

## Parte III

# Experiencias estatales latinoamericanas en materia de contratos internacionales



## Resumen

*El presente trabajo da cuenta de los principios que informan el régimen de los contratos en el Código de derecho internacional privado panameño, haciendo hincapié en las disposiciones atinentes a los contratos internacionales entre iguales y entre partes desiguales. Asimismo, se centra en la elección del derecho aplicable derivado de la autonomía y los límites a la misma.*

## Sumario

**I. Introducción.** 1. De la geografía e historia en la formación del derecho panameño contractual.

**II. Sobre las fuentes normativas y principios que informan al régimen de los contratos en el derecho internacional privado panameño.** 1. De la instrumentalización y participación del derecho interno como fuente normativa. A) La libertad contractual y desarrollo. 2. Sobre el carácter internacional de los contratos y sus principios que lo informan en el marco de un derecho internacional privado comparado de los contratos. A) Del carácter internacional del contrato.

**III. Sobre la clasificación de los contratos internacionales y su fundamento jurídico en el nuevo Código de derecho internacional privado panameño; contratos internacionales entre iguales y contratos internacionales entre desiguales.** 1. Hacia un esquema de los contratos denominados internacionales. 2. Los contratos internacionales entre iguales o simétricos en el Código de derecho internacional privado. A) Del principio del consensualismo en tanto que norma escrita. B) Del poder de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del derecho. C) El ámbito de elección del derecho aplicable derivado de la autonomía contractual. D) La libertad contractual vis a vis, los usos y costumbres internacionales del mercado internacional. E) Del dépeçage como expresión del poder de elección al derecho aplicable. F) De algunas previsiones sobre los contratos entre ausentes. G) Foro competente y concordancia con la ley aplicable. 3. Del régimen de los contratos internacionales entre desiguales o relaciones asimétricas. A) De los contratos del consumidor transfronterizos en el Código de derecho internacional privado panameño. B) Del contrato de trabajo en el plano del derecho internacional privado. C) De los contratos de subordinación estructural económica en el Código de derecho internacional privado. D) Sobre los límites a la autonomía de la voluntad contractual: orden público y fraude a la ley.

# El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

Gilberto Boutin\*

## I. Introducción

El fenómeno de la contractualización del derecho<sup>1</sup> no es reciente, pero constituye un punto de encuentro y de síntesis, para el derecho internacional privado comparado, el de poder examinar la institución del contrato en su diversidad normativa<sup>2</sup> y doctrinaria<sup>3</sup> Con ocasión del estudio y reglamentación de los contratos en el nuevo código de derecho internacional privado panameño.<sup>4</sup>

Tratar el tema de los contratos internacionales es intentar armonizar la técnica de los contratos con las diferentes leyes que pueden intervenir en él y establecer un equilibrio entre los derechos de las partes en un contrato esencialmente bilateral.<sup>5</sup> Históricamente, el régimen jurídico internacional de los contratos, evoca forzosamente la teoría de la autonomía de la voluntad; teoría filosófica *ius* naturalista del siglo XVII, que cobra

intensidad, con la escuela de Orleans, presidida por el célebre jurista holandés, Hugo Grotius,<sup>6</sup> pasando por, la generación clásica francesa de los pensadores Domat y Pothier bajo la locución latina: *solus consensus obligat*, que se desdobra en la regla jurídica, de la libertad contractual<sup>7</sup> en tanto que regla legislativa codificada.<sup>8</sup>

Del aluvión normativo referente a las diversas formas de contratación moderna<sup>9</sup> fundada en la libertad contractual, se denota dos grandes fases de tal fenómeno a distinguir: una fase primigenia de expansionismo de la libertad contractual y una segunda fase, de atemperar el poder de la libertad contractual instigada por las tendencias del neo-liberalismo económico<sup>10</sup> que produce el resurgimiento e intervención de leyes de orden público; normas de carácter imperativo, que pretenden garantizar un mínimo de orden social inspirado en el principio de solidaridad humana.

En este sentido nuestra codificación de derecho internacional privado panameño de los contratos, tiene como desafío, el de descifrar como reglamentar una justicia contractual entre el principio de utilidad económica de los contratos y el principio de solidaridad contractual el sentido social del contrato como expresión de justicia reivindicativa de la parte más débil.

Es por las razones arriba señaladas que, nuestra exposición, tendrá por estudio en primer lugar, el análisis de las fuentes normativas que informan el sistema jurídico positivo patrio, tanto en sus fuentes nacionales como internacionales, que permitan elaborar un perfil del derecho contractual panameño, como estudio previo al régimen jurídico internacional de los contratos, y luego una segunda parte, fundada en un análisis sobre la clasificación de los contratos internacionales al amparo del código de derecho internacional privado en: contratos internacionales entre iguales, es decir, los contratos de *gré à gré* o entre agente económicos en pie de igualdad por un lado y contratos internacionales entre desiguales, es decir, los contratos de consumidores, los contratos entre una parte estructuralmente débil y los contratos de derecho del trabajo internacional, previa una introducción de carácter histórico

de cómo la geografía y la historia han influido en nuestro orden normativo siendo un país eminentemente consensualista frente al resto de las naciones latinoamericanas y países fronterizos.

## 1. De la geografía e historia en la formación del derecho panameño contractual

La expresión del derecho internacional privado nacional obedece su construcción en el tiempo a dos constantes: la primera, al desarrollo cultural, histórico y económico de la sociedad panameña que permite modelar o formar un determinado sistema legal o en otros términos, el derecho está concebido por un desarrollo histórico de cada país y luego la fuente primaria que es el derecho parroquial o laico que se reduce a la construcción de un derecho común.

Aunque paradójico el derecho internacional privado panameño tiene sus raíces en el Alto Medioevo colonial europeo transferido al istmo de Panamá en el siglo XVII, bajo el surgimiento de las ferias de Portobelo. En dichas ferias se concentraba en el puerto del atlántico del Caribe panameño la gran riqueza extraída por el conquistador español del Potosí y del Gran Cusco para ser vendida una parte en el istmo

## El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

**Gilberto Boutin**

de Panamá y la otra continuara hacia la metrópoli europea. Es con las ferias de Portobelo que se estimula las fuentes de los usos de la plaza y la práctica comercial que constituyo el subconsciente normativo de la denominada *lex mercatoria*<sup>11</sup> en nuestro Código de Comercio.<sup>12</sup> La incidencia de mercaderes de todas partes del Caribe junto con la influencia subsiguiente de la migración judía dio a Panamá un lugar en el intercambio de mercadería basado en la oferta y demanda. Es a principio del siglo XIX en 1821 que mediante el grito de la Villa de Los Santos hoy Península de Azuero, que tiene lugar el grito de independencia basada en la libertad de comercio de los criollos con las colonias de origen inglés en la región. En 1860 el Código Federal del istmo de Panamá, consagra el principio de la autonomía como fuente de las obligaciones contractualmente accediendo sin ambages a la libertad contractual.

Respecto al tema que nos exige la presente comunicación, hemos pretendido orientar mediante esta brevísima introducción organizar nuestra comunicación en las fuentes y principios rectoras del código de derecho internacional privado de los contratos para luego aborda la clasificación de los contratos internacionales en dos

significativos segmentos: el primero referente a los contratos entre iguales o contratos simétricos por un lado, y luego en un segundo segmento, abordar un régimen previsto por el codificador de destacar la existencia de contratos entre desiguales es decir, de examinar los conflictos de leyes en materia de contratos de adhesión que comprende los contratos genéricos de contratos entre desiguales, los contratos del consumidor y los contratos de trabajos en el derecho internacional privado laboral. Esta su clasificación de contratos entre desiguales traduce la sensibilidad del nuevo de derecho internacional privado en el mundo contractual.

### II. Sobre las fuentes normativas y principios que informan al régimen de los contratos en el derecho internacional privado panameño

Decididamente, la elaboración del Código de derecho internacional privado no es una expresión abstracta *ex nihilo*, sino producto del conjunto de mentes que concentraron su energía a su elaboración. Este cuerpo responde a un sin número de fuentes inmediatas, teleológicas e histórica que lo informa en su estructuración.

Siendo el derecho internacional privado una fuente interna desprendida del derecho civil, es impostergable realizar una mira interna hacia las fuentes interna que la informan.

### **1. De la instrumentalización y participación del derecho interno como fuente normativa**

Este primer acercamiento se orienta a resaltar las dos grandes fuentes conflictuales de derecho interno que forman el arquetipo normativo del derecho internacional privado panameño que se descompone con la promulgación de los Códigos de derecho civil y el Código de derecho comercial que organizan las fuentes conflictuales que son parte del temperamento de nuestra ciencia del derecho internacional privado que traduce toda una concepción ultra liberal del derecho privado panameño de la época. De ahí, entonces la tarea de esquematisar la libertad contractual y su desarrollo en el istmo de Panamá desde el siglo pasado.

#### **A) La libertad contractual y desarrollo**

Solo se puede explicar un régimen contractual muy particular partiendo de la base de sus reglas materiales y conflictuales localizable dentro de nuestro sistema interno.

El reino de la autonomía de la voluntad contractual esta dado básicamente por la definición incorporada por el actual Código de 1916 en la disposición 976 del C.C., que establece: Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

El umbral del liberalismo y autonomía contractual es una propuesta de Pothier, pues es el primero en formular la intención de las partes es generadora de derechos y obligaciones.<sup>13</sup>

Estas disposiciones en su conjunto dan la tónica de gozar de un sistema basado en un consensualismo bastante puro en lo que se refiere a reglas generales de la contratación privada.

Sobre la apreciación de una regla de conflicto propiamente hablando podemos escudriñar que la autonomía de la voluntad puede ser empleada como regla material directa y regla conflictual de referencia como examinaremos en los segmentos sucesivos.

Dentro del enjambre de reglas de conflictos situadas en el capítulo II concerniente a los efectos de la ley del Código Civil vigente de 1916. Observamos que el dispositivo conflictual conjuga tanto la *lex solutionis* como la regla de

## El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

**Gilberto Boutin**

la autonomía en materia de contratos al referirse las conexiones propuestas en el artículo 7 de dicho código que nos permitimos transcribir: “La forma y las solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se determinan por la ley del país en que se otorguen; a menos que tratándose de actos o contratos que hayan de cumplirse o surtir efectos en Panamá, los otorgantes prefieran sujetarse a la ley panameña. Pero en todo caso, la autenticidad de tales instrumentos, actos o contratos, se probará según las reglas establecidas en el Código Judicial. La forma se refiere a las formalidades externas y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese”.

