ostracismo en que cayó al desaparecer la Liga

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, una investigación de Rheinstein arroja que, de los cuarenta fallos reportados en un *casebook* de asuntos relativos al Derecho internacional privado y el derecho aplicable, sólo cuatro arribaron al resultado correcto, por razones incorrectas. 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.

<sup>5</sup> Ver F.K. JUENGER, “The Lex Mercatoria and Private International Law”, *Louisiana Law Review*, Summer, 2000 (60 La. L. Rev. 1133), pp. 1139-1140.

<sup>6</sup> La terminología aquí es caótica, empleándose además expresiones como derecho corporativo internacional, derecho transnacional; derecho “a-nacional”; derecho mundial, etcétera. De esto ya nos hemos ocupado en trabajos anteriores. Ver J.A. MORENO RODRÍGUEZ, “Nueva Lex Mercatoria: ¿Fantasma creado por profesores de La Sorbona?”, *Revista de Derecho Mercantil Internacional*, Colombia, Ed. Legis, 2003. Pueden consultarse también los trabajos reproducidos en: J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*, Asunción, Ed. Catena y CEDEP, 2006.

<sup>7</sup> Tal cual brillantemente los califica René David, en R. DAVID (nota 3), p. 26.

<sup>8</sup> El sitio web es [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org). Sobre la labor de UNCITRAL y otros organismos, con sus distintas técnicas, nos hemos ocupado con mayor detenimiento en: J.A. MORENO RODRÍGUEZ, “Esfuerzos Mundiales de Homogeneización del Derecho Mercantil Internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción*, 2005, reproducido en: J.A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 7).

de las Naciones, a cuyo amparo se había creado en 1926, renace hace unas décadas sobre todo merced a su labor homogeneizadora<sup>9</sup>.

Al respecto, el norteamericano Farnsworth, uno de los académicos más notables que colaboró con UNIDROIT, adquiere un protagonismo decisivo en su propuesta de adoptar un instrumento distinto a las tradicionales “convenciones” hasta entonces prevalecientes, y se sigue así, para el principal proyecto contractual de este organismo, el modelo de los “Restatements” norteamericanos.

Estos habían logrado, a partir de la primera década del siglo XX, que el derecho de los Estados Unidos se hiciera más asequible, pues hasta entonces se encontraba expresado fundamentalmente en casos, cuyo manejo se había vuelto caótico. De allí el acierto de reunirlos en un documento elaborado fundamentalmente por académicos, que dejara sintetizadas distintas ramas jurídicas en reglas, acompañadas en muchos casos de comentarios y ejemplificaciones<sup>10</sup>.

Algo parecido ocurrió con los “Principios UNIDROIT de Derecho Contractual”, que fueron ampliándose en tres versiones (1994, 2004 y 2010). Ellos resumen, con idéntica técnica normativa a la de los *Restatements*, al otrora caóticamente expresado derecho de los contratos en el mundo, a veces en su versión preponderantemente aceptada y en ocasiones, incluso, sugiriéndose soluciones innovadoras.

En lugar de la palabra “*Restatement*”, o “Reformulación” según su traducción al español, se adoptó el término “Principios”, pretendiendo con ello connotar el carácter no estatal del instrumento, aunque de hecho la mayor parte de sus disposiciones sean técnicamente “reglas” y no “principios”, con la acepción usual que tienen estos términos en la legística y en la teoría del derecho<sup>11</sup>.

Pues bien, si se logró algo así con UNIDROIT en lo que respecta a la armonización “substantiva” de los derechos contractuales, ¿por qué no hacer algo también con respecto al Derecho internacional privado de la contratación, ante el anárquico estado en que se encuentra en el mundo?

---

<sup>9</sup> El sitio web de UNIDROIT es [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org). De los Principios UNIDROIT nos hemos ocupado 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; reproducido en J.A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 7).

<sup>10</sup> Sobre la técnica legislativa de los *Restatements*, puede profundizarse en: The American Law Institute, *A Handbook for ALI Reporters and Those Who Review Their Work* (2005) pg.vii (<http://www.ali.org/doc/ALIStyleManual.pdf>).

<sup>11</sup> La palabra “principios” es pasible de diferentes interpretaciones. A veces se emplea como sinónimo de reglas que no tienen la fuerza de ley, y así aparece utilizada en los Principios UNIDROIT y en los Principios Europeos de Derecho Contractual (PECL), redactados en paralelo e inspirados en los del Instituto de Roma. La palabra “principios” puede reservarse también para aquellas reglas que son de un carácter más general, como la libertad contractual o la buena fe. A veces se le agrega el sufijo “fundamental”, que sugiere su relación con valores básicos abstractos. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Referente (DCFR), Interim Outline Edition, Sellier European Law Publishers, Munich, 2008 pgs. 8-9. Evidentemente, los redactores de los Principios UNIDROIT han querido inmunizarlos de posibles connotaciones semánticas peculiares a un determinado sistema jurídico. Así, no lo refirieron como Código o *Code*, que denota sanción legislativa o análoga, ni con Ley o *Law*, ni con *Restatement*. Al utilizar la palabra “principios” hubo, pues, un evidente aprovechamiento de la vaguedad del término. Lo propio ha ocurrido con los Principios de Derecho Contractual Europeo, inspirados en UNIDROIT. Ver en: L. Díez-PICAZO / E. ROCA TRIAS / A.M. Morales, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2002, p. 79.

A ello se encuentra abocada actualmente la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, hoy día indiscutiblemente la máxima instancia codificadora en el plano universal, en cuestiones tan variadas como la protección internacional de menores, familia y derechos de propiedad; cooperación jurídica internacional y litigios internacionales; y derecho comercial y financiero internacional<sup>12</sup>.

Dentro de este marco, se propone ahora unos “Principios” en materia de derecho aplicable a la contratación internacional. Veámoslo.

### III. Los Principios de La Haya

La idea de elaborar en la Conferencia de La Haya un instrumento en materia de contratación internacional ya había sido propuesta en el año 1980<sup>13</sup>, luego de que con tantos elogios se elaborara en Europa el Convenio de Roma de 1980 relativo al derecho aplicable a los contratos, hoy convertido en Reglamento Comunitario No. 593 de 2008<sup>14</sup>. Este instrumento inspiró, a su vez, a la llamada Convención de México de 1994, elaborada en las Américas en el seno de las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs) y también relacionada con el derecho aplicable a la contratación, que a diferencia de su antecedente europeo, y pese a su feliz concreción<sup>15</sup>, solo fue adoptada por México y Venezuela.

El proyecto fue, sin embargo, desechado en su momento en La Haya<sup>16</sup>, por entenderse inviable una convención que regulara este tema, dado lo dificultoso de

---

<sup>12</sup> Puede consultarse al respecto en su sitio web [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>13</sup> Ha sido una propuesta del entonces gobierno checoslovaco. Doc. Prel. n° 10 de enero de 1980, Oficina Permanente de la Conferencia (edit.), *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. I, La Haya, 1982, pp. I-158, n° 18. Lo cita el trabajo de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, del que principalmente han participado Marta PERTEGÁS e Ivana RADIC, intitulado Elección de la ley aplicable a los contratos del comercio internacional. ¿Principios de La Haya?, reproducido en J. BASEDOW / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J.A. MORENO RODRÍGUEZ (dirs.), *Cómo se Codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*. CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010, pp. 341 y siguientes. También, en 1980, un Grupo de Trabajo constituido por la Comisión de Derecho y Prácticas Comerciales de la Cámara de Comercio Internacional presentó a sus comités nacionales un proyecto de directivas en materia de ley aplicable a los contratos internacionales. En aquel momento, dicha Comisión consideró que los litigios entre las partes de relaciones comerciales internacionales “dan lugar a menudo a cuestiones relativas a la ley aplicable a los contratos” y que “convendría recomendar a los árbitros que tomasen en consideración las normas de conflicto [previstas] en los asuntos donde se suscita la cuestión de la ley aplicable a los contratos”. Se expresa en el trabajo de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, que aunque esta idea no tuvo éxito en la época y su ámbito de aplicación se limitaba al arbitraje, parecería oportuno –tres décadas más tarde– continuar el trabajo iniciado, extendiéndolo al contencioso judicial del comercio internacional, ver Reporte de Oficina Permanente (nota 14), p. 343.

<sup>14</sup> Sobre este tema puede ampliarse en: F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009.

<sup>15</sup> De hecho, la modernidad de las soluciones de la Convención de México ha sido muy aplaudida, considerándose una trascendente reforma normativa, que debe merecer ratificaciones o incorporarse por otras vías a los derechos internos de los países (puede profundizarse sobre el tema 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. El trabajo se encuentra reproducido en: J.A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 7).

<sup>16</sup> No obstante, tras un estudio de prospección realizado en 1983 (H. VAN LOON, *Étude prospective sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Doc. Prel. E, diciembre de 1983, Oficina Permanente de la Conferencia (edit), *Actas y Documentos de la Decimoquinta Sesión*, t. I, Materias diversas, La Haya, 1986, p. 98), los miembros de la Conferencia consideraron que las posibilidades

su negociación y sobre todo de su eventual ratificación ulterior por un importante número de países. Hasta entonces la Conferencia de La Haya solo había propuesto textos de derecho “duro”, como lo son los contenidos en una convención; a diferencia, por ejemplo, de Principios como los de UNIDROIT, de derecho “blando”, que no apuntan a ser ratificados por los Estados. Volveremos sobre el punto.

La idea es retomada en el seno de la Conferencia de La Haya hacia mediados de la década pasada. Se decidió entonces encarar dos estudios preliminares, en 2006 y 2007, que analizaran los instrumentos existentes, y que evaluaran la viabilidad de un trabajo así en el contexto del arbitraje internacional<sup>17</sup>. Al respecto, se han remitido cuestionarios a Estados miembros de la conferencia<sup>18</sup>, a la Cámara de Comercio Internacional, y a centros y organismos de arbitraje, *inter alia*<sup>19</sup>.

Ello ha llevado a conclusiones y recomendaciones formuladas en los años 2008<sup>20</sup> y 2009<sup>21</sup>. Se decidió entonces la elaboración de un instrumento no

---

de ratificación de una convención en esta materia serían muy reducidas. Acta n° 2 de la Primera Comisión, Oficina Permanente de la Conferencia (edit.), *Actas y Documentos de la Decimoquinta Sesión*, t. I, La Haya 1986, pp. 199-200. Cita estos trabajos el Reporte de la Oficina Permanente (nota 14), p. 343.

<sup>17</sup> En 2006 la Comisión Especial de Asuntos Generales y Política de la Conferencia decidió invitar a la Oficina Permanente a preparar un estudio de viabilidad sobre el desarrollo de un instrumento relativo a la ley aplicable a los contratos internacionales (Conclusiones adoptadas por la Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia (3-5 de abril de 2006): [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_pd11e2007.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd11e2007.pdf)). Los estudios que se hicieron como consecuencia fueron: Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Report on Work Carried Out and Preliminary Conclusions, Note prepared by the Permanent Bureau, Preliminary Document No. 22 A of March 2007: [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_pd22a2007e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22a2007e.pdf); Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Overview and Analysis of Existing Instruments – Note prepared by Thalia Kruger for the Permanent Bureau, Preliminary Document No. 22 B of March 2007: [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_pd22b2007e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22b2007e.pdf); Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Special Focus on International Arbitration – Note prepared by Ivana Radic, Legal Officer, Preliminary Document No. 22 C of March 2007: [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_pd22c2007e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22c2007e.pdf).

<sup>18</sup> Questionnaire addressed to member states to examine the practical need for the development of an instrument concerning choice of law in international contracts drawn up by the Permanent Bureau, en: [http://www.hcch.net/upload/quest\\_jan2007members.pdf](http://www.hcch.net/upload/quest_jan2007members.pdf)

<sup>19</sup> Questionnaire addressed to stakeholders in the field of international commercial arbitration to examine the practical need for the development of an instrument concerning choice of law in international contracts drawn up by the Permanent Bureau, en: [http://www.hcch.net/upload/quest\\_jan2007stake.pdf](http://www.hcch.net/upload/quest_jan2007stake.pdf).

<sup>20</sup> El Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia en 2008 invitó a la Oficina Permanente a continuar explorando este tema respecto de los contratos internacionales entre empresas, a efectos de promover la autonomía de la voluntad. Se requirió a la Oficina Permanente que evaluara la viabilidad de un instrumento no vinculante, incluyendo la forma específica que tendría tal instrumento. Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (del 1 al 3 de abril de 2008). Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo: [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_concl08s.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl08s.pdf). Precedieron a esta decisión los siguientes estudios: Feasibility study on the choice of law in international contracts report on work carried out and conclusions (follow-up note), Note prepared by the Permanent Bureau: [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_pd05e2008.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd05e2008.pdf); Feasibility study on the choice of law in international contracts report on work carried out and conclusions (follow-up note). Note prepared by the Permanent Bureau: [http://www.hcch.net/upload/genaff\\_pd05add2.pdf](http://www.hcch.net/upload/genaff_pd05add2.pdf). Asimismo, la International Bar Association Litigation Committee, presentó una propuesta: Conflict of law principles for contracts, torts and property: [http://www.hcch.net/upload/infodoc2\\_iba.pdf](http://www.hcch.net/upload/infodoc2_iba.pdf).

<sup>21</sup> En 2009 el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia invitó a la Oficina Permanente a formar un grupo de trabajo constituido por expertos en las áreas de Derecho internacional privado, Derecho comercial internacional y arbitraje internacional y a facilitar la elaboración de un documento no vinculante en el marco de este grupo de trabajo. Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (31 de marzo - 2 de abril de 2009) - Conclusiones y Recomendaciones: [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_concl09s.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl09s.pdf)). Precedió a esta



vinculante, es decir, de derecho “blando”, que tuviera como objetivo fundamental promover la autonomía de la voluntad como criterio para la selección del derecho aplicable. También en el año 2009 se creó, para su elaboración, un grupo de quince expertos<sup>22</sup>, además de observadores de instituciones públicas y privadas como UNCITRAL, UNIDROIT, la Cámara de Comercio Internacional y otras<sup>23</sup>.

Dicho Grupo de Trabajo ha mantenido tres reuniones presenciales, además de una activa interacción virtual. En enero de 2010 se han delineado los objetivos estratégicos y la división de labores de los sub-grupos creados allí, además de habilitarse una plataforma virtual para el trabajo de los expertos, operativa a partir de abril de 2010<sup>24</sup>. En noviembre de 2010 el grupo se reunió nuevamente para la elaboración de un primer borrador<sup>25</sup>; en tanto que en junio de 2010 se preparó un texto tentativo y se identificaron cuestiones a ser abordadas en un documento de política legislativa (*policy document*) que justificara las decisiones adoptadas en el proceso de regulación<sup>26</sup>.

Esto último había sido solicitado por el Consejo de Asuntos Generales de la Conferencia de La Haya en 2011, que había requerido también un documento conciso preparado por el Grupo de Trabajo destacando el contenido de los artículos del proyecto e indicando las opciones políticas implicadas. Dicho Consejo decidió que lo proyectado por el Grupo de Trabajo debe ser revisado por una Comisión Especial en una etapa posterior<sup>27</sup>.

En 2012 el mismo Consejo de Asuntos Generales acogió con satisfacción la labor realizada por el Grupo de Trabajo, en particular el "Proyecto de Principios de La Haya sobre la elección del derecho de los contratos comerciales

---

decisión otro estudio de viabilidad sobre la elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales (<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2009pd07s.pdf>).

<sup>22</sup> Los expertos son los siguientes: Neil B. COHEN (Estados Unidos); The Hon. Justice Clyde CROFT (Australia); Sibidi Emmanuel DARANKOUM (Canada); Andrew DICKINSON, (Australia); Ahmed Sadek EL KOSHERI (Egipto); Bénédicte FAUVARQUE-COSSON (Francia); Lauro GAMA E. SOUZA Jr. (Brasil); Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (España); Daniel GIRSBERGER (Suiza); Yujun GUO (China); Marielle E. KOPPENOL-LAFORCE (Países Bajos); Dieter MARTINY (Alemania); Campbell McLACHLAN (Nueva Zelanda); José Antonio MORENO RODRÍGUEZ (Paraguay); Jan L. NEELS (Sudáfrica); Yuko NISHITANI (Alemania); Richard F. OPPONG (Reino Unido); Geneviève SAUMIER (Canadá); y Ivan ZYKIN (Rusia). Como observadores se designaron a los siguientes miembros: Michael Joachim BONELL (UNIDROIT); Fabio BORTOLOTTI (CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL); Timothy LEMAY (UNCITRAL); Francesca MAZZA (CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL); Klaus REICHERT (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION) y Peter WERNER (INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION).

<sup>23</sup> La Oficina Permanente de hecho se ha beneficiado de interacciones con UNIDROIT, UNCITRAL, la Cámara de Comercio Internacional, la International Bar Association y otras organizaciones implicadas en el comercio internacional y en la resolución de diferencias internacionales (Ver Estudio de viabilidad sobre la elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales. Informe sobre los trabajos desarrollados y el posible plan de trabajo para la elaboración de un futuro instrumento: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2009pd07s.pdf>)

<sup>24</sup> First Meeting of the Working Group on Choice of Law in International Contracts (21 - 22 January 2010): [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_rpt\\_e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt_e.pdf).

<sup>25</sup> [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_rpt\\_nov2010e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt_nov2010e.pdf)

<sup>26</sup> Ver reporte en: [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_rpt\\_june2011e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt_june2011e.pdf).

<sup>27</sup> Elección de la ley en los contratos internacionales - proceso de desarrollo del proyecto de instrumento (febrero 2011): <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd06e.pdf>; Conclusiones y Recomendaciones del Consejo de Asuntos Generales (5-7 abril de 2011): [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_concl2011e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl2011e.pdf); Informe de la Reunión del Grupo de Trabajo III (28-30 de junio de 2011): [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_rpt\\_june2011e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt_june2011e.pdf). Informe de la reunión del Grupo de Trabajo (15-17 de noviembre de 2010): [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_rpt\\_nov2010e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt_nov2010e.pdf) )

internacionales", así como el Informe acompañado y el Documento de Política preparado por el Grupo de Trabajo. El Consejo decidió establecer una Comisión Especial para analizar las propuestas y hacer recomendaciones sobre los pasos futuros que deban emprenderse. Las fechas de reunión de la Comisión Especial se fijaron del 12 al 16 noviembre de 2012<sup>28</sup>. Al efecto, la Oficina Permanente elaboró una muy importante versión consolidada de los trabajos preparatorios<sup>29</sup>.

Es importante tener presente que solo quedan comprendido en la regulación los supuestos en que las partes hayan elegido el derecho aplicable. En efecto, en 2010 el Consejo de Asuntos Generales de la Conferencia de La Haya había decidido que el Grupo de Trabajo –que actuó en consecuencia- debería concentrarse en elaborar un instrumento que regule el derecho aplicable en caso de selección. No quedan comprendidos, pues, en los Principios de La Haya los supuestos de ausencia de elección de las partes<sup>30</sup>.

#### **IV. Objetivos de los Principios de La Haya**

El grupo de trabajo terminó adoptando la técnica de los *Restatements* o Principios siguiendo en ello la técnica y terminología de los de UNIDROIT de derecho contractual. Es la primera vez que la Conferencia de La Haya recurre a este expediente técnico, si bien la utilización de instrumentos alternativos a una convención había sido avalada por los Estados miembros de la Conferencia de La Haya ya en 1980<sup>31</sup>.

Se lee en el reporte de la Oficina de La Haya que ello se justifica por varios motivos. Por ejemplo, resulta inviable obtener un número importante de Estados que suscriban un acuerdo de voluntades sobre esta materia. Muchos de ellos ya se encuentran vinculados por un instrumento regional, y no sienten la necesidad de invertir esfuerzos en un proyecto de alcance internacional. En ocasiones se entiende también que ciertas convenciones de derecho de fondo son lo suficientemente adecuadas para resolver los problemas en este ámbito, en alusión

---

<sup>28</sup> Council on General Affairs and Policy of the Conference (17–20 April 2012) Conclusions and Recommendations adopted by the Council: [http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012concl\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012concl_en.pdf); Choice of law in international contracts: development process of the draft instrument and future planning - drawn up by the Permanent Bureau: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap12pd04e.pdf>.

<sup>29</sup> Consolidated version of preparatory work leading to the draft Hague principles on the choice of law in international contracts - drawn up by the Permanent Bureau: [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_2012pd01e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf).

<sup>30</sup> La Oficina Permanente es invitada a presentar un informe sobre el estado de avance a la consideración del Consejo de 2011, Choice of law in international contracts report on work carried out and perspectives for the development of the future instrument - Note submitted by the Permanent Bureau: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2010pd06e.pdf>.

<sup>31</sup> Así lo resalta el Reporte de Oficina Permanente (nota 14), p. 346, en el que se transcribe lo pertinente del Acta de 1980: "Reconociendo que la utilización de ciertos métodos de unificación menos vinculantes que la convención internacional es en ciertos casos susceptible de favorecer la más fácil adopción y la difusión más amplia de soluciones comunes, admite que la Conferencia, conservando como objetivo principal la elaboración de convenciones internacionales, pueda sin embargo utilizar otros procedimientos menos vinculantes, tales como la recomendación o la ley modelo, cuando, en razón de las circunstancias, esto parezca particularmente apropiado", Acta final de la Decimocuarta Sesión (25 de octubre de 1980), Oficina Permanente de la Conferencia (edit), *Actas y Documentos de la Decimocuarta Sesión*, t. I, Temas diversos, La Haya 1982, pp. I-63.



específica a la Convención de Viena del 11 de abril de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías<sup>32</sup>.

A este respecto, sin embargo –como lo expresa el reporte de la Oficina de La Haya–, la Convención de Viena presenta numerosas lagunas. No aborda, por ejemplo, la validez del contrato, los efectos del contrato en cuanto a la propiedad de los bienes vendidos ni la responsabilidad del vendedor por muerte o lesiones corporales causadas por las mercaderías. Además, hay muchos otros contratos internacionales, como por ejemplo los de servicios, “que actualmente juegan un papel cada vez más importante en los mercados económicos?”<sup>33</sup>, y a cuyo respecto hay un vacío regulatorio en el ámbito internacional.

Se esgrimen también otros argumentos para recurrir a un instrumento no vinculante. Desprovistos de las obligaciones y los compromisos inherentes a las negociaciones de tratados, los expertos designados para elaborar el documento, seleccionados con criterios eminentemente técnicos, podrían desempeñarse con un mayor grado de objetividad y generar un documento de mayor calidad técnica en cuanto a sus soluciones. Además, un documento así podría ser propicio para la admisión de la facultad de las partes para elegir reglas no estatales, como por ejemplo los Principios de UNIDROIT<sup>34</sup>. Así también, un documento no vinculante o “de derecho blando” evitaría eventuales conflictos con otros instrumentos “de derecho duro”, como el Reglamento denominado “Roma I”, que regula el derecho aplicable en la contratación internacional en lo que respecta al bloque europeo<sup>35</sup>.

Bien podrían ayudar también los Principios de La Haya a ir creando las condiciones para obtenerse un mayor número de ratificaciones de la Convención de México de 1994 en las Américas<sup>36</sup>, cuyas soluciones, muy audaces en su

---

<sup>32</sup> Reporte de Oficina Permanente (nota 14), p. 347.

<sup>33</sup> Reporte de Oficina Permanente (nota 14), p. 347., que se remite además al sitio de internet de la OMC (información general sobre el GATS), [www.wto.org/indexsp.htm](http://www.wto.org/indexsp.htm) para estadísticas globales sobre el comercio internacional de servicios.

<sup>34</sup> Reporte de Oficina Permanente (nota 14), pp. 347-348.

<sup>35</sup> Se lee en el Reporte ... “Tampoco habrá interferencia con la Convención sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales, con la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación ni con la relativa a la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional (Convención de La Haya del 15 de junio de 1955 sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales, Convención de La Haya del 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación y Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías”. Reporte de Oficina Permanente (nota 14), p. 348.

<sup>36</sup> Incluso, más allá de la ratificación del tratado, podría recurrirse a otros mecanismos de recepción, como la “incorporación por referencia”, tal cual lo hizo Uruguay cuando en una ley adoptó las reglas de interpretación de diversos artículos del Tratado de Derecho Civil de Montevideo. O directamente podría apelarse a la “incorporación material”, que supone la transcripción íntegra del tratado en un texto legislativo interno. 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. 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, pp. 185-187. 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. 739-832.

momento, generaron reticencias que hoy día quedarán sin mayor sentido, al obtenerse ahora el aval de un instrumento universal que irá en sintonía en gran parte con el espíritu que informa las soluciones del instrumento interamericano, el cual sirvió de inspiración incluso al documento generado en La Haya<sup>37</sup>.

Los Principios de La Haya no constituyen una convención que deba ser ratificada por los Estados, pero puede muy bien coadyuvar en la labor interpretativa de los jueces e incluso inspirar a legisladores en reformas normativas futuras que apunten a la adopción de soluciones de aceptación universal. Los Principios de La Haya pueden además servir como guía para las partes en la redacción de sus contratos y, en lo que aquí nos interesa particularmente, pueden ser referidos por las partes en el sometimiento a arbitraje o resultar aplicados aplicados por los árbitros en virtud de sus amplios poderes.