Pero el temperamento del régimen contractual fundado en un consensualismo claro y constante lo encontramos en el código de los comerciantes, es decir, en el Código de Comercio en su artículo 6 el cual erige sin discusión la regla de la autonomía de la voluntad como regla de conflicto en materia de contratos de comercio internacional.

Con la Ley 15 de 1928 mejor conocida como la Sexta Conferencia panamericana de derecho internacional privado,

tal convención, en contraste con los Tratados de Montevideo de 1889-90 y de 1939-40 niegan e ignoran, la regla de la autonomía; el código Bustamante por su parte deja entrever, pero no tan evidentemente la regla de la autonomía como criterio conflictual.<sup>14</sup>

Podemos acreditar que en el derecho contractual internacional hispano luso americano la lucha entre el reconocimiento absoluto o condicional de la regla de autonomía es lo que ha agotado y frustrado el éxito de nuestro derecho internacional privado contractual.<sup>15</sup> Sin pretender ser concluyente el periodo de gran desarrollo convencional de 1889 a 1930 que comprende la sistematización del derecho internacional privado convencional latinoamericano ha pesado más que los cambios de actitud de nuestra doctrina. La resistencia a mantener principios inamovibles ha conducido al desfase *ius* privatista internacional dentro de la técnica contractual mundial.

Es por vía del derecho internacional económico, así que en función de la vitalidad del derecho comercial internacional que se ha filtrado el autonomismo contractual en nuestros países reduciendo los conflictos de leyes en materia contractual al nicho del derecho civil clásico con sus ventajas y debilidades.

## 2. Sobre el carácter internacional de los contratos y sus principios que lo informan en el marco de un derecho internacional privado comparado de los contratos

Dos aspectos surgen en este segmento de gran sensibilidad, en primer lugar, la definición de contrato de carácter internacional que permite estudiar en su contexto específico su importancia y el otro aspecto, el de examinar, los principios claves que orientan la correlación normativa propuesta por el Código de derecho internacional privado panameño.

### A) Del carácter internacional del contrato

Es aquí, en donde se puede diferenciar la distinción e importancia de relación contractual de derecho interno y relación contractual de derecho internacional privado.

Lo cierto que en el panorama mundial toda división categórica es incompleta y abusiva en la actualidad, pues toda relación económica internacional está subordinada a dos extremos territoriales indefectiblemente que son donde se genera la riqueza y en donde se invierte la riqueza. Así las relaciones privadas pueden ser codificadas de manera

diversa<sup>16</sup> bajo el rubro de comercio privado internacional o comercio financiero internacional y en cada circunstancia el fin del lucro privado subyace y las reglas de protección de naturaleza *cogente* las amparan. Es decir, que una relación contractual extraterritorial va a entrar en contacto con el derecho interno público o privado de una de las partes lo que lo va ser más o menos internacional es el objetivo económico que la envuelve. En la actualidad, en los ordenamientos jurídicos nacionales capitalista conocen dos tipos de poderes que se desprende de dicha relación: uno público y el otro privado haciendo cada día más tenue la diferencia entre derecho público y derecho privado. Es la conjunción de los dos extremos que va a proceder a regular las intenciones contractuales dentro del universo de prestaciones colocadas en un ambiente internacional. Otrora el carácter internacional de la modernidad oscilaba entre una concepción contractualista subjetivista *chez* Pothier y la otra una concepción consideraba moderna dentro del espíritu de Mancini.<sup>17</sup>

Pareciera que el carácter internacional coetáneo va estar matizado por el interés legítimo a responder en el marco de un derecho internacional equilibrado y protector.



## El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

**Gilberto Boutin**

Nuestro Código dentro de su dogmática jurídica parcialmente reproduce los instantes del método uniforme convencional de los contratos en su primera base normativa, pero no se agota en ella, cuando el mismo reproduce una clasificación puntual y originaria entre contratos entre iguales y contratos entre desiguales que veremos más adelante. En verdad, el Código presenta una serie de hipótesis que verdaderamente guían al juzgador y al jurista sobre la especialidad de los contratos internacionales.

En efecto, el título III intitulado contratos internacionales, capítulo I, disposiciones generales encontramos la definición relativa a contratos internacionales en la excerta 68 del Código de derecho internacional privado que nos permitimos en transcribir: “Los contratos se reputan internacionales cuando las partes se encuentren domiciliados en Estados diferentes y cuando: 1. El contrato contenga una prestación u obligación que recaiga sobre servicios, bienes o capital que produzca sus efectos en el territorio de la República de Panamá; 2. Los servicios, bienes o capital o su causa jurídica se hayan perfeccionado en el territorio de la República de Panamá; o 3. Las partes hayan incluido una cláusula atributiva de jurisdicción, a favor de los tribunales panameños”.

La disposición 68 transcrita, obliga a un ejercicio de análisis de rigor, pues, ella introduce una noción propia del derecho convencional en lo concerniente a la noción de relación contractual internacional. Ella se inspira en la Convención uniforme de Naciones Unidas relativa a la compraventa internacional del 11 de abril de 1980 que describe lo que se entiende por una relación internacional.

La fórmula adoptada por nuestro código responde a un criterio eminentemente objetivo. Es decir, al carácter extranacional o extraterritorial del negocio jurídico contractual.

Las partes domiciliadas en Estados diferentes va ínsito en dicha definición, que se trata de Estados soberanos por un lado y que comportan derechos y procesos jurisdiccionales distintos. Independiente del esquema de los Estados Federales que de una u otra forma se extiende la misma noción a ellos por su autonomía legislativa y política.

Al examinar aún más de cerca la vetusta noción de domicilio, ella debe ser entendida como el centro gravitacional donde se encuentra los intereses económicos del individuo o profesional. Tanto la Convención de Naciones Unidas como el Código

de derecho internacional no emplean el término diluido de residencia que al fin y al cabo es un criterio con menos fortaleza de contenido que la imagen categorial. La residencia es un *noción flou*, superficial que denota una conexión puntual transitoria como: residente inversionista, residente pensionado, residente especial –mano de obra calificada– etc.

El domicilio deviene un criterio objetivo en nuestro tradicional Código Civil de 1916, pues el domicilio, es una categoría que es empleada no tan solo en el campo profesional, sino también en el dominio de las personas jurídicas.

Abordemos la connotación de sendas categorías de conexión de carácter material y conflictual: en la primera hipótesis nos referimos al domicilio personal, contenido en el artículo 76 del Código Civil. La norma nos señala que el domicilio civil de una persona está en el lugar donde ejerce habitualmente un empleo, profesión, oficio o industria o donde tiene su establecimiento principal.

Sin duda, se refiere a la combinación de una noción territorialista y económica que fija un criterio objetivo en el campo de los negocios internacionales.

Trasladada dicha noción al dominio de las personas morales o jurídicas encontramos en concordancia con nuestra fuente normativa el artículo 82 del Código Civil, que define lo que se entiende por domicilio de las personas jurídicas: “El domicilio de las personas jurídicas está en el lugar donde tienen su dirección o administración, salvo lo que se dispusiere por sus estatutos o por leyes especiales. Cuando tengan agentes o sucursales permanentes en lugares distintos de aquel en se halle la dirección o administración, se tendrá también como su domicilio el lugar de la sucursal o agencia respecto a los actos o contratos que ejecuten o celebren por medio del agente”.

Ella recoge en sí, la noción de sede social que equivale al criterio de dirección o administración lugar de toda de decisiones corporativa.

En todo caso la definición de relación contractual internacional recoge una idea objetiva que se compadece con el manejo y dinámica de las relaciones de carácter extranacional o internacional.

Pero el criterio objetivista se mantiene con las dos hipótesis contempladas en el artículo 68 en comento.

## El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

**Gilberto Boutin**

Se considerara también una relación de carácter internacional cuando los efectos de una relación producto de una prestación de servicio, bienes o capital produzcan sus efectos en el territorio de la República de Panamá.

Se trata de una relación caracterizada por una prestación que redunde en Panamá. Así, el financiamiento de una empresa de nacionalidad salvadoreña por el Banco Azteca domiciliado en Guadalajara pagadero en una sucursal o filial de dicho banco domiciliada en Panamá constituye una relación internacional, pues los efectos de dicha transacción tienen lugar en la ciudad de Panamá.

En el inciso primero presenta un criterio semejante a la doctrina de *Adolph Schnitzer* de la prestación característica. Ella se traduce en el hecho que la obligación esencial para el perfeccionamiento se realiza sobre nuestro territorio. Ello recoge el sentir del artículo 7 del Código Civil patrio que tratándose de negocios a perfeccionarse en Panamá la aplicación del derecho panameño deviene la ley natural a gobernarla.

Es muy probable que nuestra postura sea asimilada al artículo 51 de la Convención de *Bruxelles* de 1968,

hoy reglamento comunitario. O, bien otros pretendan esgrimir una postura inspirada en la concepción doctrinal de Savigny. De manera concluyente nuestra argumentación se acerca a la postura de nuestro Código Civil y del Tratado de Montevideo de 1889 de inclinarse por la ley del lugar de ejecución, criterio económico de la relación fundamental.<sup>18</sup>

En esta segunda hipótesis, basta que el negocio en cuestión su causa entendiéndose en este contexto celebración de los bienes servicios o capital se haya concluido en Panamá; dando lugar a que no solamente, los efectos o consecuencia de un negocio le permite caracterizar como internacional una relación, sino también es internacional cuando tan solo la conclusión se produce dentro del territorio de Panamá cuyas consecuencia se produzcan más allá de nuestras fronteras.

La razón de esta postura obedece al hecho de darle una gran extensión al código de poder aplicarse en esas tres situaciones descritas: 1. domicilio en países distintos; 2. efectos jurídicos sobre el territorio panameño de actos concluidos en el extranjero; y 3. negocios concluidos o celebrados desde Panamá, pero que produzcan sus consecuencias más allá de nuestras fronteras.