Abiertamente se declara que los Principios de La Haya siguen en su elaboración técnica de los de UNIDROIT de derecho contractual<sup>38</sup>. Y si bien estos siguen en cierta forma el modelo de los *Restatements* norteamericanos, la cuestión merece algún abundamiento. *Restate* significa expresar de nuevo o de manera distinta<sup>39</sup>. En los Estados Unidos, se busca con los *Restatements* exponer de la manera más clara y sencilla posible las soluciones que están en armonía con el *common law* norteamericano, en áreas en que las intervenciones del legislador no han sido numerosas.

Ahora bien, mientras los *Restatements* en los Estados Unidos apuntan a presentar el derecho tal cual es –o sería estatuido por un tribunal del *common law*–, los llamados *Principios* (como los propuestos ahora en La Haya) estatuyen el derecho como debería ser, y podría o no reflejar el derecho como es<sup>40</sup>. En este sentido, Principios como los de UNIDROIT (o su análogo europeo) pueden tener un impacto mucho mayor incluso que el de una convención internacional que intente unificar el derecho de los contratos. Ésta –expresa Goode– no tiene fuerza al momento de su conclusión y representa una indicación provisoria del soporte de los Estados participantes que puede o no cristalizarse, en tanto que los principios representan un incondicional compromiso y consenso de académicos de reputación internacional de todo el mundo<sup>41</sup>.

## V. Contenido de los Principios de La Haya

---

<sup>37</sup> Según surge de las deliberaciones y de la documentación accedida por el Grupo de Trabajo.

<sup>38</sup> Versión consolidada (nota 30), p. 4.

<sup>39</sup> “Diccionario Webster”, citado por *The American Law Institute, A Handbook for ALI Reporters and Those Who Review Their Work* (2005), p. 4 (<http://www.ali.org/doc/ALIStyleManual.pdf>).

<sup>40</sup> Karrer –nos dice Kronke– utilizó la palabra “Pre-Statement” en alusión a los principios UNIDROIT, pues un instrumento de *soft law* de este tipo no necesariamente congela el estado del análisis a un determinado momento sino legítimamente expresa la ambición de buscar la ratio scripta (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*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, p. 291).

<sup>41</sup> R. GOODE, “International Restatements of Contract and English Contract Law”, *Uniform Law Rev* 231, 1997-1, p. 234.

Los referidos Principios constan de un Preámbulo, que recoge el espíritu del instrumento, y once artículos.

Su ámbito de aplicación (Art. 1º) se extiende a las personas actuando en ejercicio del comercio o profesión, quedando excluidas así las relaciones de consumo o las vinculaciones laborales. El documento define de manera bien amplia la internacionalidad del contrato, solo excluyendo su aplicabilidad cuando todos los elementos relevantes estén conectados con un solo Estado. Sí quedan excluidas expresamente algunas cuestiones, como la capacidad de personas físicas; acuerdos arbitrales y de selección de foro; temas societarios; insolvencia; efectos reales del contrato; y cuestiones de representación<sup>42</sup>.

Los Principios de La Haya admiten la autonomía de la voluntad en sentido amplio (Art. 2º). De hecho, ya antes de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, se había establecido como objetivo principal del documento promover la autonomía de la voluntad en el mundo, considerado como “una necesidad” por organismos como UNCITRAL y UNIDROIT<sup>43</sup>.

El principio de la autonomía tiene un atractivo muy poderoso, puesto que nadie se encuentra mejor posicionado que las partes para evaluar la aplicación de cuál derecho les resultará más apropiado, en vez de que lo hagan en su nombre un legislador de antemano, o un juzgador con ulterioridad si el caso va a litigio. Queda fortalecida así la seguridad jurídica que debería predominar en transacciones comerciales<sup>44</sup>, y ello tiene también un fin de “desreglamentación”, al disminuirse el dirigismo estatal para darse pie a iniciativas privadas<sup>45</sup>.

Pues bien, la autonomía de la voluntad “se ubica en el corazón del proyecto de los Principios de La Haya”<sup>46</sup>, partiéndose de la base de su “reconocimiento casi universal”. Esto se manifiesta tanto en las respuestas a los cuestionarios remitidos por la Conferencia de La Haya en 2007<sup>47</sup>, como en los más recientes desarrollos en derecho comparado, si bien existe algún anacronismo de ello en algunas regiones de África y de América Latina<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> La exclusión de estos temas se encuentra en línea con lo estatuido por el Art. 1º, párrafo 2 del Reglamento Roma I, y el Art. 5º de la Convención de México<sup>42</sup>.

<sup>43</sup> Reporte de la Oficina Permanente (nota 14), p. 342.

<sup>44</sup> F. VISHÉ, “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. 126; también pp. 132 y ss.

<sup>45</sup> 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, pp. 150-151.

<sup>46</sup> Reporte de la Oficina Permanente (nota 14),. 350.

<sup>47</sup> *Preliminary Document* No. 5 (nota 21), p. 4.

<sup>48</sup> En las Américas, además de la adopción masiva de leyes arbitrales inspiradas en el punto en la ley modelo y en la Convención de Nueva York de 1858, el principio de la autonomía de la voluntad se desprende además de instrumentos convencionales regionales, como las Convenciones de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial y de Montevideo de 1979 sobre reconocimiento y ejecución de laudos, elaboradas dentro del seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y ratificadas por varios países de la región; y, en el ámbito del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Decisión Consejo Mercado Común nº 3/98), ratificado por los cuatro miembros plenos del bloque. La Convención de México admite de manera amplia la autonomía de la voluntad, tanto para elegir como para modificar

El reconocimiento de la autonomía que hace el Art. 2 de los Principios de La Haya, importa la admisión de su posible fraccionamiento, es decir, que se seleccionen distintos derechos que rijan parcialmente el acuerdo (*dépeçage*)<sup>49</sup>. También implica la posibilidad de modificar con posterioridad el derecho elegido<sup>50</sup>, y la amplitud conlleva a que no sea necesario que el derecho elegido tenga conexión con la disputa<sup>51</sup>, sino que bastará con que las partes hayan pactado su aplicación para darle virtualidad independientemente a ella. Por último, y de consecuencias fecundísimas, dentro del espíritu de aceptación amplia del principio autonomista, se admite la posibilidad de elegir un derecho no estatal<sup>52</sup>. De esto volvemos a ocuparnos muy especialmente más adelante.

Así también, se prevé que la elección del derecho puede resultar expresa o tácita, en tanto lo sea de manera clara (Art. 3)<sup>53</sup>. Se precisa que no lo es, de por sí, la selección de juez o tribunal arbitral.

---

eventualmente el derecho aplicable, además de permitir que se seleccionen distintos derechos que rijan parcialmente el acuerdo (*dépeçage*). La apertura autonomista de la Convención de México 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*” (J.L. SIQUEIROS, “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Contratación Internacional”, *Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 222). Esta Convención solo fue ratificada por dos países (México y Venezuela), y subsiste la duda en algunos países de la región sobre la admisión del principio de la autonomía de la voluntad en contratos internacionales cuando los diferendos son sometidos a tribunales estatales, situación que resulta inadmisibles (ver J.A. MORENO, *Los Contratos Y La Haya, ¿Ancla Al Pasado O Puente Al Futuro?* J. BASEDOW / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J.A. MORENO RODRÍGUEZ (dirs.), *¿Cómo se Codifica hoy el Derecho Comercial Internacional?*, CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010, pp. 308-310).

<sup>49</sup> 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, *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 2ª Ed., Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pp. 100-102). Aceptar el *dépeçage* implica incluso permitir que las partes eviten reglas imperativas que no afecten el interés público del Estado del eventual foro (F. VISHER (nota 49), p. 142).

<sup>50</sup> Resulta importante una previsión expresa en este sentido. Por ejemplo, en algún momento en Italia, el Tribunal Supremo sostuvo que la “elección de las partes en cuanto a la ley aplicable no será admisible cuando se haya efectuado con posterioridad a la celebración del contrato”. Sentencia de 1966, nº 1680, en el asunto: *Assael Nissim contra Crespi*, solución no aprobada en su momento por toda la doctrina italiana (Reporte M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe Relativo al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales”, *DOCE C 327*, de 11 de diciembre de 1992, comentario al artículo 3).

<sup>51</sup> Este punto no queda contundentemente zanjado en Instrumentos modernos como el Reglamento Roma I (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) o la Convención de México de 1994, aunque allí se considera en doctrina que no se halla expuesta la exigencia de la conexión razonable. Sin embargo, ellos se interpretan como permitiendo a las partes, en principio, elegir libremente la aplicación de un derecho “neutral”. Con respecto al instrumento interamericano, ver en J.L. SIQUEIROS (nota 49), pg. 220. Ver también R. SANTOS BELANDRO (nota 50), p. 115.

<sup>52</sup> Debe considerarse que en Europa el texto finalmente adoptado por el Parlamento Europeo y el Consejo en junio de 2008 permite a las partes solamente elegir una “ley”, lo que descarta implícitamente la posibilidad de elegir reglas que no sean estatales. Art. 3, 1) Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante Roma I).

<sup>53</sup> Con propósitos análogos, la Convención de México utiliza la palabra “evidente” (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). 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

No hay requerimientos formales para la selección del derecho, salvo acuerdo de partes, que imponga una solemnidad específica (Art. 4).

El consentimiento se determina por el derecho que se aplicaría si dicho acuerdo existiera (Art. 5). Ello va en línea con la pretensión de dar lo máximo de virtualidad posible a la voluntad de las partes<sup>54</sup>. Sin embargo, puede tomarse en cuenta el asiento del negocio de la parte agraviada, si no fuera razonable hacerlo de la otra forma.

Por lo demás, la selección del derecho no puede ser atacada solo porque el contrato no resultaría válido (Art. 6). Esto de manera análoga a lo que ocurre con la autonomía de la cláusula arbitral, ampliamente aceptada en el arbitraje. Dentro de esta línea se enmarca también, en el ámbito jurisdiccional, la Convención de la Haya sobre selección de foro de 2005<sup>55</sup>.

La elección del derecho no implica también la de sus reglas de Derecho internacional privado, salvo acuerdo en contrario (Art. 7). Esto es consistente con las convenciones de La Haya que dejan afuera el reenvío<sup>56</sup>.

El derecho elegido rige cuestiones de interpretación; derechos y obligaciones emergentes del contrato; cumplimiento e incumplimiento, incluyendo daños e intereses; extinción de las obligaciones y prescripción; validez e invalidez; carga de la prueba; y responsabilidad pre-contractual (Art. 8).

La validez formal del contrato a ser evaluada bajo el derecho elegido por las partes. Ello sin excluir otros derechos que también amparen la validez (Art. 9)<sup>57</sup>.

Se ocupan también los Principios de La Haya, en su Art. 11, de las disposiciones imperativas, que deberán tener un carácter excepcional. Ante la complejidad de la materia, se prevé que debe existir una guía al respecto en el comentario a ser insertado al pie de esta norma<sup>58</sup>. Además, se deja a cargo del foro juzgador, determinar si en su caso corresponde la aplicación de de disposiciones imperativas de un tercer derecho<sup>59</sup>. Y se prevé, por último, que el derecho elegido por las partes deberá ser soslayado cuando fuera manifiestamente incompatible con nociones fundamentales de orden público del foro<sup>60</sup>.

## **VI. Selección del derecho no estatal**

---

operaciones y se haya seleccionado un derecho para el acuerdo base sobre el que reposan los demás (Reporte M. GIULIANO / P. LAGARDE (nota 51), comentario al artículo 3).

<sup>54</sup> Versión consolidada (nota 30), p. 23.

<sup>55</sup> Versión consolidada (nota 30), p. 25.

<sup>56</sup> Versión consolidada (nota 30), p. 26.

<sup>57</sup> También una eventual cesión de derechos se encontrará regida por el derecho elegido, con algunas particularidades referidas en el Art. 10.

<sup>58</sup> Versión consolidada (nota 30), p. 32.

<sup>59</sup> En esto se aparta de la solución de ciertos instrumentos como la Convención de La Haya de 1978 relativa a Contratos de Agencia, o el Convenio de Roma de 1980, o lo dispuesto por el reglamento Roma I. (nota 30), p. 33.

<sup>60</sup> Del complejo tema de las disposiciones imperativas y el orden público me ocupé en el siguiente artículo: Orden Público y Arbitraje: Algunos Llamativos Pronunciamentos Recientes en el MERCOSUR y la Unión Europea, en Derecho Comercial en el Siglo XXI (Coautor), Universidad La Sabana y Editorial Temis, Bogotá, 2008. Aparece también en: Revista Electrónica Lima Arbitration, 2007([http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose\\_antonio\\_moreno\\_rodriguez.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf)).



## 1. En general

Está visto que, enmarcado dentro del reconocimiento amplio que hacen los Principios de La Haya de la autonomía de la voluntad, el Grupo de Trabajo aceptó que las partes puedan elegir un derecho no estatal.

Ello va acorde con desarrollos que se están produciendo en distintos lugares del orbe. Por ejemplo en Latinoamérica, en otro trabajo hice numerosas referencias a cómo el derecho estatal viene siendo reconocido ampliamente tanto en el orden constitucional<sup>61</sup>, como al admitir la jurisdicción de tribunales internacionales, como, por ejemplo, la del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI),<sup>62</sup> y los cientos de tratados bilaterales de inversión ratificados a este respecto que aceptan la aplicabilidad del derecho no estatal<sup>63</sup>.

He ejemplificado asimismo instrumentos del MERCOSUR<sup>64</sup> e instrumentos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), abiertos al derecho no estatal, como la Convención de Panamá de 1975 relativa a arbitraje<sup>65</sup>, o la Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a contratos internacionales. Este instrumento se inspiró en el Convenio de Roma de 1980 en la materia, aunque ahora aceptando expresamente la aplicabilidad del derecho no estatal, en contraste con su fuente<sup>66</sup>. A su vez, esta aceptación se ve reflejada,

---

<sup>61</sup> Muchas Constituciones de países latinoamericanos han sido reformadas o enmendadas en décadas recientes, varias aceptando principios internacionales relativos, por ejemplo, a derechos humanos. Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, en D. P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 2003, pp. 74-75, en particular en lo relacionado a Brasil, Argentina y Paraguay. Hasta se admite un “orden supranacional”. La Constitución paraguaya es un ejemplo a este respecto, admitiendo expresamente en su artículo 145 un “orden jurídico supranacional”.

<sup>62</sup> 157 estados han firmado el convenio CIADI, de los cuales 147 han depositado los instrumentos en la forma correspondiente. (<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English>.)

<sup>63</sup> Al punto que el Convenio de Washington –que crea el CIADI– es reconocido como el primero en su especie en usar la expresión “normas de derecho” (“*rules of law*”), después adoptada por reglas de arbitraje, y por la misma ley modelo de arbitraje de UNCITRAL de 1985, ampliada en el 2006.

<sup>64</sup> El Acuerdo Arbitral del MERCOSUR de 1998, ratificado por todos los miembros plenos del bloque (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay<sup>64</sup>), reconoce en su artículo 10 la aplicabilidad del “Derecho internacional privado y sus principios”, así como del “Derecho del comercio internacional”.

<sup>65</sup> De hecho, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I, celebrada en Panamá en 1975) hace referencia, en su artículo 3, para el caso de ausencia de acuerdo entre las partes, a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial que, a su vez, establece en su Art. 30 numeral 3) que, en todos los casos, el tribunal arbitral tendrá en cuenta “los usos mercantiles aplicables al caso”.

<sup>66</sup> Esta es la razón por la que Fernández Arroyo expresa que “algunos caminos van más allá de Roma”, en una publicación en francés traducida al español (D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada por a CIDIP-V”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, No. 5933, 1995, pp. 820-824). Connotados juristas esperaban que Europa siguiera el modelo americano, al que veían con simpatía como alternativa para modernizar el Convenio de Roma. H. KRONKE (nota 41), p. 297; 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, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2005, p. 335. Sin embargo, el Reglamento Roma I de 1998 se atiene aquí a criterios tradicionales, no admitiendo el derecho estatal.

con ciertos ajustes, en leyes de Derecho internacional privado de México y Venezuela<sup>67</sup>.

El derecho no estatal se encuentra invocado también para la interpretación o reinterpretación de los derechos locales en jurisdicciones latinoamericanas, como ocurre, por ejemplo, con importantes decisiones de máximas instancias judiciales colombianas, de 2010 y 2011, en que se recurre al efecto a los Principios UNIDROIT<sup>68</sup> y la *lex mercatoria*<sup>69</sup>. También encontramos referencias al derecho no estatal, como los Principios UNIDROIT, en decisiones de la Corte Suprema Venezolana<sup>70</sup> o de tribunales de alzada argentinos<sup>71</sup>.

A su vez en Brasil, en 2011 el Tribunal de Cuentas recurrió a los Principios UNIDROIT de derecho contractual para corroborar, dentro del plano comparatista, la decisión a la que arribó<sup>72</sup>.

De hecho, en este país -según el reconocido jurista brasileño Lauro Gama<sup>73</sup>-, se admite abiertamente, en el contexto arbitral, la amplia aplicabilidad de la *lex mercatoria*, principios generales del derecho o Principios UNIDROIT<sup>74</sup>.

Lo propio ocurre en varios otros países latinoamericanos en lo que respecta al arbitraje, tanto como consecuencia de la ratificación de convenciones –entre las que se encuentran las que se encuentran mencionadas párrafos arriba–, como

---

<sup>67</sup> Y lo mismo ha ocurrido con un proyecto de reformas uruguayo en la materia, abierto al derecho transnacional, y avalado por reconocidas figuras doctrinarias de ese país Como D. OPERTTI / C. FRESNEDO DE AGUIRRE, “El derecho comercial internacional en el Proyecto de Ley general de derecho internacional privado del Uruguay”, en J. BASEDOW / D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, J. MORENO RODRÍGUEZ (coords.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional*, Asunción, CEDEP, Thomson Reuters, La Ley Paraguaya, pp. 385-412. Ver M.J. BONELL “El Reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) – Es decir, una ocasión perdida”, en J. BASEDOW / D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, J. MORENO RODRÍGUEZ (coords.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional*, Asunción, CEDEP, Thomson Reuters, La Ley Paraguaya, pp. 209-218, en donde expresa que no hay dudas de que la referencia a los instrumentos de *soft law*, como fuente de los contratos comerciales internacionales, dan al proyecto de ley uruguayo un carácter moderno e innovador. Se puede acceder al contenido del proyecto de ley y a un breve comentario al respecto en C. FRESNEDO DE AGUIRRE / G.A. LORENZO IDIARTE, <http://asadip.wordpress.com> (último acceso: 25 de mayo de 2011).

<sup>68</sup> En un caso de 2010, sobre la inconstitucionalidad argüida contra el artículo 1616 del Código Civil Colombiano que limita el otorgamiento de los daños a los que fueran previsibles, la Corte Constitucional consideró que la regla era razonable –y que por tanto debería mantenerse– de acuerdo con estándares internacionales establecidos en la CISG y en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante Principios UNIDROIT) (Sentencia C-1008 (Expediente No. D-8146). Ver <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg>).

<sup>69</sup> Ver <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg>. En 2011, la Corte Suprema de Justicia Colombiana esgrimió entre sus razones la que deriva de la *lex mercatoria* y el derecho comparado, como reflejo tendencial de la materia en el tráfico jurídico. Dijo el alto tribunal que los ordenamientos foráneos y tratados internacionales revelan un interés cada vez mayor en que las cláusulas limitativas de responsabilidad garanticen una indemnización mínima a los sujetos afectados en caso de pérdida de mercancías, y en evitar abusos. en el caso *Compañía Suramericana de Seguros S.A. v. Compañía Transportadora S.A.* (11001-3103-026-2000-04366-01) [www.unilex.info/case.cfm?id=1656](http://www.unilex.info/case.cfm?id=1656). Ver también fallo del 2010 de la Corte Suprema y su invocación a un principio internacional relativo a contratos (el de mitigar daños) (Caso Ref.: 11001-3103-008-1989-00042-01).

<sup>70</sup> Que, en apoyo de la interpretación amplia del concepto de contratos internacionales, se refirió, *inter alia*, al preámbulo, comentario 1 de los referidos principios (09.10.1997, Bottling Companies v. Pepsi Cola Panamericana, citado en [www.unilex.info](http://www.unilex.info)).

<sup>71</sup> Ver fallos de 2001 (Corte Suprema de Mendoza); 2004 (Cámara de apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal), 2006 (Cámara de Apelaciones de La Matanza), 2009 (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba), y dos fallos de 2009 (Cámara de Apelaciones de Buenos Aires), citados en [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>72</sup> TC 007.103/2007-7, Tribunal de Contas da União, en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1655>.

<sup>73</sup> L. GAMA JR., *Contratos Internacionais a luz dos Principios do UNIDROIT 2004*, Río de Janeiro y otras, Editora Renovar, 2006.

<sup>74</sup> L. GAMA JR. (nota 74), p. 444

luego de la oleada reformista a partir del año 1993, en que países como México, Colombia, Chile, Panamá, Perú, Venezuela, Paraguay y Brasil han modificado sus leyes arbitrales<sup>75</sup>. Las reformas se basan en la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL, cuyo Art. 28, como es bien sabido, acepta la aplicabilidad del derecho no estatal. Varios laudos arbitrales, dictados en consecuencia, han hecho aplicación del derecho no estatal<sup>76</sup>.

## 2. Terminología relativa al derecho no estatal

Ante la gran disparidad terminológica existente en esta materia, en que se habla indistintamente de derecho transnacional, *lex mercatoria*, *soft law*, etcétera, el Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya optó por acudir a la expresión “*rules of law*” o “normas de derecho”, con el deliberado objetivo de beneficiarse del gran desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo que se ha producido en torno a esta expresión a partir de su adopción en el mundo arbitral<sup>77</sup>.

La expresión “normas de derecho” se entiende más amplia que el término “ley”, y permite a las partes designar como aplicable a su caso las reglas de más de un sistema jurídico, incluyendo las que pudieron haber sido elaboradas en un

---

<sup>75</sup> Bolivia, Ley 1770 de 1997; Brasil, Ley 9307 de 1996; Colombia, Decreto 1818 de 1998; Costa Rica, Decreto-Ley 7727 de 1997; Cuba, Decreto-Ley 250 de 2007; Chile, Ley 19.971 de 2004; República Dominicana, Ley 489 de 2008; Ecuador, Ley de 1997, bajo Registro Oficial 145; El Salvador, Decreto 914 de 2002; Guatemala, Decreto-Ley 67 de 1995; Honduras, Decreto-Ley 161 de 2000; Nicaragua, Ley 540 de 2005; Panamá, Decreto-Ley 5 de 1999; Perú, Decreto 1071 de 2008; Paraguay, Ley 1879 de 2002; y Venezuela, Ley de Arbitraje Comercial de 1998.

<sup>76</sup> Un tribunal arbitral con sede en Panamá invocó los artículos 7.4.2 y 7.4.3 de los Principios UNIDROIT relativos a daños en un arbitraje *ex aequo et bono*, considerando que dicho artículo 27 de la ley de arbitraje panameña –de acuerdo a los árbitros-, “ordena al tribunal” a tomarlos en cuenta (Laudo arbitral del 24.02.2001, Tribunal Arbitral de la ciudad de Panamá, citado en [www.unilex.info](http://www.unilex.info)). Tribunales arbitrales con sede en otros países latinoamericanos también se valieron del derecho no estatal o de los Principios UNIDROIT, por ejemplo, en el caso de dos laudos dictados en Costa Rica, uno de ellos refiriéndose a su artículo 7.4.8 relativo a “mitigación de daños” (Laudo arbitral del 29.07.2002, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, citado en [www.unilex.info](http://www.unilex.info)) y el otro expresamente señalando que los Principios UNIDROIT son “el componente principal de las reglas y los principios generales regulando las obligaciones contractuales internacionales y gozando de un amplio consenso internacional” (Arbitraje Ad Hoc en Costa Rica, 30.04.2001, citado en [www.unilex.info](http://www.unilex.info)). A su vez, un tribunal arbitral con asiento en Colombia decidió aplicar derecho colombiano “como también las provisiones del contrato y los usos Comerciales y prácticas relevantes de acuerdo con el artículo 17.2 de las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, refiriéndose repetidamente a los Principios de UNIDROIT, en particular, tanto a las reglas como a los comentarios relativos a los artículos 5.3, 1.7, 7.4.3, 7.4.8 and 7.4.4” (ICC Corte Internacional de Arbitraje, Barranquilla, Colombia, 00.12.2000, citado en [www.unilex.info](http://www.unilex.info)). Además, en Brasil, los Principios UNIDROIT fueron invocados en favor de los argumentos basados en el derecho brasileño en dos casos relativos a *hardship* (Laudo de arbitraje Ad Hoc del 21.12.2005 y laudo arbitral del 09.02.2009, No. 1/2008, de la Cámara FGV); y en Argentina, un tribunal arbitral en un caso ya referido más arriba los hizo prevalecer sobre el derecho aplicable argentino, al sostener que ellos constituyen usos y costumbres internacionales y prácticas que deberían prevalecer sobre cualquier derecho doméstico (Laudo de arbitraje Ad Hoc del 10.12.1997).

<sup>77</sup> Esto me consta personalmente por haber participado en su momento en las deliberaciones sobre este tema.

plano internacional<sup>78</sup>. La ley modelo de UNCITRAL de 1985, reformada en 2006, adoptó la expresión en su art. 28<sup>79</sup>.