La última hipótesis contenida en la disposición 68 es cuando por virtud del resorte judicial las partes mediante el método subjetivo de prórroga de la competencia judicial le atribuyen conocimiento a los tribunales del Estado panameño. Esta es una reminiscencia e influencia de los jurista panameños que ven en la prórroga de competencia un factor de internacionalización de una relación jurídica y que sobre la base y entendimiento que da el acceso a la justicia privada internacional las partes hace de nuestra jurisdicción una esfera de naturaleza transnacional como lo ha permitido las reglas originarias de la Ley 8 marítima de 1982.

Realmente, el contenido internacional en los incisos 1 y 2 se refieren a poder articular transacciones cuyas consecuencia se produzcan en Panamá o bien desde Panamá se produzca una consecuencia internacional. No se trata de discutir el derecho aplicable sino su carácter internacional. Consideramos que en los incisos mencionados se trata de criterios objetivizados.

Pero finalmente, el inciso tercero es un criterio más que subjetivista un tanto pragmático sacado de la legislación marítima panameña en donde hay una conjunción de regla de competencia judicial con ley aplicable. Era el

artículo 17 que establecía cinco variantes para retener la competencia de los tribunales marítimos internacionales panameños entre los cuales subsistía que la sola atribución del foro permitía al juzgador aplicar su propio derecho.

La ultima razón en poder retener la competencia judicial es el de facilitar en los negocios jurídicos internacionales la institucionalidad de un verdadero *forum shopping* estimulado vía contractual.

### **III. Sobre la clasificación de los contratos internacionales y su fundamento jurídico en el nuevo Código de derecho internacional privado panameño: contratos internacionales entre iguales y contratos internacionales entre desiguales**

#### **1. Hacia un esquema de los contratos denominados internacionales**

Toda aproximación a reagrupar los contratos en el plano del derecho internacional privado en sus diversas manifestaciones no deja de ser una tarea relativa e ingente, dentro de la *jungle* de principios e intereses internacionales

## El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

**Gilberto Boutin**

que prescriben su reglamentación, ya que, los contratos internacionales se ven afectados en función de sus fuentes y métodos que los norman, por su objeto —público o privado— por la calidad de las partes, por la duración que intervienen en su formación, que en un determinado momento todo intento en constreñir una segmentación deviene infructuosa.

Por otra parte, podemos sin embargo, denotar que los contratos puede recibir múltiples subdivisiones así: los contratos de comercio internacional particularmente de intercambio, como la venta,<sup>19</sup> los contratos de producción o de llave en mano, de instalación de fábricas o usinas, los contratos de financiamiento extraterritorial como el leasing y el préstamo de carácter extranacional, los contratos de asociación o *joint venture* a corto o largo plazo,<sup>20</sup> los contratos interdependiente como en la construcción de la ampliación del Canal de Panamá, los contratos de aprovisionamiento o de transportes y finalmente los denominados *contrat sans loi* erigido por la doctrina francesa en década final de los 60.

El presente segmento tiene por finalidad esclarecer de manera categórica la verdadera tendencia del código de derecho internacional privado respecto a

su enfoque de la técnica contractual a valorar en su espíritu conflictualista.

En el plano de la codificación en examen los contratos de derecho internacional privado se descomponen en dos grandes divisiones: contratos internacionales entre iguales o simétricos y en contratos internacionales entre desiguales o asimétricos.

### 2. Los contratos internacionales entre iguales o simétricos en el Código de derecho internacional privado

Es indispensable establecer que el derecho internacional privado de los contratos en el Código de derecho internacional privado está ligado a su fuente matriz, el derecho civil interno. En otros términos, el derecho internacional privado sin duda es el reflejo del derecho civil o al menos sus normas básicas son aquellas que inspiran el razonamiento conflictual panameño.

No podemos perder de vista que el Código de derecho internacional privado, ley 61, es una fuente de naturaleza interna y nacional pero su objeto es de derecho internacional.

En el esquema analítico en esta sub-sección debemos poner de relieve

los siguientes aspectos: 1. el principio consensualista como base de la contratación privada internacional que se traduce en el rol de la autonomía; 2. el método de elección de la ley aplicable y su dominio en derecho positivo extranjero, derecho transnacional aplicable; 3. el *dépeçage* como expresión de la libertad contractual; 4. de algunas previsiones a los contratos entre ausentes; 5. el ámbito de la regla de conflicto contractual en el dominio de nulidades y prescripción internacional; y 6. la concordancia entre foro y derecho aplicable.

### **A) Del principio del consensualismo en tanto que norma escrita**

Indubitablemente, la sección relativa a los contratos internacionales en nuestro Código de derecho internacional privado, se inicia con el principio rector que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, *pacta sunt servanda*, como fuente normativa de las relaciones internacionales.<sup>21</sup>

El principio de la autonomía contractual internacional, precede la regla relativa a la definición de lo que se entiende por relación jurídica internacional<sup>22</sup> con el fin de reforzar que esta teoría general de la voluntad es la regla constitucional de los contratos o

relaciones internacionales en Panamá, la cual reproduce la misma postura que encontramos en la fuente natural e ideológica del derecho común.<sup>23</sup>

En este sentido cabe destacar que el artículo 67 goza de la doble naturaleza de ser una norma material y una norma de conflicto como fuente autárquica de las relaciones contractuales extranacionales.

Pero la autonomía de la voluntad como expresión volitiva no está desvinculada del principio de moralidad contractual. Ella, la disposición 67 del Código de derecho internacional privado sostiene que la voluntad conjunta de los contratantes debe operar en base a la buena fe y lealtad negocial. Entendiendo del punto de vista ético la buena fe, como el comportamiento honesto y sincero entre las partes en miras a la realización de un contrato; siendo el contrato una técnica de composición de intereses el mismo debe ser justo.

Aproximación y dinámica del texto en conjunto del artículo 67 se armoniza con los principios generales del derecho civil patrio y se extiende a una valoración más allá de los límites conflictuales. Y es así, pues el terreno de la autonomía, constituye el terreno de los valores de la persona humana en su diario vivir

## El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

**Gilberto Boutin**

y proceder. De ahí, que la inteligencia del texto y su economía interpretativa, inducen al juzgador a valorar la conducta externa de los contratantes dirigido a apreciar la buena fe en su diversas fases: precontractual, contractual y postcontractual o de ejecución.

No se trata de reducir la buena fe a la palabra pactada, sino al aspecto clave en las tratativas del perfeccionamiento del contrato a la fase informativa, a la correcta interpretación del convenio y al principio de colaboración para la ejecución del carácter utilitario del negocio en cuestión.

Este principio reafirmado en la disposición 67 se dirige no tan solo a los contratos instantáneos y traslativo de dominio sino a los contratos más complejos del conocimiento mercantil como los contratos de *leasing*,<sup>24</sup> *factoring*,<sup>25</sup> *join-venture*,<sup>26</sup> etc., que deviene fuente normativa de ellos dentro de su elaboración e interpretación de la razón de los mismos.

### **B) Del poder de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del derecho**

Decir autonomía de la voluntad, significa poder de generar derechos y obligaciones es decir, sin duda, un acto de soberanía de la voluntad de las partes.

Los contratantes ellos mismos se someten y se auto definen como acreedor y deudor, así como el régimen que considere más adecuado a la prosperidad de la transacción. En suma, los contratantes son legisladores ad-hoc de su propio entorno económico privado.

El ámbito del derecho escogido comporta los temas de obligaciones recíprocas, validez perfeccionamiento del contrato, las nulidades de forma y de fondo o traducidas de interés privado y de interés público, así como la prescripción de derechos.

Veamos entonces, en los denominados contratos internacionales o contratos entre ausentes, dichos convenios se perfeccionan con la aceptación de la oferta<sup>27</sup> en concordancia con la regla material del Código de Comercio.

El derecho escogido por las partes regulará las relaciones bilaterales o sinalagmáticas de los contratos sin desmedro de la aplicación acumulativa de dos o más leyes escogidas por los contratantes.

De forma didáctica observamos la orientación que efectúa el Código de derecho internacional privado aferrante a las nulidades de los actos. Toda

aplicación conflictual debe descansar en la teoría de la nulidad de derecho civil, considerada como la invalidez o la insuficiencia del cual un acto es atacado contraviniendo a una norma o a una prohibición de la ley;<sup>28</sup> siendo una exigencia de forma se considera que la ley que gobierna la formalidad constituye la ley que regula dicha sanción.<sup>29</sup> Mientras que las nulidades de fondo están subordinadas a ley materia escogida por las partes.

La dimensión es grande pues el autonomismo contractual no se refiere únicamente al derecho aplicable sino a las fuentes y tipos de derechos, a la posibilidad de insertar diversas normas de forma distributiva o acumulativa dentro de un determinado negocio. Se expande también al tipo de foro es decir, a la principio de prorrogar la jurisdicción mediante cláusulas atributiva de jurisdicción o bien más aun liberal a la incorporación libre una clausula compromisoria de arbitraje.

La dimensión y fuerza de la autonomía de la voluntad no solo los juristas nacionales la hemos vivido en las fuentes del derecho común y mercantil sino en la gran Convención de Panamá de 1975 que permite no solo la escogencia de árbitros, sino el propio procedimiento arbitral y tipo de justicia

arbitral. Criterio un tanto revolucionario para la época y distinto al de la convención de 1958 en este sentido.

### **C) El ámbito de elección del derecho aplicable derivado de la autonomía contractual**

Respecto a la ponderación que debemos asumir cuando entramos en el terreno de la libertad de elección del derecho aplicable, solo podemos partir sobre la base que es una relación jurídica de derecho interno se aplica el derecho interno, mientras que una relación de derecho internacional se aplica una norma de carácter internacional.

Habría luego entonces entender que se entiende por internacional y norma de carácter internacional.

Esa libertad de elección a la cual se refiere la norma en comento,<sup>30</sup> responde a la dimensión internacional propuesta por el artículo precedente que denota cuando una relación se reputa internacional.<sup>31</sup>

Obviamente, las definiciones trazadas en la economía del texto y su temperamento parten de una influencia de la convención de naciones unidas relativa a la venta internacional.

La premisa mayor es producto de la asimilación simple y clara de reputar



## El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

**Gilberto Boutin**

una relación internacional fundada en un espacio extraterritorial vinculado al menos a más de dos Estados. Esta fórmula contenida en la premisa mayor de la norma en discusión constituye, la antítesis de la relaciones de derecho meramente interna. Noción ausente en el derecho internacional privado panameño.

Su importancia es capital pues, de ello depende la puesta en aplicación de la libertad contractual en el plano supranacional. Si el juez o árbitro calificara de derecho meramente interno una transacción tal calificación, gira por completo el rejuego de la libertad contractual, de los derechos aplicables y del foro a administrar dicho conflicto.<sup>32</sup> Como sucedió en el *affaire* de Jean Marc Parientti; en esta causa, el panel arbitral panameño juzgó una relación de naturaleza de derecho internacional económico como un tema subyugado al arbitraje interno en virtud de un principio de oportunidad y conveniencia mal entendido por decir lo menos.

Sobre la jerarquización del poder de elección del derecho aplicable, las partes pueden escoger un derecho positivo extranjero. Para la doctrina panameña y latinoamericana los derechos extranjeros<sup>33</sup> se aplican en pie de igualdad que el derecho del foro.<sup>34</sup>

Se suma a nuestra argumentación que la violación por parte del juzgador panameño de un derecho extranjero es susceptible que la parte afecta pueda incoar el recurso de casación extraordinaria por violación a la norma internacional.<sup>35</sup>

En torno a la tradicional pregunta el de saber, si las partes pueden escoger como derecho rector de una relación de derecho internacional privado, a un tratado internacional, no siendo dicho convenio una fuente ratificada por la República de Panamá y por consiguiente no lo vincula a la nación ni a sus tribunales a someter tal controversia a dicha fuente convencional.

La jurisprudencia en el caso que los contratantes designen como ley aplicable un tratado no ratificado, ello no es óbice, para descartar su aplicación, pues en efecto abundan en el dominio de los conflictos de leyes y de jurisdicción en el mundo maritimista panameño<sup>36</sup> la conveniencia de aceptar dicha ley designada como válida por el tribunal. En tal sentido se mantiene el hecho que la elección de un convenio de derecho privado es válida aun cuando no haya sido ratificado pues las fuentes convencionales son de derecho internacional privado. No sería la misma *démarche* si se tratara de

un tratado de derecho internacional público que contenga normas políticas extraterritoriales que nuestra soberanía no considera que sean parte de nuestro sistema jurídico vinculante.

En la hipótesis que las partes escojan o sometan un contrato internacional a normas transnacionales o apátridas no vinculada a un orden jurídico positivo. En otros términos que las partes se inclinen por principios inspirados en la contratación privada mejor conocida por la reglas de UNIDROIT, en sus siglas en francés.

El Código de derecho internacional privado en este dominio ha impulsado la amplia libertad y el reconocimiento en la letra y en la ley del reconocimiento de los Principios de UNIDROIT que acompañen en todo momento a la justicia contractual internacional. El Código es claro la ubicación de dichas reglas para suplir el derecho positivo extranjero es categórico, así como medio interpretativo. Todo ello fundado en la inclinación de los contratantes para que puedan complementar la base del derecho material aplicable.

Pienso que le concede una fortaleza en dos grandes hipótesis de una relación contractual subordina a diferentes

fuentes de normas internacionales. Así, ella podrá intervenir en tanto que norma supletoria frente a los vacíos o dudas de los derechos nacionales aplicables en una determinada situación.

Pero, los Principios de UNIDROIT también son de vital importancia para el caso de contratos sin ley que veremos acto seguido como fuente complementaria de la discusión de los derechos que se desprende de la vida y dinámica de los contratos.

La disposición le da una jerarquía mayor que la del Decreto ley 5 de 1999 del régimen arbitral internacional panameño; permitiendo claramente su uso tanto en la justicia ordinaria internacional como en el foro arbitral tal como lo define el último inciso del artículo 79 del Código de derecho internacional privado.

#### **D) La libertad contractual *vis a vis*, los usos y costumbres internacionales del mercado internacional**

La fuente de las normas mercáticas no provienen de una influencia anglo-americana ellas son productos de las fuente histórica, del derecho comercial escrito panameño y de la jurisprudencia de 1987.<sup>37</sup>

## El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

**Gilberto Boutin**

El derecho internacional privado positivo panameño confiere una distinción como reglas internacionales entre Principios de UNIDROIT y usos y costumbre internacionales. Las primeras son fuentes transnacionales y las segundas, son fuentes espontáneas corporativas sendas vinculantes por la voluntad de las partes.

Históricamente, la fuente de los usos y prácticas comerciales provienen del mundo mercantil portuario del alto medioevo del periodo colonial.

Con la modernidad esa práctica esta materializada en el artículo 5 del Código de comercio patrio.

Una jurisprudencia de finales de la década de los 80 le concede *droit de cité* a las reglas desnacionalizadas o apátridas denomina *lex mercatoria* en un fallo de la Corte de Casación a favor de la demandada Banco Cafetero de Panamá, filial del Banco Cafetero de Bogotá Colombia. En dicho fallo, se casa la sentencia mediante la ponencia del magistrado Eligio Salas, que el error en el razonamiento de los tribunales de primer grado y segunda instancias era violatorios de normas internacionales neutras de carácter comercial y que dichas reglas eran conocidas entre operadores del comercio mundial- noción contenida en

nuestro Código. Esta decisión de la Sala Primera de la Corte Suprema reconoce de todo un sistema de comercio internacional profesional, reiterativo generado por los sujetos del derecho comercial internacional mejor conocidos como los operadores del comercio internacional responsables de las prestaciones relativas a la producción de bienes y servicio o capital contenida en el Código de derecho internacional privado.<sup>38</sup>

### E) Del *dépeçage* como expresión del poder de elección al derecho aplicable

La figura del *dépeçage* en el derecho internacional privado constituye una categoría conocida por el derecho internacional privado panameño.

Es con la Ley 1 del 5 de enero de 1984 en la sección relativa al régimen de fideicomiso de derecho internacional privado se introduce la figura de la divisibilidad o distribución acumulativa de dos o más leyes que regulen una misma situación jurídica.

En la práctica diaria de los contratos de administración de fortuna en donde se emplea la figura de los fideicomisos testamentarios de carácter internacional o bien la fundación de interés privado opera de manera clara la inserción del *dépeçage*.

El vivo ejemplo se demuestra en un fideicomiso de carácter internacional en donde el constituyente o fideicomitente de nacionalidad chilena forma o incorpora un fideicomiso bajo la jurisdicción cuyos fondos son proveniente de una fábrica de aluminio en Bolivia y cuyo capital de 2 millones de dólares van a ser depositados en un banco suizo para que sea administrado por un consejo fiduciario en Ginebra. El fideicomitente dispone que la ley que regula la validez y vigencia del fideicomiso de activos se rija por el derecho panameño de su constitución más la gestión de administración de un banco privado como podría ser Pictet en Ginebra sea sometido al derecho del cantón de Ginebra. He aquí, un claro *dépeçage* dos leyes distintas que regulan dos momentos del contrato de fideicomiso internacional<sup>39</sup> subordinado a la ley de su constitución en cuanto su forma y a la ley de administración a una ley distinta de la de su constitución.

De igualmente podemos repetir los distinto ejemplos con la fundación de interés privado en la escala de servicios offshore o de naturaleza extraterritorial. De igual suerte ocurre con los negocios derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Observamos que el préstamo está subordinado a una ley sustantiva *in*

*concreto* mientras que la garantía que sostiene dicho prestamos puede estar sujeta a la *lex rei sitae*. He ahí, la importancia que cobra el proyecto de convención aferente a la hipoteca de derecho internacional privado centro americano.<sup>40</sup>

#### **F) De algunas previsiones sobre los contratos entre ausentes**

Pese a que pudiese ser una tautología pues contratos entre ausentes e internacionales es convergente y redundante; era preciso reafirmar principios y reglas de nuestro derecho comercial interno que se vuelcan al espacio de transacciones extraterritoriales. Tal sería el principio de recepción o que la validez de los contratos se perfeccionan con la aceptación<sup>41</sup> etimológicamente el contrato *procede de cum y trabo*, venir en uno fundada en una policitación, extranacional e impersonal tal como lo expone el propio Código de Comercio nacional.<sup>42</sup> Este mismo concepto se reproduce en la disposición 76 del Código de derecho internacional privado panameño, en lo atinente a los contratos electrónicos. Había que hacer un hincapié entre las normas comunes y las normas internacionales<sup>43</sup> pues la utilización de ordenadores para la conclusión de contratos<sup>44</sup> revela, un sinnúmero de problemas como la prueba de la voluntad electrónica, las

**Gilberto Boutin**

desmaterialización de los contratos el principio de funcionamiento de ellos —*omnia praesumuntur rite esse acta*— y las obligaciones de preservar la documentación en caso de controversia y se tenga que acudir a la vía pericial. Por ello, la inserción de reglas probatorias contenidas en el segundo párrafo de la disposición 76 del Código de derecho internacional privado apela a las fuentes de los usos internacionales en este dominio que oriente al jugador del foro en una materia tan compleja e innovadora.

### **G) Foro competente y concordancia con la ley aplicable**

La escogencia de un foro contractual no puede ser irracional. La interpretación de foro competente y concordancia de la ley aplicable obedece a tres aspectos básicos: el foro debe responder a un interés legítimo basado en la economía de la transacción, luego, en una descripción de la conexión en función de la prestación caracterizada y en su defecto el foro como la ley pudiendo ser ella una norma transnacional el foro puede obedecer a un criterio de neutralidad cognoscitiva del tribunal. Escojo el foro que le permita un criterio de neutralidad de administrar la prueba internacional o un foro sustentado en la tradición jurisprudencial.<sup>45</sup>

### **3. Del régimen de los contratos internacionales entre desiguales o relaciones asimétricas**

Dentro del discurso sobre el origen de la desigualdad del ginebrino Jean Jacque Rousseau distinguía dos tipos de desigualdad: la primera era la desigualdad natural basado en la edad, el sexo, de la salud, de fuerza fundada en la naturaleza mientras que la segunda es la desigualdad moral, basada en el desequilibrio de convenciones entre los hombres.<sup>46</sup> De esta última desigualdad es la que abordaremos en el marco del ejercicio de la libertad contractual.

La libertad contractual no puede ser absoluta dentro de una relación entre desiguales<sup>47</sup> o en donde exista un poder económico que imponga una subordinación a la otra parte. Estaríamos frente a un contrato entre el más débil con una voluntad extorsionada por el contratante que goza de una mayor beligerancia.