Hasta su inclusión en la ley modelo, la expresión “normas de derecho” solo había sido utilizada en el artículo 42 del Convenio de Washington de 1965 relativo a disputas de inversiones y en las leyes de arbitraje de Francia y Djibouti<sup>80</sup>. La fórmula también había sido incluida en el art. 33 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL de 1976, y mantenida en el actual art. 35 del Reglamento de 2010<sup>81</sup>, y a su vez guarda similitud con normas de varios reglamentos arbitrales, lo que no debe extrañar si se considera –como bien se ha dicho–, que las reglas de las instituciones arbitrales tienden a convergir guiadas, a su vez, por las soluciones elaboradas bajo los auspicios de la CNUDMI<sup>82</sup>.

La referida expresión lleva a consecuencias fecundísimas en lo que respecta a la aplicabilidad del derecho transnacional, principios aceptables por organismos internacionales o *lex mercatoria* (términos que utilizamos aquí de manera indistinta). Ello surge de los trabajos preparatorios de UNCITRAL<sup>83</sup>. Así también, tanto el comentario oficial inglés como el texto explicativo holandés a las leyes de arbitrajes de estos países consignan el entendimiento de que la *lex mercatoria* queda comprendida en la expresión “normas de derecho”<sup>84</sup>.

---

<sup>78</sup> Cuando se debatía el texto de la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL, decía en las deliberaciones Bonell : "... se debe permitir a las partes desnacionalizar la controversia, indicando como base para su solución normas y principios de una naturaleza diferente, tomadas por ejemplo, de los instrumentos internacionales, sean o no ejecutables, observando los usos comerciales y los principios o reglas comunes a los sistemas jurídicos nacionales de ambas partes... "Yearbook of the United Nations Commission on International Trade, 1985, Volume XVI, pag. 487, párrafo 8.

<sup>79</sup> El comentario de UNCITRAL al artículo 28 de la ley modelo expresa que al hacer referencia a la elección de las "normas de derecho" y no a la "ley", la ley modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, por cuanto 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 señala en los Principios Europeos de Derecho Contractual: "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)".

<sup>80</sup> Documento A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1.

<sup>81</sup> En un conocido trabajo preparatorio elaborado en su momento para la Secretaría de la CNUDMI, expresan Paulsson y Petrochilos que unos cuantos ajustes menores fueron recomendados para el actual artículo 35 del reglamento con relación al anterior, fundamentalmente para asegurar consistencia con el artículo 1(1) y el artículo 28(1) de la ley modelo. Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, a Report by Jan Paulsson & Georgios Petrochilos, Commissioned by the UNCITRAL Secretariat, Draft for Comments, 31 March 2006. Las discusiones al respecto están reflejadas en los documentos A/CN.9/614, paras. 122-124; A/CN.9/641, paras. 106-113 y A/CN.9/684, paras. 91-100. Ver en J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Comentario al artículo 35 en: Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010, Anotado y Comentado*, Pilar Perales Viscasillas e Ignacio Torterola, Editorial Legis, Buenos Aires, 2011.

<sup>82</sup> J.J. BARCELÓ III / A. VON MEHREN / T. VARADY, *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, Fourth Edition. Thomson Reuters, 2009, p. 70. También Brower, *inter alia*, hace notar la uniformidad existente en gran parte entre las reglas de las distintas instituciones arbitrales preponderantes en el mundo (C. BROWER, "W(h)ither International Commercial Arbitration?", The Goff Lecture, 2007, p. 184).

<sup>83</sup> En el Informe del Grupo de Trabajo, 18ª reunión, marzo de 1985 (A/CN.9/264, pp 60-63), se expresa con respecto al Art. 28: La disposición del párrafo (1), reconoce la garantía del principio de autonomía de las partes. Además, reconoce que la libertad de elegir "normas de derecho" y no simplemente una "ley", lo que podría entenderse como una referencia al sistema jurídico de un Estado determinado solamente, por lo tanto, las partes tienen una amplia gama a de opciones, permitiéndose así designar como aplicable a sus normas de casos de más de un sistema jurídico, incluidas las normas de derecho que han sido elaboradas a nivel internacional.

<sup>84</sup> El texto inglés puede encontrarse en el sitio [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%20engelsk/engelsk\\_part\\_I\\_og\\_II.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_part_I_og_II.htm); el reporte explicativo holandés (Documento No. 18464) se encuentra citado por DE LY,

Ahora bien, en el Grupo de Trabajo de La Haya se acordó no definir expresamente o limitar la expresión “normas de derecho” (“*rules of law*”), pues con ello se promueve soporte al máximo a la autonomía de la voluntad. El comentario –se convino- debe reflejar la diversidad de opiniones en la literatura al respecto<sup>85</sup>.

En las discusiones se concordó también que se debería dejar que las partes puedan válidamente elegir, cuando disponibles, reglas de un sector específico que puedan cubrir legítimas expectativas de las partes. Se rechazó que las reglas elegidas deban pasar un “examen de legitimidad” (“*test of legitimacy*”), que evalúe su naturaleza y características<sup>86</sup>.

Se convino además en dichas deliberaciones que las reglas elegidas de derecho no estatal deben ser distinguidas de reglas individuales hechas por las partes y que existen obviamente límites. En particular, las reglas elegidas deben ser un cuerpo de reglas (*a body of rules*), como por ejemplo los Principios UNIDROIT<sup>87</sup>.

### **3. Opciones consideradas por el Grupo de Trabajo en cuanto al derecho no estatal**

En las deliberaciones del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya se manejaron tres opciones en cuanto a la selección de reglas no estatales: 1) reservarla para el ámbito arbitral; 2) permitir la designación del derecho estatal sin importar el mecanismo de solución de disputas; 3) omitir referencias al derecho no estatal en los principios, de modo a dejar esto abierto a interpretación de jueces y árbitros.<sup>88</sup>

Lo primero –señalan Gama y Saumier– hubiera representado mantener el *status quo*. En efecto, actualmente la mayoría de los cuerpos normativos relacionados al arbitraje brindan la opción de elegir el derecho no estatal como marco jurídico para un contrato internacional. Esto se ve reflejado en varios reglamentos y leyes arbitrales que adoptan la terminología de “*normas de derecho*” (*rules of law*), otorgándose así la posibilidad a las partes para que las seleccionen. Por el contrario –dicen Gama y Saumier -, la mayoría de las jurisdicciones no aceptan la elección del derecho no estatal. Es decir, salvo que las partes hayan optado por insertar una cláusula arbitral en el contrato, ellas deberán someterse a una norma estatal específica<sup>89</sup>.

---

Filip, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Elsevier Science Publishers B.V., 1992, p. 250.

<sup>85</sup> Versión consolidada (nota 30), p. 14.

<sup>86</sup> Se estimó que adoptar una regla bien amplia (*open-ended rule*) que no limite a las partes la opción de elegir el derecho no estatal sería más adecuado y acorde a lo establecido por el preámbulo de los Principios de la Haya. L. GAMA JR. / G. SAUMIER, “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, en *El Derecho internacional Privado en los procesos de integración regional, Jornadas de la ASADIP 2011*, San José 24-26 de noviembre, ASADIP y Editorial Jurídica Continental, San José, 2011, pp. 56-62.

<sup>87</sup> Consolidated version (nota 30), pp. 14-15.

<sup>88</sup> Consolidated version (nota 30), p. 14.

<sup>89</sup> L. GAMA JR. / G. SAUMIER (nota 87), pp. 45-49 y 51-54.



En cuanto a la última opción, ella deja la posibilidad de que el tribunal arbitral o los tribunales estatales decidan al respecto. Podría considerarse, por un lado, que esta opción es la más adecuada al principio de autonomía de la partes. Sin embargo -destacan Gama y Saumier-, por otro lado, la misma acarrea incertidumbres al no dar una respuesta concreta al problema<sup>90</sup>.

El grupo ha optado finalmente por permitir la designación del derecho no estatal, independientemente el método de resolución de conflictos. Ella –según Gama y Saumier- es la más innovadora y adaptable a los distintos sistemas jurídicos. Permitir la designación del derecho no estatal no necesariamente implica despojar al contrato de regulación normativa, es decir, no estaríamos ante un contrato únicamente regulado por sus propias estipulaciones. Ciertamente, aunque el derecho no estatal no tenga carácter vinculante, sí lo sería de mediar intención de las partes en este sentido. Elegir la norma aplicable implica llevar al máximo el principio de autonomía. A su vez, se lograría con ello un relacionamiento más balanceado y transparente entre las partes<sup>91</sup>.

#### **4. Fórmula de equidad, o usos o principios mercantiles aplicables al caso**

##### **A) La cuestión en el arbitraje**

Si bien los Principios de La Haya tomaron como punto de partida la expresión “normas de derecho” para beneficiarse de los desarrollos producidos a su respecto en el mundo de arbitraje, no siguieron, sin embargo, la solución del artículo 28, inciso 4) de la ley modelo, en que deben atenderse en todos los supuestos las estipulaciones del contrato, si las hubiera, y tenerse en cuenta “los usos mercantiles aplicables al caso”<sup>92</sup>.

Como resulta ampliamente aceptado, la aplicación de esta regla no depende de la voluntad de las partes, sino prevalece por ella o sobre lo que determinen las reglas de conflicto, lo que eventualmente deriva en la *lex mercatoria* o el derecho no estatal, al menos en lo que respecta a una eventual aplicación correctiva de sus principios fundamentales al caso en particular<sup>93</sup>.

Esto fue reconocido, por citar ejemplos, por un tribunal arbitral con asiento en Costa Rica<sup>94</sup> y por un tribunal arbitral argentino. Este último, a pesar de que

---

<sup>90</sup> L. GAMA JR. / G. SAUMIER (nota 87), pp- 55-56.

<sup>91</sup> L. GAMA JR. / G. SAUMIER (nota 87). pp. 62-63.

<sup>92</sup> El 1054 de la ley procesal holandesa sigue la ley modelo de la CNUDMI sin describir claramente qué quieren decir con usos del comercio. El comentario oficial holandés refería a la *lex mercatoria* en este contexto y permitía su aplicación, sin discutir exactamente qué era J.H. DALHUISEN, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Portland, Hart Publishing, 2000, p. 119.

<sup>93</sup> Craig, Park y Paulsson hablan de que los usos derivarían en un tipo de derecho consuetudinario de los contratos internacionales, L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications, 2000, p. 638.

<sup>94</sup> Se ha expresado allí que no solo las leyes y la jurisprudencia nacionales son aplicables a este caso, sino también regulaciones del comercio internacional que son esencialmente conformadas por los principios y usos generalmente admitidos en el comercio, y que esto permite al Tribunal

ambas partes habían designado el derecho argentino como aplicable, recurrió a los Principios UNIDROIT como usos y prácticas comerciales internacionalmente aceptables reflejando las soluciones de diferentes sistemas jurídicos y la práctica contractual internacional, por lo que, de acuerdo al artículo 28(4) de la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL, deberían prevalecer sobre cualquier derecho doméstico<sup>95</sup>.

Aparte de la ley modelo de UNCITRAL, seguida en este punto en numerosos países de los cinco continentes<sup>96</sup>, varios reglamentos de arbitraje adoptan igual solución, como ocurre por ejemplo con el artículo 35 del Reglamento de UNCITRAL de 2010 (que replica idéntica fórmula del Reglamento de 1976)<sup>97</sup>; o con el Art. 21 del reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de 2012, según el cual “en todos los casos el Tribunal Arbitral deber tener en cuenta la previsión contractual y todo uso relevante de comercio”<sup>98</sup>. Cuando esta regla fue originalmente formulada en 1975, el entonces Vice Presidente de la Corte, Jean Robert, dijo: “Es legítimo pensar aquí que esa fórmula abre camino a una forma de arbitraje más o menos libre, en el futuro, de constreñimientos legalísticos”<sup>99</sup>.

Como antecedente remoto de esta fórmula se encuentra la Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional de 1961, la cual prevé en su Artículo VII que en todos los casos los árbitros deben tomar en consideración los “términos del contrato y los usos de comercio”. Esto fue calificado por Blessing como uno de los más significantes acontecimientos del siglo XX, al liberar el arbitraje de percepciones locales<sup>100</sup>.

Ello se ve reflejado también en las deliberaciones del grupo de trabajo que elaboró el Art. 28 de la ley modelo de UNCITRAL, en las que quedó en claro que *en todos los casos* el tribunal arbitral tendrá en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles aplicables al caso<sup>101</sup>. Se otorga así un amplio margen de decisión al tribunal arbitral en la resolución de los casos en particular, “divorciándolo” de un sistema nacional específico<sup>102</sup>.

---

recurrir a dichas normas como lo ha estado haciendo la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en casos similares (Se hace referencia a los Laudos 8908 de 1996 y 8873 de 1997; Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje, vol. 10/2-Fall-1999, p. 78 ss.) (Arbitraje Ad Hoc en Costa Rica, 30.04.2001, citado en [www.unilex.info](http://www.unilex.info).)