Se trata de una sección dedicada al contrapeso de la libertad contractual o del autonomismo absoluto.

Dentro de este estudio resaltamos los contratos internacionales que entran en un proceso de desigualdad por la sola calidad de las partes por un lado

o bien por la estructuración financiera del negocio que permite una voluntad no soberana en poder negociar.

Igualmente se une a esta sección las relaciones laborales de derecho internacional privado. En donde el *status quo* del capital parte de una ventaja de subordinación y dependencia económica *vis a vis* el trabajador y las organizaciones sindicales.

Esta caracterización de los contratos en el plano internacional no es producto de un desequilibrio contractual o de una modificación de la base negocial. La evolución de mercado con su producción masiva engendro el fenómeno del consumismo y del consumidor con sus debilidades connaturales dando lugar a los contratos del consumidor.

#### **A) De los contratos del consumidor transfronterizos en el Código de derecho internacional privado panameño**

Después de algunas décadas de desigualdad económica entre el sector de la producción y el de los consumidores se ha agravado: el desarrollo de la publicidad, la proliferación de los créditos a la consumación y la extensión de contratos de adhesión. Esta situación ha dado lugar al abuso en donde la parte más fuerte contractualmente se

ha servido de su superioridad tanto psicológica como económica y sirviéndose de la libertad contractual para imponer sus intereses dentro del contrato de consumidores.<sup>48</sup>

En este sentido la libertad contractual ha debido retroceder ante una reglamentación de carácter imperativo y el resurgimiento del formalismo y una tendencia a sancionar los abuso de la libre voluntad.

En efecto el actual derecho contractual visto en la primera sección, contrato entre iguales fundando en la libertad contractual exige una substitución al menos una nueva dirección adaptable a la relación social y económica de los contratos de consumación. Es por ello que reaparecen los principios tales como justicia contractual, seguridad jurídica, confianza, buena fe y lealtad negocial. Tales principios son suficientemente generales que permiten su aplicación siempre.<sup>49</sup>

Se trata de un movimiento de nuestra época que viene a contradecir el liberalismo del código civil.

El contrato de consumidor producto de la intervención de leyes imperativas que reconstruyen un nuevo orden publico desvirtúan el carácter liberal

## El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

**Gilberto Boutin**

e individual de dicha técnica liberal haciéndolo más restrictivo. El dirigismo contractual se reafirma como una necesidad en una relación entre desiguales y hartamente abusiva.<sup>50</sup>

Los procesos de globalización o de integración regional ha expuesto al consumidor a la libre circulación de dichos mercados en los que tiene más acceso a la publicidad, a la importación de bienes, a la posibilidad de desplazarse y poder adquirir un auto en el extranjero e introducirlo en su país con las ventajas fiscales y los riesgos de vicios ocultos o ser víctima de publicidad engañosa del punto de vista internacional dando pie al neologismo moderno de los contratos de consumidor transfronterizos. En el estado actual el tema en principio es el desconocimiento del consumidor dentro de una compraventa extraterritorial el de poder escoger cual es la ley más favorable o la ley menos protectora de un tercer Estado.<sup>51</sup> Gran dilema, toda vez y en casi todas las veces la compraventa es menos racional y más emocional.

En el plano de los conflictos de leyes es muy probable que un panameño adquiere un vehículo de marca Ford, fabricado en Guadalajara y comprado por un *retail* o agente en Miami, y cuyo seguro lo haya adquirido con

una compañía de seguros de Montreal Canadá. En caso de reclamación por vicios ocultos el consumidor panameño se encuentra perdido si incoar la demanda en Miami cuya agencia distribuye dicho modelo. Pero resulta que dicha agencia no responde, pues se le había vencido su licencia como operador y por ende se cae el seguro en contra de vicios ocultos que señala en Canadá que el comprador solo puede comprar directamente al distribuidor oficial en el país en donde se encuentre.

Frente al drama cotidiano con que tropiezan los consumidores víctima de su inexperiencia internacional el código introduce una regla de conflicto en cierta forma protectoras.<sup>52</sup> La regla de conflicto establece en cascada una serie de puntos de conexión que le permitan planificar una demanda en caso de ser timado en la compra de bienes o servicios al fijar que en principio, el contrato de consumidores de derecho internacional privado se somete a la *lex loci celebrationi*. Sin embargo, en el párrafo segundo esta munido el consumidor de poder recurrir a la jurisdicción de su domicilio como foro natural conocido por la parte timada o más débil en sustitución del foro de conclusión del contrato o bien en su defecto o al foro más favorable. El Código de derecho

internacional privado emplea la lengua de ley más favorable en contraste con la doctrina y legislación que se inclina por la legislación más protectora.

La disposición 90 del Código de derecho internacional privado panameño, define que se entiende por *ley más favorable*. Se entiende por la ley más favorable en sentido amplio la ley de la reparación y protección más apropiada al interés del consumidor.

El temperamento, de la legislación de derecho internacional privado, en este dominio es poder atemperar los excesos de ventas sin escrúpulos al consumidor víctima de su transitoriedad o ausente de toda información que le pudiera tener la reserva de que con quien negocia o contrata.

### **B) Del contrato de trabajo en el plano del derecho internacional privado**

De manera admirable hay afirmar que el trabajador de hoy es también objeto de la ciencia del derecho internacional privado.<sup>53</sup>

Las relaciones de trabajo pueden descomponerse en relaciones de derecho laboral individual que se sustenta en el contrato individual de trabajo. Pero, también tiene lugar en las relaciones

laborales colectivas, que se fundamentan en una convención colectiva. En sendas hipótesis la visión de la regla de conflicto varía pues el interés legítimo a proteger varía cualitativamente.

De ahí, que observaremos en un primer plano como el Código de derecho internacional privado vislumbra la ley aplicable a las relaciones individuales y luego como es analizado la aproximación conflictual en el plano de las relaciones colectivas de trabajo.

De igual forma que nos encontramos en el gran proceso de los mercados de globalización e integración mundial en materia de circulación de bienes, servicio y capital, debemos también asegurar y reglamentar el fenómeno de la expatriación de trabajadores que marcha cónsono con la gran explosión de filiales extranjeras pertenecientes a empresas globalizadas. Ello opera bajo un análisis teórico de la calificación del contrato<sup>54</sup> en sí mismo que para el derecho francés provoca cierta discusión pues asimilan el contrato de trabajo como parte de los contratos en general.

En el dominio del derecho internacional privado del trabajo la calificación de esta relación jurídica social con proyección extranacional o internacional



## El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

**Gilberto Boutin**

no encierra misterio alguno. Así el derecho internacional privado internacional laboral califica y denota el contrato de trabajo bajo los principios de subordinación y dependencia económica; siendo así este tipo de relación opera la intervención de la presunción *indubio pro operario* como regla de interpretación de las cláusulas contractuales.

El derecho internacional privado laboral comporta dos grandes esquemas la aplicación con base al estatuto personal de afectación y por otro lado a la aplicación imperativa en función del espacio.

Veamos las dos hipótesis así una funcionaria de un Banco del City Bank es expatriada a Miami Florida por una relación temporal en el extranjero por ser la directora de la emisión de cartas de crédito para la zona del Caribe y Panamá. La expatriación debe ser consentida por el Ministerio de Trabajo de Panamá; estando en su desplazamiento en la ciudad New York recibe notificación de despido. Cuál es la ley aplicable a la relación laboral: la ley de celebración del contrato de expatriación o la ley del lugar de la prestación del servicio en la filial de la Florida o la sede social donde fue notificada.

La norma prevé que el contrato normalmente se somete a la ley de ejecución sin embargo podrá aplicar la ley de la expatriación.<sup>55</sup> La jurisprudencia ha sostenido que en cualquiera de los casos el trabajador tendrá la opción de aplicar el principio de la ley más favorable es decir, el principio *indubio pro operario*. En tal sentido el trabajador podrá optar por la ley de mayor protección siempre y cuando no implique renuncia a sus derechos adquiridos como lo señala el último inciso del artículo 96 del Código de derecho internacional privado de Panamá.

Pero el derecho panameño puede entrar como ley aplicable en virtud del espacio panameño internacional. Veamos el ejemplo clásico un barco de Pavillon panameño recluta a marinos filipinos en Bombay. El contrato laboral fue firmado de conformidad con las leyes de la India que contrastan con las leyes del derecho internacional privado laboral patrio. Es despedido en Hong Kong de manera intempestiva. Para los efectos del derecho internacional privado laboral, el barco es de bandera panameña y las leyes del ordenamiento marítimo laboral operan de plano, salvo que la norma contractual sea más favorable al marino de nacionalidad panameña en virtud del artículo segundo del código de trabajo panameño

que consagra la territorialidad y aplicación de norma laborales panameños en todo momento.

La cláusula de protección sobre el reequilibrio dentro de la desigualdad lo recoge el parágrafo final del artículo 89 el cual literalmente expone que: el tribunal de la causa podrá aplicar frente a una ley extranjera normas sustantiva del ordenamiento nacional si considera que tales normas son de orden público, o de protección de grupos de trabajadores más vulnerables siempre que se demuestre que ello servirá al interés de la justicia social.

La normativa de protección es amplia y garantiza de normas más favorables a cualquier tipo de relación laboral individual o colectiva.

Sobre las relaciones colectivas de trabajo, el fenómeno de convenio internacionales de la OIT producto del Tratado de Versalles de 1918, ha generado políticas de protección a las relaciones laborales colectivas y en efecto el código de derecho internacional privado no escapa a ello. Se trata de una noción combinada entre empresa – empleador como grupo y la contra parte un grupo colectivo u organizaciones sindicales. La experiencia es rica en Panamá. La negociación Chiquita Fruit Company

con el Sindicato Bananero. El sindicato de trabajadores del Canal con el Grupo Hutchinson y antiguamente el local 913 vs la Administración Pública de los Estados Unidos con sede en Washington D.C., abre el camino para una reglamentación colectiva del derecho internacional privado del trabajo.

La disposición del Código de derecho internacional privado es clara en la diferenciación entre relación individual y colectiva.<sup>56</sup> En este sentido apela al criterio que dichos conflictos se rigen por el derecho de la convención colectiva firmada por las organizaciones y el empleador o en su defecto por la ley de la prestación o ejecución laboral que es el centro gravitacional natural.

Pierre Rodière de manera magistral en su reconocida publicación sostiene que la convención colectiva,<sup>57</sup> opera como una regla de conflicto entre el derecho estatal y la regla de conflicto positiva de dicho orden legal. No excluye la bilateralidad de la regla de conflicto clásica. Pero en este sentido dentro de la apreciación nuestra la convención colectiva es regla de conflicto y regla materia como expresión de la materialización de una regla fundada en la autonomía contractual social concluida entre una organización sindical y el empleador.

## El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

**Gilberto Boutin**

Con independencia del valor derogatorio que en nuestro país goza la convención colectiva de trabajo sobre el código de trabajo, en lo que le sea más favorable, la regla emitida al final del artículo 89 del Código de derecho internacional privado panameño, reconfirma el principio de ventaja social en materia de negociación de escoger la ley más favorable al sindicato en el plano internacional de los conflictos colectivos de trabajo. Y en caso de un conflicto entre un sindicato y un grupo empresarial el derecho aplicable subsidiariamente será el de la sede social, es decir, el patrono del gran capital.

### **C) De los contratos de subordinación estructural económica en el Código de derecho internacional privado**

La ideología del Código de derecho internacional privado en examen no quiso agotar el tema de los contratos entre desiguales en la ejemplificación de los contratos clásicos del consumidor y contratos de trabajo internacional.

La desigualdad se manifiesta en diversas formas que hemos constatados no tan solo en los contratos de adhesión típicos que casi siempre inciden en la noción de contratos de consumo. Hemos querido ahondar en otras formas de desigualdad contractual que abordamos acto seguido.

El motor de la mundialización del comercio ha impulsado modelos contractuales que sirven al mercado en lo concerniente a la distribución, representación del fabricante o producto en el seno de los mercados internacionales.

Se trata de los interlocutores privilegiados entre el fabricante y el comerciante, el distribuidor es pues el intermediario comercial el vehículo de perpetuar la riqueza contemporánea frente al gran fabricante o súper agente económico mundial.

Pueden entrar en estas figuras los contratos de agencia de representación, concesión exclusiva, franquicia, *factoring* y distribución.

Para todos los efectos se tratan de acuerdo entre operadores comerciales adornados bajo un principio de igualdad facial o ficto. No hay tal igualdad pese a que en ambas partes puedan gozar de igualdad formal profesional pero la estructura económica individual y de mercado lo transforma en una subordinación.

En los contratos a los que hacemos referencia encontramos que son contratos facilitadores para engendrar riqueza en beneficio del gran productor.

Su superioridad es tecnológica, económica y por ende estructural.<sup>58</sup>

La superioridad del inversor es evidente impone las condiciones los cálculos de rentabilidad el foro competente en caso de ruptura y la imposición de la justicia *ad hoc* que es excesivamente onerosa.

El código le consagra una disposición de salvaguarda a los contratos de representación y franquicia internacional<sup>59</sup> los cuales reconoce el principio de la autonomía de la voluntad como soberano más en lo que se refiere la cláusula indemnizatoria por ruptura o incumplimiento le permite a la parte más débil escoger la ley y el foro más conveniente para su protección. Ella es una opción y una regla de protección semi-imperativa en beneficio de la parte más desigual. Así un representante de Slim podrá demandar en Panamá con las reglas judiciales comunes y aplicar el derecho de la Florida con que se rige la indemnización. Esta regla opera como contra peso a los abuso de las grandes corporaciones que imponen contratos manifiestamente abusivo para luego desconocer los derechos pactados de reconocimiento de premio o porcentaje por la productividad y cálculo de indemnizaciones.

#### **D) Sobre los límites a la autonomía de la voluntad contractual: orden público y fraude a la ley**

Se trata de un tema de excepción del poder de la autonomía de la voluntad para modelar una relación de carácter internacional cuyas limitaciones son reglas de orden público y el fraude a la ley.

La noción de orden público, es una noción territorial limitadora de la libertad contractual. Se trata de normas imperativas que persiguen garantizar un mínimo de convivencia y de certeza jurídica dentro de un Estado de derecho. En el derecho común se traduce de manera simple así: los actos que prohíbe la ley son nulo y de ningún valor.<sup>60</sup>

En la sociedad civilizada surge un conjunto de reglas de orientación imperativas diversificadas. Encontramos un orden público esencialmente político que son las normas constitucionales y de organización del Estado. Observamos las marcadas reglas de orden público en el derecho de familia; de igual suerte reglas de orden público económicos, así como orden público profesional que corresponde a los valores éticos en las profesiones liberales; en fin el orden público al servicio de

## El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

**Gilberto Boutin**

la persona que protege la integridad física y moral del individuo. A medida que el poder de autoridad se expande la libertad contractual se constriñe en el debate filosófico político entre el *hobbismo* y la concepción *rousseauiana*.

Sobre el terreno del clásico derecho internacional privado encontramos diversos criterios de orden público internacional. El orden público internacional viene hacer la excepción a la aplicación de una ley normalmente competente que cuya aplicación en el ordenamiento del juez del foro violaría principios fundamentales de su sistema.

La aparición y reacción del orden público es diversa, ella opera como un orden público genérico de excepción que impide que una norma de naturaleza ofensiva al sistema del foro sea aplicada producto del re juego de la regla de conflicto o bien por vía de un tratado internacional.

El orden público internacional puede ser derogatorio de una ley, pero puede ser preservador de un derecho adquirido o finalmente puede ser un criterio de conexión como es el caso del orden público reflejo o el orden público apreciado en algunas cláusulas del Código Bustamante de 1928.

Orden público será más o menos intenso en función de la materia objeto del conflicto, en materia de familia, penal, administrativo y procesal se hace sentir las.

En el dominio mercantil el orden público contractual puede recaer sobre intereses excesivos que puedan crear un desequilibrio en la ejecución del crédito en otra jurisdicción. En una venta internacional de bienes culturales cuya transacción violenta normas de protección internacional. O bien en contratos laborales cuyas condiciones violentan principios de derecho humanos mínimos.

La noción de fraude a la ley es más compleja. El tema es el de saber si la escogencia de la ley voluntariamente puede engendrar fraude a la ley. Algunos reputados autores observan el fenómeno como inviable es decir un conflicto entre el *pactum de lege utenda* y la norma interna eludida.<sup>61</sup>

El tema del fraude es más complejo. La potenciabilidad de un fraude en un negocio jurídico se define como habrá tantos fraudes como fantasía genera los contratantes. Así, cuando el fraude es contractual se denomina simulación cuando es procesal se denomina fraude.

La orientación y aproximación sobre esta figura que impugna y recusa el exceso de libertad en detrimento de una norma imperativa va más allá.

En el propio seno de la contractualización se origina el fraude si en la contratación se perfecciona de *bona fide* o bien es una construcción dolosa. Cuando una elección a la ley se realiza de buena fe y legalmente no tiene razón de ser evadir una norma imperativa.<sup>62</sup>

Así, un argentino celebra con un *broker* una compra de más de mil quinientos metros en Miami Florida, para construir una residencia cuyo objeto es la construcción de inmediato y al cerrar la venta lícitamente de conformidad con las leyes de la Florida los mil quinientos metros no son construibles. La maquinación es evidente. El fraude tiene forma de legalidad.

Dicho lo anterior el fraude es la concatenación de actos construidos con el fin de sustraerse de la aplicación de una norma imperativa normalmente competente.

El aforismo latino lo encierra todo *fraus omnia corrumpit*, el fraude todo lo vicia. Hay actos facialmente legales más su finalidad es desvirtuar la realidad legal que protege el interés legítimo.

La noción de fraude es mucho más compleja pero que solo puede constatarse bajo el examen de la superposición del hecho idealmente legítimo sobre la plasticidad del hecho superpuesto. El fraude en este contexto debe ser una causa de anulación y no de oponibilidad.

## El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

**Gilberto Boutin**

\* Decano y Catedrático de derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Redactor de la Ley 7 de 8 de mayo de 2014 que adopta el Código de derecho internacional privado de la República de Panamá.

<sup>1</sup> C. Jauffret-Spinosi, *Le Contrat -Rapport de Synthèse*, Journée Brésilienne Capitant, 2005, p. 3.

<sup>2</sup> Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, Principios UNIDROIT.

<sup>3</sup> T. Sandrine, *Le Rôle de la bonne foi en droit des contrats*, Presses Universitaire d' Aix-Marseille, 2012.

<sup>4</sup> Código de derecho internacional privado panameño, ley n° 61, de 8 de octubre 2015, Gaceta Oficial n° 27885A.

<sup>5</sup> L. Ole, "The Conflict of Laws of Contracts General Principles", *Recueil des Cours*, t. 189, 1984, p. 254.

<sup>6</sup> H. Grotius, *Le droit de la Guerre et de la Paix*, Capítulo XII, Puf, 2003, p. 331.

<sup>7</sup> R. Sacco, "La liberté contractuel, volonté contractuelle", *Revue internationale de droit comparé*, n° 4, 2007, p. 743.

<sup>8</sup> Art. 1134 C.C. fr.

<sup>9</sup> J. Basedow, "El derecho privado estatal y la economía-el derecho comercial como amalgama de legislación pública y privada", en: J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (coords.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional? Biblioteca de Derecho de la Globalización*, Asunción, CEDEP, p. 17.

<sup>10</sup> V. Valentin, *Les conceptions Néo-libérales du Droit*, Económica, 2002, p. 29.

<sup>11</sup> G. Boutin, "La réception de la lex mercatoria en droit positif panaméen: développement historique et définition d' un jus mercatorium au Panama", *Unif. L. Rev.*, vol. III, n°2/3, 1998, p. 305.

<sup>12</sup> Artículo 5 Código de Comercio de 1916.

<sup>13</sup> P. Nygh, *Autonomy International Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 7.

<sup>14</sup> G. Boutin, "El rol de la regla de la autonomía de la voluntad en los convenios de derecho internacional privado panameño en América Latina: Código Bustamante 1928, Tratados de Montevideo 1889-1940, y Convención de México 1994", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2008, p. 625.

<sup>15</sup> G. Boutin, *Del sentido de la codificación en el derecho internacional privado*, Editorial Cultural Portobelo, 2005, p. 39.

<sup>16</sup> F. Rigaux, *Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales*, Pedone, 1977, p. 10.

<sup>17</sup> P. Nygh (nota 14), p. 115.

<sup>18</sup> M.E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, Económica, 2002, p. 51.