<sup>95</sup> Laudo de Arbitraje Ad Hoc del 10.12.1997, citado en [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>96</sup> Una notable excepción es Inglaterra, donde los redactores de la Ley de Arbitraje de 1996, se negaron a proporcionar a los árbitros la facultad de tomar en cuenta "los usos comerciales".

<sup>97</sup> Que es anterior a la ley modelo de UNCITRAL e incluso fue tenida en cuenta en su elaboración. Así, se lee en el documento del grupo de trabajo de UNCITRAL A/CN.9/263, Ad. 1: La representación de Yugoslavia, manifestó que el artículo 28 debería complementarse con del artículo 33 (3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, para poder requerir del tribunal arbitral también a tener en cuenta "*los usos mercantiles aplicables al transacción*".

<sup>98</sup> Ver en [http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article\\_19](http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article_19)

<sup>99</sup> Ver L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSSON (nota 94), p. 331).

<sup>100</sup> M. BLESSING, "Choice of Substantive Law in International Arbitration", *Journal of International Commercial Arbitration*, Vol.14 n° 2, (Kluwer CD), June, 1997, p. 12.

<sup>101</sup> Notas Explicativas del Secretario General de la CNUDMI en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, en J. JENKINS / J. STEBBINGS, *International Construction Arbitration Law*, Kluwer Law International 2006, pp. 390 – 404.

<sup>102</sup> Informe del Secretario General Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI A/CN.9/97, Abril de 1973. Esta fórmula de la ley modelo a su vez se había basado en el artículo 33 (3) del Reglamento de UNCITRAL de 1976. Al respecto, Sanders, quien con prominencia había trabajado en la

## B) Las legítimas expectativas de las partes y los usos

Con el reconocimiento amplio de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado, en vez de buscarse localizar el contrato en un derecho nacional determinado, debería apuntarse a proteger las “legítimas expectativas de las partes”<sup>103</sup>, dentro de las cuales se “cuelan” los 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 materia<sup>104</sup>.

Bien señala Derains que la elección expresa o implícita no excluye la posibilidad de que, en ciertos casos, sea legítimo esperar que el juzgador tenga en cuenta la operación de una regla que las partes no especificaron como aplicando al contrato<sup>105</sup>.

Incluso con relación a los derechos nacionales mismos, destaca Basedow que las prácticas y los usos mercantiles no codificados siguen jugando un rol importante en el derecho moderno. Tanto en el derecho inglés, como en el francés y el alemán, los usos adquieren los efectos de un acuerdo implícito entre las partes. La incorporación implícita puede resultar problemática si una de las partes no conoce el uso en cuestión. Aquí se distingue una segunda categoría de usos, los cuales son conocidos por el conjunto de un sector de la actividad económica, aunque no necesariamente por las partes implicadas, y aplicados voluntariamente por los comerciantes de manera uniforme. Los usos mercantiles de este tipo son vinculantes para las partes, incluso si ellas no los conocen, y se aplican con preferencia respecto de las disposiciones del derecho estatal aplicable de carácter dispositivo, pero no a las de carácter imperativo. De este modo, las compuertas

---

elaboración de estas reglas, expresa: "El artículo 33 El párrafo (3) es muy claro y establece que "en todos los casos", el tribunal decidirá, de acuerdo con los términos del contrato y tendrá en cuenta los usos del comercio: "... El párrafo 3 establece una distinción. La decisión debe ser "con arreglo" a las estipulaciones del contrato, mientras que los usos comerciales deben "tenerse en cuenta". Esta distinción, después de largas discusiones, se hizo a propósito. Subraya la importancia del contrato y de las disposiciones estipuladas en el mismo. Si el contrato es claro, los usos comerciales no pueden justificarse una desviación de él. El contrato ocupa el primer lugar. Esto, en mi experiencia, corresponde con la práctica del arbitraje..." (P. SANDERS, "Commentary On Uncitral Arbitration Rules", Yearbook Commercial Arbitration 1977 - Volume II, Kluwer Law International 1977, pp. 210-211).

<sup>103</sup> E. JAYME (nota 46), 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).

<sup>104</sup> 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 37), p. 177).

<sup>105</sup> Y. DERAIS, "The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration" en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Volume 6/ nº 1, 1995, II, 2.

para los usos comerciales, existentes y en evolución, están todavía considerablemente abiertas<sup>106</sup>.

En las vinculaciones internacionales ocurre exactamente lo mismo, de allí lo acertado de tener una fórmula dual con la cual se admita tener en cuenta, además del derecho seleccionado, los usos aplicables al caso.

De hecho, en este sentido se encaminan las previsiones de los instrumentos internacionales preponderantes de derecho uniforme en materia contractual como, por ejemplo, la Convención de Viena relativa a compraventa<sup>107</sup>. Para ella, los usos pueden entrar a tallar de dos maneras. Una, pueden resultar aplicables de mediar estipulación de las partes, como cuando ellas se remiten a los INCOTERMS sistematizados por la Cámara de Comercio Internacional. Y dos, recoge la Convención de Viena en su Art. 9(2) la noción de los usos implícitos. Ello resulta significativo porque lleva a que reglas no hechas por los Estados pueden ser impuestas por las partes<sup>108</sup>. De la norma antedicha se desprende que el uso es aplicable aun cuando las partes no conocían de su existencia, en tanto resulten ampliamente conocidos y regularmente observados en el comercio concernido y las partes debían haberlo conocido.<sup>109</sup> Análoga solución trae el artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT<sup>110</sup>.

### C) La fórmula dual en el arbitraje

Está visto que la parte final del Art. 28 de la ley modelo manda tomar en cuenta tanto la voluntad de las partes como los usos aplicables al caso.

Al respecto, señala Blessing que hemos escuchado críticas de numerosos doctrinarios, quienes sostenían que esta fórmula dual sólo complicaría y proveería de incertidumbre, debiéndose en vez darse clara preferencia a un sistema jurídico nacional. Esos doctrinarios –expresa Blessing- quizás nunca estuvieron en un arbitraje en el cual tuvieron que resolver cuestiones relacionadas a estos temas, o bien no percibieron que las legislaciones nacionales y las leyes locales pueden

---

<sup>106</sup> J.BASEDOW, “El derecho privado estatal y la economía: el derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada”, *Cómo se Codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*, CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010, pp. 9-10.

<sup>107</sup> Esta convención se refiere a los usos en varios artículos, pero principalmente en el 9 y el 8(3). Según el artículo 9: “1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2. Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

<sup>108</sup> B. AUDIT (nota 3), pp. 176-177.

<sup>109</sup> Ver 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. 65.

<sup>110</sup> Esta norma dice con relación a los usos y prácticas: “1. Las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2. Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en dicho tráfico, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable”.

resultar estrechas o inapropiadas<sup>111</sup>. Así, 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<sup>112</sup>.

Por lo demás, hace notar Blessing la existencia de una tremenda cantidad de nuevas leyes que han sido creadas en diversas áreas del derecho, lo que lleva a una densidad de reglamentaciones que no tiene precedentes. Las empresas que ingresan al mercado internacional pueden decidir supeditarse a las leyes locales pero, de surgir una controversia, es necesario que el tribunal arbitral decida según las nociones fundamentales y los principios generales reconocidos según las legítimas expectativas de las partes. El árbitro no puede ser un simple esclavo o una especie de mecánico que ciegamente utilice las herramientas locales para buscar una solución al conflicto<sup>113</sup>.

La suiza Kaufmann-Kohler, otra prestigiosa jurista de dilatada experiencia en el mundo arbitral, rememorando los casos en que participó por árbitro en disputas bajo derechos alemán, francés, inglés polaco, húngaro, portugués, griego, turco, libanés, egipcio, tunecino, marroquí, sudanés, liberiano, coreano, tailandés, argentino, colombiano, venezolano, suizo, de Illinois y de Nueva York, se pregunta a sí misma si ella conoce estos sistemas. Y responde que excepto por el derecho de Nueva York, que aprendió hace muchos años y no pretende conocer ahora, y el suizo que practica activamente, la respuesta es claramente no. Y se plantea entonces qué debe hacerse con un derecho desconocido. ¿Cómo aprenderlo? ¿Me lo enseñarán los abogados de las partes? ¿Debo ignorarlo? ¿Debo enfocarme en los hechos y la equidad?<sup>114</sup>

De allí la sabiduría de la fórmula dual de la ley modelo de arbitraje, que permite “colar” usos y estándares transnacionales, incluso de manera correctiva<sup>115</sup>. Y lo propio vale, a modo de desiderátum, para el litigio judicial y el reconocimiento del derecho no estatal, más aún si se considera que los redactores de los Principios de La Haya, está visto, han optado por equiparar la aplicabilidad de ellos tanto en sede arbitral como ante jueces estatales.

---

<sup>111</sup> M. BLESSING (nota 101), p. 3.

<sup>112</sup> Debe considerarse que, comúnmente, las transacciones transfronterizas tienen factores particulares como el de la distancia entre comprador y vendedor, ciertos requerimientos como licencias para importar y exportar que dependen de las autoridades, o prohibiciones, transferencias de moneda, y un sinfín de eventualidades. R. DAVID (nota 3), pp. 11-12.

<sup>113</sup> M. BLESSING (nota 101), p. 3.

<sup>114</sup> International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration', Arbitration International, Volume 26 Issue 2, p. 198.

<sup>115</sup> Los usos no pueden derogar disposiciones expresas del derecho nacional que resulte aplicable, pero en casos en que deben usarse los poderes que tiene el juez o el árbitro de interpretar provisiones contractuales y aplicarles cuando hay un padrón de hecho que se repite, no cabe duda de que cuando las circunstancias en las cuales se repite el padrón pertenecen a transacciones internacionales, envuelven leyes distintas, lenguajes foráneos, monedas disímiles, y extranjeros, un tipo de jurisprudencia es generada, por decisiones repetidas que tratan de padrones transnacionales similares que no derivan de un contexto nacional. De allí la fuerza de los precedentes arbitrales, como los de la Cámara de Comercio Internacional, que basan sus conclusiones en realidades económicas y conforme a las necesidades del comercio internacional, a las cuales las reglas específicas del arbitraje internacional deberían responder (L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSSON (nota 94), pp. 638-639).



Y ojo que al restar esta potestad de los árbitros, si bien los Principios de La Haya –utilizando la terminología de Gama y Saumier– avanzan el *status quo* con respecto a los litigios en sede judicial, pueden importar un retroceso en lo que atañe al arbitraje. Volveremos sobre el punto en al exponer al final nuestras conclusiones.

#### D) Los jueces estatales y el derecho foráneo

Venimos afirmando en varias contribuciones que constituye una premisa irreal de que los tribunales locales se encuentran igualmente capacitados para aplicar el derecho doméstico y el internacional, en tanto que evidentemente solo la práctica, la jurisprudencia y doctrina propias caen bajo el manejo adecuado de juzgadores dentro de una jurisdicción<sup>116</sup>. Como bien lo decía Goldschmidt hace muchos años, los jueces son arquitectos en sus sistemas jurídicos autóctonos, y meros fotógrafos en los foráneos<sup>117</sup>.

Por lo demás –como bien lo destaca GLENN– 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 no deja certeza sobre las líneas jurisprudenciales que puedan ser seguidas en varios países<sup>118</sup>.

No debe perderse de vista también que en el derecho actual se está produciendo recurrentemente el fenómeno de la internacionalización o reinterpretación de los derechos nacionales, lo que lleva a la aseveración de un académico que “el jurista de hoy se encuentra viviendo una época de oro”<sup>119</sup>, en evidente alusión a la “globalización del pensamiento jurídico” que se produce hoy

---

<sup>116</sup> La dificultad de aplicar derechos foráneos puede incluso poner en peligro que se pueda ejecutar el contrato afuera de la jurisdicción propia, R. DAVID (nota 3), p. 11.

<sup>117</sup> F.K. JUENGER (nota 4), p. 205. reporte ILA, p. 199. Hace unos años, un informe conjunto de la Comisión Europea y del Grupo de Trabajo formado para elaborar un Código Civil europeo, conformado por eximios juristas del continente, ha encontrado numerosos problemas con el conflictualismo, tales como lidiar con distintos idiomas, la dificultad de establecer el alcance de leyes extranjeras, la existencia de precedentes jurisprudenciales no claros o contradictorios, así como la onerosidad de obtener información sobre el derecho extranjero y el tiempo que ello insume. En el *common law* los jueces son más pragmáticos, pues, frecuentemente, recurren a testigos, expertos en sus respectivos sistemas foráneos, para que los convenzan y, si la evidencia se presenta insuficiente, los tribunales se inclinarán a aplicar el derecho de su foro (*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](http://www.sgecc.net)) (ultimo acceso: 2 de marzo de 2010), pp. 30-31). El informe concluye que en el sistema conflictualista europeo hay un amplio margen para que las empresas sean tomadas de sorpresa, simplemente porque las reglas son complejas y no siempre pueden resultar rigurosamente aplicadas en la práctica (*Communication on European Contract Law* (nota 118), p. 6).

<sup>117</sup> *Communication on European Contract Law* (nota 118), p. 6.

<sup>118</sup> 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).

<sup>119</sup> Reid, citado por R. ZIMMERMANN / S. WHITTAKER (Editores), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 11.

día. Como consecuencia, se introducen al derecho doméstico, de afuera, “por la ventana”, criterios relevantes relacionados con la labor hermenéutica<sup>120</sup>.

Ello hasta incluso alterar soluciones domésticas, como ocurre con el Tribunal Supremo Español y la reinterpretación correctiva que hace de las reglas contractuales de su legislación interna adecuándola a instrumentos como la Convención de Viena sobre compraventa y los Principios UNIDROIT de Derecho Contractual<sup>121</sup>. Algo parecido ocurrió en México, en que la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (COMPROMEX según sus siglas en español), en *Seoul International Co. Ltd, and Seoulia Confectionery Co. v. Dulces Luisi, S.A. de C.V.* (1998), expresó que el deber de buena fe y lealtad comercial constituye un pilar del comercio internacional, y que, como tal, debería prevalecer sobre provisiones particulares del derecho mexicano. Al resolver el caso, la comisión decidió aplicar no solo la Convención de Viena sobre compraventa, sino también, en general, los usos comerciales y las prácticas internacionalmente aceptados, en pos de la justicia y equidad en el caso específico<sup>122</sup>. Otro ejemplo es el colombiano, cuando en 2010 la Corte Suprema se basó en el deber impuesto por la Convención de Viena sobre compraventa de mitigar daños, considerándolo como una evidente expresión de un principio internacional relativo a contratos, y extendiéndolo a un caso en que una ley nacional colombiana era aplicable<sup>123</sup>

Como tuve la oportunidad de señalarlo en otras ocasiones, esta interpretación transnacionalizada e incluso la reinterpretación correctiva de los derechos propios a la luz del derecho comparado ocurre en varios otros países<sup>124</sup>. Los grandes comparatistas ZWEIGERT y KÖTZ destacan así la existencia de precedentes jurisprudenciales en Alemania, Grecia, Portugal y Suiza, repletos de referencias al derecho comparado<sup>125</sup>.

Estudios de derecho comparado han demostrado, además, que en casos internacionales frecuentemente los juzgadores, solapadamente, obvian entrar en el laberinto de la llamada “justicia conflictual” para arribar, por otros medios argumentativos, a soluciones calificadas como de “justicia substantiva” o

---

<sup>120</sup> Como lo expresan las sabias palabras de Lord GOFF DE CHIEVELEY: “El derecho comparado puede haber sido el hobby del ayer, pero está destinado a convertirse en la ciencia del mañana” (W.G. Hart Legal Workshop Series, Comparative Law in the 21st Century, Edited by Andrew Harding and Esin Örüçü, Kluwer Academic Publishers, London/The Hague/New York, 2002, Preface, pp. vii-viii).

<sup>121</sup> Ello a partir del año 2006 (*Deutsche Seereederei Rostock GMBH v. Martico SL*) y luego en varios otros casos (ver en <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13619&x=1>).

<sup>122</sup> Vea <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg>.

<sup>123</sup> Caso Ref.: 11001-3103-008-1989-00042-01. Ver <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg>.

<sup>124</sup> Una frase del germano BERGER sintetiza la actitud que viene tomando cuerpo hoy: “interpretación transnacional del derecho” (“*internationally useful construction of domestic laws*”) 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. Ello en tanto que su compatriota ZIMMERMANN dice, con referencia al derecho teutón, que los recursos del *ius commune* –de clara vocación universal– tienen hoy considerable significado para la evaluación e interpretación de provisiones legislativas germánicas. 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](http://ouclf.iuscomp.org), 2006.

<sup>125</sup> K. ZWEIGERT / H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Third Edition, New York, Oxford University Press Inc., 1998, p. 19.

“material”. Es decir, los juzgadores pretenden que siguen las normas establecidas, pero de hecho no lo hacen, sino buscan la justicia para el caso individual. Se utilizan técnicas encubiertas para llegar al resultado que el tribunal desea<sup>126</sup>, a cuyo efecto los juzgadores suelen recurrir a lo que los anglosajones denominan “*escape devices*”, o mecanismos de escape, manipulándose a dicho fin, distorsionándolas, nociones como calificación, reenvío, orden público internacional, fraude a la ley y otros<sup>127</sup>.

E) El acierto de las fórmulas amplias de equidad de los instrumentos interamericanos

Ya hace un buen tiempo, la Organización de los Estados Americanos (OEA) aceptó abiertamente que los juzgadores puedan recurrir al mecanismo de escape para “realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”, más allá de la aplicación de “derechos estatales”, según la fórmula de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (CIDIP II, Montevideo, 1979)<sup>128</sup>, instrumento que goza de numerosas ratificaciones en la región<sup>129</sup>.

La Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a la contratación vuelve a replicar el espíritu de esta norma, al prever que tendrán aplicación, cuando corresponda, “las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de

---

<sup>126</sup> 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](http://www.sgecc.net), p. 31) (último acceso: 2 de marzo de 2010).

<sup>127</sup> Recientemente incluso, los derechos humanos han sido invocados para “limitar” lo que los Estados pueden hacer en materia de Derecho internacional privado, y marcó todo un hito en este sentido la famosa decisión de la Corte Constitucional alemana en 1971, seguida por otras, como la italiana de 1987 (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).

<sup>127</sup> 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*).

<sup>128</sup> 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, “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. 57. También R. HERBERT, “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *RUDIP*, Año 1-nº 1, pp. 89-90).

<sup>129</sup> Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Paraguay, Ecuador, México, Perú, Uruguay y Venezuela. Ver en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>.

general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”<sup>130</sup>.

Queda por ver si el comentario a los Principios de La Haya no termina contradiciendo estas soluciones, es decir, retrocediendo sobre el *status quo* interamericano. Volveremos sobre el punto al abordar las conclusiones.

#### F) Una precisión terminológica con respecto a las fórmulas amplias

Palabras que aparecen frecuentemente denotando estas fórmulas amplias, como equidad, usos, prácticas o costumbres cuentan con no pocas disparidades dentro del derecho comparado en cuanto a terminología<sup>131</sup>.

Resaltan Berman y Dasser que en la contratación internacional, antes se denominaba usualmente “costumbres” a los entendimientos comerciales (*commercial understandings*) según las prácticas contractuales. Ello en tanto que ahora se utiliza mayormente la palabra “usos”<sup>132</sup>. Por su parte, expresa Goode que en el derecho moderno se tiende a tratar a ambos términos –usos y costumbres– como intercambiables, pero la palabra uso se encuentra mayormente empleada en materia de derecho comercial internacional, en tanto que en el derecho internacional público generalmente se utiliza el término *costumbre*<sup>133</sup>.

Los usos pueden ser incorporados al contrato, como al hacerse referencia a los INCOTERMS de la Cámara Internacional de Comercio, por ejemplo. También pueden serlo de manera implícita, como ocurriría con una costumbre no referida por las partes, pero que debe entenderse comprendida dentro de lo que ellas contemplaron. En este sentido, los usos de comercio pueden reputarse internalizados al contrato y una expresión de lo que las partes quisieron o se

---

<sup>130</sup> 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 49), pp. 223-224). Algunos interpretan que aquí el rol del derecho transnacional sería meramente supletorio, en la medida en que sea necesario para aportar soluciones equitativas al caso concreto, según lo dispone la norma. R. SANTOS BELANDRO (nota 50), p. 94. 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”. Ello da al derecho transnacional un valor mucho mayor que el meramente supletorio.

<sup>131</sup> Tal cual lo destaca el comentario al artículo 1:105 de los Principios Europeos de Derecho Contractual (PECL).

<sup>132</sup> J. BERMAN / F.J. DASSER (nota 110), p. 56. Ver también M. AKEHURST, *Custom as a Source of International Law*, 47 BYIL 1, 1974-1975, p. 11.

<sup>133</sup> Roy Goode, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 1997, 46 ICLQ 1, pg. 7, nota al pie. La noción es claramente que el derecho consuetudinario internacional es el producto de la actividad interestatal, en tanto que la *lex mercatoria* es el producto de la acción privada. Numerosos instrumentos internacionales en materia de derecho del comercio internacional utilizan la palabra uso antes que costumbre, más amplio al comprender no solo lo que se considera práctica en general sino lo que las partes han tenido como expectativas presumidas. Así lo hace, por ejemplo, la Convención Internacional sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Ello como rechazo al requerimiento de un sentimiento psicológico de la fuerza obligatoria del uso (u *opinio necessitates*). Entonces, lo que ha sido llamado como costumbre normativa es asimilada a lo que puede denominarse costumbre de conducta, y las expectativas presumidas de las partes en el uso son suficientes para hacer nacer las obligaciones a observarlas. El resultado es ampliar significativamente la esfera y vigencia de los entendimientos mercantiles del comercio internacional. H.J. BERMAN / F.J. DASSER, “The “new” law merchant and the “old”: sources, content, and legitimacy”, en *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Thomas E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 65.

entiende que han querido<sup>134</sup>. Adquieren entonces allí un valor correctivo de mediar una disposición supletoria en contrario en el derecho elegido.

El uso es particular a la actividad concernida, pero una vez que ha adquirido aceptación general –refiere Goode-, pasa a constituir ya un “principio general”<sup>135</sup>. Esta equiparación que se da así entre usos y principios la hizo, por ejemplo, un tribunal arbitral operando bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, presidido por Pierre Lalive<sup>136</sup>.

La referencia a los principios aparece reiteradamente en los años 1930s, en cláusulas de arbitraje incluidas en contratos relativos al petróleo. Luego se habla de principios de derecho “reconocidos por naciones civilizadas en general”<sup>137</sup>, así como otras expresiones alusivas a ellos<sup>138</sup>.

Los principios, usos y costumbres del derecho comercial internacional suelen ser referidos también *lex mercatoria* o nueva *lex mercatoria*, según lo refirió, por ejemplo, un muy famoso caso inglés (*Deutsche Schaubau-und Tiefbohrergesellschaft mbH*, Cámara de Apelaciones inglesa, 1998<sup>139</sup>).

La equidad puede calificarse, a su vez como la facultad que tiene el juez para mitigar la dureza de la aplicación estricta de una ley. Es –como lo refiere Merryman- el reconocimiento de que las reglas generales, como las que suelen encontrarse en las leyes, funcionan a veces de manera dura o inadecuada, y que algunos problemas son tan complejos que la legislatura no puede prever las consecuencias de todas las mutaciones posibles de los hechos. En este caso, se cree preferible dejar en manos de quien decide el caso para que tome una decisión acorde con la equidad. La misma pasa a ser así justicia del caso

---

<sup>134</sup> Del artículo 9 de la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías (CISG), del artículo 1(8) de los Principios UNIDROIT, relativo a “Usos y prácticas”, así como del artículo 1:105 de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) se desprenden dos categorías de los usos. La primera está conformada por los que se derivan del propio comercio. Y la segunda de prácticas conocidas por las partes del contrato y que observan en la esfera de sus negocios.

<sup>135</sup> R. GOODE (nota 42), pp. 16-17. Los usos pueden expresar un principio muy amplio de conducta o uno muy específico. Los muy amplios pueden, si se extienden un tipo de actividad internacional contractual, ser elevados a principios generales del derecho o incluirse en una convención internacional y perder su status distintivo como uso de comercio (por ejemplo, *pacta sunt servanda*). Algunos usos son amplios y otros específicos, pero muy seguidos, como por ejemplo el otorgamiento de un plazo razonable para examinar cartas de crédito o un aparente buen orden del documentos. El grado de especificidad puede ser relevante al pedir su reconocimiento a un tribunal arbitral, pues cuando más general el uso, más su afinidad con los principios generales del derecho y menor la carga de probar de que es generalmente conocido. R. GOODE (nota 42), p. 12.

<sup>136</sup> Caso CCI 3380/1980, citado por L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSSON (nota 94), p. 102.

<sup>137</sup> Y. DEZALAY / B.G. GARTH, *Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1996, pp. 86-87.

<sup>138</sup> Como principios generales del derecho internacional privado (*Caso Aramco, 1958*); Principios generales del derecho (*Casos Libia c/ Texaco y Liamco, 1977; Aminoil c/ Kuwait, 1982; Framatome c/ Iran, 1982*); principios generalmente admitidos (*Laudo CCI, Caso Nro. 2152/1972*); principios generales del derecho y de la justicia (*Laudo CCI, Caso Nro. 3380/1980*); principios generales del derecho que deben regir las transacciones internacionales (*Laudo CCI, Caso Nro. 2291/1975*); principios generales adoptados por la jurisprudencia arbitral internacional (*Laudo CCI, Caso Nro. 3344/1981*); Principios generales ampliamente admitidos, que rigen el derecho comercial internacional (*Laudo CCI, Caso Nro. 3267/1979*) y principios generales del derecho aplicables a las relaciones económicas internacionales (*Laudo CIADI, 1983, Caso Asia c/ República de Indonesia*); Principios generales del derecho que hacen parte de la *lex mercatoria* (*Laudo CCI, Caso Nro. 3327/1981*); Reglas del derecho (*Laudo CCI, Caso Nro. 1641/1969*).