<sup>19</sup> G. Boutin, "Le Panama et la Convention de Vienne de 1980", *Actes du colloque sur la vente internationale*, La collection Bleue, Wilson & Lafleur Itée, 1989, p. 235.

<sup>20</sup> aa.vv, *Le contrat économique International*, Travaux des VII journée d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Edition Etablissement Bruylant, 1975, pp. 186 ss.

<sup>21</sup> Artículo 67 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de estos y de buena fe y lealtad negocial, salvo las limitaciones que establezca la ley. La buena fe debe ser apreciada en el marco de la voluntad acordada en el convenio. El juez apreciará la buena fe en las fases precontractual, contractual, y de ejecución bajo las reglas de justicia y cooperación contractual internacional".

<sup>22</sup> Artículo 68 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “Los contratos se reputan internacionales cuando las partes se encuentren domiciliadas en Estados diferentes y cuando: 1) el contrato contenga una prestación u obligación que recaiga sobre servicios, bienes o capital que produzcan sus efectos en el territorio de la República de Panamá; 2) los servicios, bienes o capital o su causa jurídica se hayan perfeccionado en el territorio de la República de Panamá; o 3) las partes hayan incluido una cláusula atributiva de jurisdicción a favor de los tribunales panameños”.

<sup>23</sup> Artículo 976 del Código Civil: “La obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

<sup>24</sup> G. Boutin, *El contrato de leasing internacional*, 1<sup>o</sup> ed., Mizrachi & Pujol, S.A., 1983, p. 32.

<sup>25</sup> G. Boutin, *Del contrato de factoraje internacional*, Editions Etude Maître Boutin, 1998, p. 12.

<sup>26</sup> L. O. Baptista / P. Durand-Barthez, *Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international*, L.G.D.J., 1986, pp. 64-69.

<sup>27</sup> Artículo 72 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “La autonomía de la voluntad de las partes estará limitada únicamente pro el orden público y el fraude a la ley”.

<sup>28</sup> G. De la Pradelle, *Les conflits de lois en matière de nullités*, Dalloz, 1967, p. 28.

<sup>29</sup> Artículo 75 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “La nulidad de los contratos en cuanto a su forma se rige por la ley que gobierna la forma de estos. La nulidad que afecta la parte sustantiva del contrato se rige por la ley aplicable al contrato conforme a lo que dispone el artículo 69”.

<sup>30</sup> Artículo 69 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “Los contratos internacionales están sujetos a la ley designada por la autonomía de la voluntad de las partes. En ausencia de esta, el juez aplicará la ley del lugar de cumplimiento de la obligación y, cuando este no se pueda determinar, el juez aplicará la ley del Estado que presente el vínculo más estrecho con el contrato internacional y, en su defecto, la ley del foro”.

<sup>31</sup> Artículo 67 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá (nota 17).

<sup>32</sup> G. Boutin, “La anulación del laudo arbitral por desnaturalización de su carácter internacional”, *DeCITA*, vol. 7/8, 2007, p. 436.

<sup>33</sup> Artículo 800 del C.J.: “El derecho extranjero se podrá probar mediante copia de las normas pertinentes, decisiones de los tribunales, estudios doctrinales o dictámenes rendidos por abogados idóneos. No obstante lo anterior, el juez podrá investigar directamente el derecho extranjero, acudiendo a cualquier fuente o medio idóneo (...)”.

<sup>34</sup> Artículo 419 de la Ley de 1982 de procedimiento marítimo: “Las sentencias finales, laudos arbitrales, sentencias interlocutorias y resoluciones que decreten medidas precautorias, pronunciadas en Estados extranjeros, tendrán en la República de Panamá la fuerza que establezcan los tratados respectivos, previa declaratoria de ejecutabilidad o exequátur, decretada por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. La notificación de la petición de declaratoria de ejecutabilidad se realizará a aquel contra quien se dirija la acción con base en los trámites establecidos en el artículo 400. Mientras esté pendiente dicho trámite, una copia autenticada de la resolución extranjera servirá de base para solicitar medidas cautelares ante los Tribunales Marítimos de Panamá.”



## El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño

**Gilberto Boutin**

<sup>35</sup> Artículo 1121 del C.J.: “Cuando en la interposición o sustentación de un recurso se incurra en error respecto a su denominación o en cuanto a la determinación de la resolución que se impugne, se concederá o se admitirá dicho recurso, si del mismo se deduce su propósito y se cumplen las disposiciones pertinentes de este Código”.

<sup>36</sup> N. Carreyo, *Collazos Jurisprudencia de derecho Marítimo*, Litho, 1986, p. 113.

<sup>37</sup> Sala Primera de lo Civil, 27/02/1996, “*Affaire Banco Cafetero de Panamá vs Banco Exterior de los Andes*”.

<sup>38</sup> Artículo 81 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “Se entiende por operadores de comercio o agentes económicos toda persona comerciante que produzca dentro de su actividad servicios, bienes o capital dentro del mercado internacional o nacional (*lex mercatoria*). Se presume la igualdad contractual entre comerciantes”.

<sup>39</sup> G. Boutin, *El fideicomiso en el derecho internacional privado panameño*, Montevideo, Uruguay, 1987, p. 14.

<sup>40</sup> G. Boutin, “La Convención centroamericana reguladora de la garantía hipotecaria y sus derivados, en el marco del derecho internacional privado de la integración centroamericana y su incidencia en el derecho panameño”, *Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, p. 217.

<sup>41</sup> V. López Carrasco / M.A. Pozo Arranz / E.P. Rodríguez de Castro, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, Granada, Comares, 1999, p. 6.

<sup>42</sup> Artículo 73 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “Los contratos internacionales se perfeccionan con la aceptación de la oferta en los términos pactados. Las partes podrán acudir a los sistemas de mediación o a cualquier otro método de solución de conflictos”.

<sup>43</sup> Las reglas de la CNUDMI, Las reglamentación de la Cámara de Comercio Internacional, etc.

<sup>44</sup> M. Jaccard, *La conclusion de contrats par ordinateur*, Berne, 1996, p. 304.

<sup>45</sup> G. Boutin, *Conflictos de jurisdicción en el derecho internacional privado*, Medellín, Universidad de Medellín, 2014, p. 138.

<sup>46</sup> J.J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les homes*, Gallimard, 1965, p. 43.

<sup>47</sup> G. Boutin, “La parte débil en los contratos privados internacionales”, *Revista de Derecho Privado*, Panamá, Universidad de Panamá, 2002, p. 261.

<sup>48</sup> A.C. Inhoff-Scheier, *Protection du Consommateur et contrats internationaux*, Georg Librairie Genève, 1981, p. 11.

<sup>49</sup> N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988, p. 31.

<sup>50</sup> A.S. Muzuaghi, *Le Déclin des clauses d'exoneration de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, p. 238.

<sup>51</sup> A.M. Matos, *Les Contrats Transfrontières Conclus par les Consommateurs, au sein de l'Union Européenne*, Presses Universitaires D' Aix –Marseille, 2001, p. 83.

<sup>52</sup> Artículo 90 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “Los contratos del consumidor, entendiendo por tales aquellos en los que una de las partes sea una persona natural o jurídica que adquiere de un proveedor bienes o servicios finales de cualquier naturaleza, se rigen por la ley del lugar donde concluyó la transacción. A elección del

consumidor, este podrá recurrir a la jurisdicción de su domicilio, a la del lugar de conclusión del contrato o a la que le sea más favorable, en función del principio del interés superior del consumidor. Se entiende por la ley más favorable la ley de la reparación y protección más apropiada al interés del consumidor”.

<sup>53</sup> G. M. Correa Meyer Russomano, *Derecho internacional privado del Trabajo*, México, Universidad Autónoma de México, 1987, p. 11 y p. 19.

<sup>54</sup> P. Coursier, *Le Conflit de Lois en Matière de Contrat de Travail*, L.G.D.J., 1993, p. 22.

<sup>55</sup> Artículo 89 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “La ley aplicable a las relaciones individuales de trabajo se regirá por las reglas siguientes: 1. cuando la relación laboral individual se desarrollan de forma fija, se someterá a la ley de ejecución del contrato de trabajo; 2. cuando la relación laboral individual se desarrolla temporalmente en el extranjero, regirá la ley de origen de la relación laboral; 3. cuando se trate de un destino en el extranjero de larga duración, se aplicará la ley del nuevo lugar de ejecución del contrato de trabajo, salvo que se trate de altos técnicos o directivos, casos en el cual se le seguirá aplicando la ley de origen o la pactada por las partes; 4. cuando se trate de destinos múltiples en el extranjero, se aplicará la ley del domicilio principal de la empresa contratante o de la sucursal donde se contrata y dirige al trabajador, a elección de este. En todo caso que sea aplicable una ley extranjera a la relación de trabajo, el tribunal podrá declarar aplicables normas sustantivas del ordenamiento nacional, si considera que tales normas son de orden público, o de protección a grupos de trabajadores más vulnerables, siempre que se demuestre que ello servirá al interés de la justicia”.

<sup>56</sup> Artículo 87 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “Las convenciones colectivas internacionales se regirán por las cláusulas convenidas entre las organizaciones sindicales y el empleador o, en su defecto, por la ley del lugar de ejecución”.

<sup>57</sup> P. Rodière, *La convention collective de travail en droit international*, Paris, Litec, 1987, p. 11 y p. 21.

<sup>58</sup> C.T. Cam Quyen, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales*, Litec, 2002, p. 134.

<sup>59</sup> Artículo 82 del Código de derecho internacional privado de la República de Panamá: “Los contratos de representación y franquicia internacional se rigen por la autonomía de las partes, pero, en cuanto a la indemnización por ruptura o incumplimiento del contrato, por la ley de ejecución del contrato o la de mayor protección al concesionario o franquizado a elección de este último”.

<sup>60</sup> Artículo 5 del Código Civil: “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto ella misma disponga otra cosa o designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención. 5A. Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los panameños aunque residan en países extranjeros”.

<sup>61</sup> G. Gurti, “La volonté de parties en Droit international privé”, *Recueil des cours*, vol. 137, 1972, p. 890.

<sup>62</sup> P. Nygh (nota 10), pp. 66-67.