<sup>139</sup> R. GOODE (nota 42), p.29.

individual, e implica claramente el otorgamiento de una facultad discrecional al juzgador<sup>140</sup>.

#### G) Ausencia de fórmula correctiva en los Principios de La Haya: evaluación

Se lee en la documentación oficial de la Secretaría Permanente de la Conferencia de La Haya que la mayoría del Grupo de Trabajo concordó que los usos internacionales del comercio podrían suplementar la selección del derecho de las partes, y que en el comentario se resaltaría que, en principio, los usos de comercio pueden suplementar y asistir en la interpretación, pero no pueden dejar sin efecto o contradecir la operación del derecho o las reglas de derecho elegidas por las partes<sup>141</sup>.

Siguiendo a Goode y otros importantes juristas, señala Brunner que debe asumirse que las partes en un contrato internacional deberían esperar que el derecho doméstico sea aplicado desde una óptica ampliada acorde con los usos internacionales establecidos<sup>142</sup>, teniendo presente la necesidad de acomodar factores particulares que son peculiares a transacciones envolviendo elementos foráneos<sup>143</sup>.

Es cierto –dice Brunner– que los términos contractuales deben ser contruidos según el derecho aplicable nacional. Sin embargo, así como los tribunales nacionales están autorizados a interpretar y suplementar el derecho nacional por principios generales contractuales, deberían igualmente estar autorizados a hacerlo en materia de contratos internacionales<sup>144</sup>. De modo que para establecer la intención de las partes con respecto a una cláusula específica, puede haber de hecho situaciones en que sería más apropiado tener en cuenta principios generales contractuales antes que reglas relevantes del derecho doméstico aplicable, que pueden no estar específicamente adaptadas para transacciones internacionales<sup>145</sup>.

---

<sup>140</sup> J. H. MERRYMAN, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, Traducción de Eduardo L. Suárez, Editorial México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 98-99. Como la palabra *equity* tiene una connotación específica atada a vicisitudes históricas del common law, los anglosajones prefieren hablar de justicia, de fairness, de good conscience, R. DAVID (nota 3), p. 375, nota al pie.

<sup>141</sup> Versión consolidada (nota 30), p. 16.

<sup>142</sup> Dice textualmente en inglés “*with a broader-brush and with an eye to established international usage*”. Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Kluwer Law International 2008, p. 29. Goode habla del ‘broader-brush’ en su artículo con el significativo título: ‘The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration’. *Arbitration International* 8, 1992. Dice allí que cuando las partes eligen el derecho aplicable, razonablemente esperan que el árbitro va a tener en cuenta el carácter internacional de la transacción. Una transacción internacional no es lo mismo que una doméstica, y uno puede razonablemente suponer que cuando se invoca un derecho nacional se pretende que sea aplicado con un “broader brush” y un ojo a usos internacionales y los deseos de acomodar factores particulares que son peculiares a transacciones envolviendo elementos foráneos. Esto comparten varios otros juristas internacionales (R. GOODE (nota 42), citado por BRUNNER (P. 29)).

<sup>143</sup> La expresión corresponde a Roy Goode, BRUNNER (nota 143), p. 29. Es cierto que se refiere al contexto arbitral, pero los Principios de La Haya –está visto– deciden dar un paso también en la equiparación de ello al judicial.

<sup>144</sup> En apoyo cita Brunner a Redfern y Hunter, BRUNNER, (nota 143), p. 29.

<sup>145</sup> BRUNNER (nota 143), p. 30.



Bien prosigue diciendo Brunner que ello en definitiva depende de las legítimas expectativas de las partes, lo que debe ser sopesado en cada caso. Si una parte eligió un derecho nacional por la razón de que quiere una solución rígida para una cuestión específica, se puede hacer mención de ello, excluyéndose cualquier recurso a consideraciones de otros derechos o del derecho transnacional<sup>146</sup>. Por lo demás, el propio derecho nacional puede dar lugar a una construcción comparativa<sup>147</sup>, tal como ocurre –se ha visto ya- de manera recurrente en el derecho comparado. Debe tenerse en cuenta también que los distintos sistemas contienen fórmulas abiertas que dan amplias facultades al juez, como las de fuerza mayor e imprevisión. Aquí es que los principios generales del derecho comparado adquieren particular fuerza<sup>148</sup>.

Se habla así –como lo califican Craig, Park y Paulsson– de un *common law* de la contratación internacional<sup>149</sup>, deseablemente a ser tenido presente por los juzgadores en cada caso en particular que se les presente.

No se prevé en el texto de los Principios una norma que se ocupe específicamente de esta cuestión, a diferencia de lo que ocurre en el mundo arbitral y en convenciones interamericanas. Es de esperar que el comentario aborde apropiada este tema, como se propone párrafos abajo.

## **VII. Conclusiones**

### **1. Recapitulación**

En esta contribución presenté el instrumento actualmente en ciernes en materia contractual elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Mi participación en el proceso de elaboración del mismo, primero como miembro del Grupo de Trabajo y ahora como integrante de la Comisión Especial que se encuentra evaluándolo, me situó en una posición privilegiada que a su vez me hace sentir en obligación –por ponerlo de alguna forma– de difundir la labor realizada.

Tal ha sido uno de los propósitos perseguidos con estas páginas, en las que al comienzo describo brevemente la reversión de lo que califiqué como dos siglos de desventuras conflictualistas en varias de sus aristas, rectificación apuntalada hoy día por organismos preponderantes a nivel mundial como UNCITRAL y UNIDROIT, a los que viene a sumarse ahora a la labor el principal organismo codificador mundial en materia de Derecho Internacional Privado, como lo es a no dudarlo la Conferencia de la Haya.

Describí luego los objetivos perseguidos con el instrumento en preparación en La Haya y la técnica legislativa empleada para el efecto, detallando las ventajas

---

<sup>146</sup> Ver BRUNNER (nota 143), pp. 30-31.

<sup>147</sup> BRUNNER (nota 143), p. 31.

<sup>148</sup> BRUNNER (nota 143), pp. 31-32.

<sup>149</sup> L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSSON (nota 94), p. 101.

del proceder optado para su elaboración. Me detuve después en el contenido del documento hasta lo ahora trabajado, relatando que consta un preámbulo y once artículos, quedando pendientes aún los comentarios y las ejemplificaciones que están proyectados, a completarse seguramente en línea con los avances dispuestos por la Comisión Especial de noviembre de 2012.

Me concentré después en un tema específico que considero crucial en el documento en gestación, cual es el de la aplicabilidad del derecho no estatal, uno de los grandes ejes del arbitraje moderno.

Luego de formular precisiones terminológicas sobre el punto, he expuesto las opciones consideradas por el Grupo de Trabajo en cuanto al derecho no estatal, señalando que se ha optado finalmente por una equiparación en el sentido de que el derecho estatal sea aplicado tanto en esfera judicial como arbitral.

He notado, sin embargo, de que pese a que el Grupo de Trabajo se ha dejado guiar en esta cuestión por los desarrollos que han venido produciéndose en las últimas décadas en el mundo del arbitraje, no se ha adoptado una fórmula de equidad o correctora que permita recurrir a los usos o al derecho no estatal incluso cuando las partes han elegido un derecho nacional, en caso de que esto lleve a resultados no razonables o injustos.

He hecho notar de que tanto en el derecho interno como en el derecho internacional privado, las partes en sus contratos se guían por legítimas expectativas dentro de las cuales necesariamente deberían ser consideradas los usos circundantes. Ello, tratándose de vinculaciones transfronterizas, debería llevar a que se “cuele” el derecho no estatal de ser necesaria la morigeración.

Expuse al efecto las múltiples falencias del sistema conflictualista que pretende basar las soluciones de un caso transfronterizo en sistemas nacionales con exclusividad, señalando no solo lo altamente insatisfactorio del mecanismo, sino que incluso los propios derechos nacionales vienen internacionalizándose o reinterpretándose a la luz de lo que viene siendo preponderantemente aceptado en el derecho comparado en distintas cuestiones del ámbito contractual.

Hice notar a este efecto el acierto de las fórmulas amplias de equidad de los instrumentos interamericanos elaborados en el seno de la OEA, que facultan al juzgador a recurrir al mecanismo de escape para arribar a soluciones de justicia en los casos en concreto, a cuyo efecto, según la fórmula de la Convención de México de 1994, debería llevar a aplicarse en materia de contratación, cuando corresponda, “las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación”.

Resalté también las imprecisiones terminológicas con respecto a estas fórmulas amplias, que en el fondo apuntan todas a constituir un mecanismo de escape para arribar a soluciones justas en los casos en particular, a cuyo respecto debería jugar un rol preponderante el derecho no estatal como guía correctiva.

Finalmente, realicé una evaluación de la ausencia de la fórmula correctiva en los Principios de La Haya, señalando que el Grupo de Trabajo optó por que los

usos de comercio puedan complementar y asistir en la interpretación pero no puedan dejar sin efecto o contradecir la operación del derecho o las reglas de derecho elegidas por las partes.

Este es un tema ya resuelto que, salvo reversión en otra instancia antes de la aprobación final del documento en La Haya, ya no debería modificarse. Sí es de augurar que la cuestión sea cuidadosamente abordada en los comentarios y en su caso ejemplos, para no ir en abierta contradicción con soluciones como las del mundo arbitral o las convenciones interamericanas.

## **2. Consideraciones finales**

Los Principios de La Haya tienen un enorme potencial de consecuencias fecundísimas, como inspirar cambios legislativos, servir de guía interpretativa a jueces, o facilitar la ratificación de textos convencionales que se encuentren en sintonía con los mismos.

Al efecto, al prestigio del organismo asentado en La Haya y al universalismo que propone en cuanto a la eventual adopción de sus textos, debe agregarse la modernidad de las soluciones contenidas en el documento emanado del Grupo de Trabajo que participó en su confección.

En lo que atañe específicamente al arbitraje, es cierto que mucho de lo propuesto por el instrumento en gestación se viene reconociendo ya hace tiempo en esta área, como la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad y la facultad de que las partes puedan elegir reglas no estatales que rijan sus contratos. De todos modos, la amplitud en la que se debate el arbitraje puede llevar a que los Principios de La Haya puedan coadyuvar a las partes y a los árbitros en la labor interpretativa.

Está visto que hay un punto en que, sin embargo, podría registrarse ahora a una regresión en los Principios de La Haya con respecto a lo que ya se acepta ampliamente en el mundo arbitral, cual es el efecto correctivo que puedan tener en los casos en particular los usos mercantiles, o en general, con efecto equivalente, el derecho no estatal o alguna fórmula amplia de equidad. Esto se acepta tanto en la ley modelo de arbitraje de UNICTRAL como en el reglamento arbitral de esta institución y varios otros dictados en su consecuencia en el mundo. Incluso, más allá del arbitraje, la fórmula amplia ha tomado carta de ciudadanía en instrumentos interamericanos aplicables a la contratación, cuyos efectos se extienden a la órbita judicial.

En su momento, cuando se estudiaba la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL, la presión de representantes de llamados países en desarrollo llevó a suprimirse del borrador del proyecto las referencias a los usos de comercio con efecto correctivo. Finalmente, sin embargo, ello fue reinsertado<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> Ver antecedentes en DE LY (nota 85), p. 119.

En la esfera judicial, resulta paradójico que son varios de los países en desarrollo los que aceptan la fórmula correctiva, por haber ratificado una o dos de las convenciones interamericanas que permiten su aplicación. Para este continente, sería una regresión que los Principios de La Haya veyen en el texto de su articulado, o al menos en su comentario, el eventual efecto correctivo de los usos o en general del derecho no estatal.

No en mucho tiempo lo sabremos.

## REFERENCIAS

DAVID, R. **Los grandes sistemas del derecho contemporáneo**. Traducción al portugués de Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002

JUENGER, F.K. **The Lex mercatoria and private international law**. Louisiana Law Review, Summer, 2000.

MORALES, A.M. **Los principios del derecho europeo de contratos**. Madrid: Civitas Ediciones S.L, 2002

FERRARI, F e LEIBLE, S (Orgs). **Rome I Regulatio, the Law applicable to contractual obligations in Europe**. München, Sellier, 2009

RODRÍGUEZ, J.A. Moreno. **La convención de México sobre el derecho aplicable a la contratación internacional**. Puplicación de la organización de Estados Americanos, Washington DC, 2006.