## Resumen

*El presente trabajo hace un repaso histórico de la extensión del principio de la autonomía de la voluntad a la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales, hasta la entrada en vigencia en Paraguay de la ley n° 5393/2015 “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”. A tal fin, se recopila la discusión doctrinaria y jurisprudencial en tres etapas bien diferenciadas del derecho nacional, hasta la incorporación de esta novedosa ley en consonancia con la progresiva internacionalización del derecho privado paraguayo. Finalmente, se ofrece una breve exposición de las consecuencias inmediatas y principales limitaciones a la extensión de la autonomía de la voluntad, reglamentadas en la ley n° 5393/2015.*

## Abstract

*This paper makes a historical review of the extension of the principle of party autonomy to the choice of law in international contracts, until the entry into force in Paraguay of law n° 5393/2015 “On the law applicable to international contracts”. To this end, the doctrinaire and jurisprudential discussion is collected in three distinct stages of the national legislation, until the incorporation of this new law in line with the gradual internationalization of the Paraguayan private law. Finally, the author offers a brief account of the immediate consequences and main limitations on the extent of party autonomy, as regulated in law n° 5393/2015.*

## Sumario

### I. Introducción

**II. Desarrollo histórico de la materia en el derecho paraguayo.** 1. Primera etapa: la autonomía de la voluntad en el Código civil y la posición doctrinaria. A) Posición doctrinaria favorable a la extensión del principio. B) Posición doctrinaria contraria a la extensión del principio. 2. Segunda etapa: adopción de instrumentos internacionales con carácter autonomista y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. A) Instrumentos internacionales adoptados desde 1995. B) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. 3. Tercera etapa: entrada en vigencia de la ley n° 5393/2015 y reglamentación de la materia. A) La autonomía de la voluntad como eje central de la ley. B) Consecuencias inmediatas de la consagración del principio. a) Amplia libertad de elección. b) Consolidación del soft law como fuente del derecho. c) Separabilidad de la cláusula de elección del derecho y exclusión del reenvío. d) Aplicación de la regla del vínculo más estrecho en caso de ausencia o ineficacia de la elección. D) Limitaciones al principio. a) Contratos excluidos. b) Orden público y leyes de policía. c) La idea del fraude a la ley.

### III. Conclusión.

# Extensión de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales: la experiencia en el ordenamiento jurídico paraguayo

**Pablo A. Debuchy Boselli\***

## I. Introducción

En una sugerente proposición, el Prof. Trevor Hartley ha sostenido lo siguiente: “a través de su historia, los académicos han intentado encontrar las bases de las normas de conflicto en algo más sustancial que el derecho ordinario. De alguna manera, había la sensación de que un conjunto de reglas que determinase el límite hasta el cual el ordenamiento de un Estado pudiera extenderse a la esfera internacional debía derivar de una autoridad superior a la del mismo ordenamiento jurídico”.<sup>1</sup>

Durante el apogeo de las teorías del derecho natural y de la filosofía del *laissez-faire* (1770-1870),<sup>2</sup> caracterizada por una disociación entre las ideas intervencionistas –como la del orden público– y el derecho de los contratos, era incontestable el postulado de que tal autoridad superior, de ser concebible, derivaba de la autonomía de la voluntad; prueba de esta afirmación es el peso de los defensores del dogma

como Kant, quien sostenía que “cuando alguien decide algo con respecto a otro, es siempre posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide para sí mismo”.<sup>3</sup>

A pesar de la atenuación de esta posición en los tiempos modernos, la autonomía de la voluntad sigue ocupando un lugar preponderante en la contratación, máxime con la internacionalización del derecho de los contratos, que ha llevado al necesario cuestionamiento acerca de la efectividad de los ordenamientos jurídicos nacionales para seguir regulando la materia con carácter excluyente. En esta línea, sostiene Ruiz Díaz Labrano que “los contratos hace tiempo han dejado de ser una relación puramente local, la mayoría de los que se realizan hoy en el tráfico comercial internacional, son contratos internacionales cuyos elementos tienen crecientemente contactos objetivos con ordenamientos jurídicos de diversos Estados”.<sup>4</sup>

En lo que respecta al derecho internacional privado (DIPr), esta cuestión tiene especial trascendencia,<sup>5</sup> en cuanto es probablemente aquí donde más se evidencia la discusión –aparentemente paradójica– del carácter público o privado del DIPr.<sup>6</sup> En este sentido, y como es sabido, la doctrina restrictiva del DIPr limita su objeto exclusivamente a los conflictos de leyes,<sup>7</sup> y a las reglas que los juzgadores deben seguir para determinar el derecho aplicable a la relación internacional.

Desde esta concepción, se entiende *prima facie* que la aplicación de una determinada regla de conflicto –y por ende, del derecho al que esta regla remite– no está disponible para los intervinientes de la relación; de hecho, basta leer la redacción de las normas de conflicto en la mayoría de las legislaciones nacionales –incluyendo el Código Civil paraguayo– para entender que su aplicación no está sujeta a la disposición de las partes, y ni siquiera de los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, ¿qué pasa si, desde un comienzo, no hay conflicto? Es decir, ¿qué ocurre si los intervinientes eligen, de común acuerdo, el derecho que desean que rijan su relación jurídica de derecho privado? En respuesta, Moreno Rodríguez sostiene que “el

principio de la autonomía tiene un atractivo muy poderoso, puesto que nadie mejor que las partes para evaluar cuál derecho les será aplicable, en vez de que lo hagan en su nombre un legislador de antemano o un juez con ulterioridad, en su caso”.<sup>8</sup>

Claro está que en el movimiento pendular de la libertad contractual, el tratamiento de la libertad de elección del derecho aplicable varía, con relativa frecuencia, en los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente en lo que respecta a su reconocimiento y a su dinámica con las normas estatales imperativas.

Paraguay no es la excepción, y como se verá en los siguientes párrafos, el tema ha tenido un desarrollo progresivo hasta la entrada en vigencia de la ley n° 5393/2015 “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, instrumento normativo vanguardista en la región, y que si bien aún carece de desarrollo jurisprudencial, parece haber marcado definitivamente el camino del derecho paraguayo hacia una visión más cosmopolita del derecho de los contratos.

Resta por advertir que este trabajo es, hasta de forma inevitable, un homenaje a los grandes maestros nacionales,

## Extensión de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico paraguayo

**Pablo A. Debuchy Boselli**

que en su encomiable labor en la doctrina del DIPr han agotado, con incomparable calidad, el estudio de la materia; en consecuencia, todo análisis posterior que esta obra pudiera ofrecer no puede más que conformarse con reproducir sus invaluable enseñanzas y servir como prueba del alto reconocimiento que se merecen.

### II. Desarrollo histórico de la materia en el derecho paraguayo

Siguiendo la metodología propuesta por la doctrina,<sup>9</sup> se divide este estudio en tres etapas: la primera, basada estrictamente en las reglas del Código civil y en la posición doctrinaria; la segunda, con la adopción de instrumentos internacionales de notorio carácter autonomista, así como con importantes fallos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia; y, finalmente la tercera, con la entrada en vigencia de la ley n° 5393/2015.

#### 1. Primera etapa: La autonomía de la voluntad en el Código Civil y la posición doctrinaria

El estudio del principio de la autonomía de la voluntad en el derecho contractual paraguayo se debe iniciar

desde el art. 669 del Código civil, que dispone que “los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos”.<sup>10</sup>

El principio es complementado con el de “santidad del contrato”, consagrado en el art. 715 del Código: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe”.<sup>11</sup>

Claramente, y como en todo ordenamiento jurídico, la amplia potestad que confiere el principio a los contratantes no es absoluta, y encuentra su más fuerte limitación en las normas de carácter imperativo.

Precisamente, es desde la perspectiva negativa –es decir, desde la limitación– donde es posible identificar, con cierta claridad, un reconocimiento de la libertad de las partes para seleccionar el derecho aplicable a sus contratos; así, el Código dispone en el art. 9 que “los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

En lo que respecta específicamente a la aplicación del derecho extranjero, el Código Civil se aparta decididamente de su antecesor, y consagra en su art. 22 que “los jueces y tribunales aplicarán de oficio las leyes extranjeras, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de ellas”.<sup>12</sup>

De particular relevancia es además la última parte art. 22, que consagra una regla de aplicación por defecto del derecho nacional: “No se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos”.

La interpretación de las normas hasta aquí citadas parece llevar a una aceptación pacífica de la libertad de elección del derecho aplicable a los contratos, con los límites para los actos jurídicos en general. Sin embargo, tres artículos del Código han dado margen al debate.<sup>13</sup>

El primero de ellos, el art. 14 del Código, que dispone que: “la capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que éste pueda contener, serán

juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuere el domicilio de sus otorgantes”.

Por otro lado, la primera parte del art. 17 del Código establece que: “los derechos de crédito se reputan situados en el lugar donde la obligación debe cumplirse. Si éste no pudiere determinarse, se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor (...)”.

Vale agregar, a los fines de lo que se desarrollará más adelante, que el texto de esta última norma es una transcripción casi literal del art. 33 del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940,<sup>14</sup> ratificado por Paraguay –incluyendo su Protocolo adicional– por ley n° 266/1955.

Finalmente, y para completar la exposición normativa relevante, se cita el art. 297 del Código: “Sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre la capacidad o incapacidad de las personas, y sobre la forma de los actos, éstos serán exclusivamente regidos, sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, prueba, validez y efecto, por las leyes de la República, cuando hubieren de ser ejecutados en su territorio, o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento (...)”.

## Extensión de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico paraguayo

**Pablo A. Debuchy Boselli**

Se pasa a continuación a exponer, en líneas generales, las dos posiciones doctrinarias que se han desarrollado en base a las disposiciones del Código Civil arriba citadas.

### **A) Posición doctrinaria favorable a la extensión del principio**

La doctrina mayoritaria ha entendido que la autonomía de la voluntad consagrada en el Código Civil se extiende a la elección del derecho aplicable, fundada principalmente en los arts. 669 y 715 del Código Civil.

En este sentido, Silva Alonso se ha pronunciado de forma decidida a favor del reconocimiento del principio, en los siguientes términos: “Si las partes puede optar por el lugar de celebración de los contratos y de su cumplimiento, ¿por qué habría de pensarse que la ley paraguaya pondría obstáculos a la elección de una legislación extranjera para regir un contrato a cumplirse en el Paraguay si esa legislación nada tiene que afecte ni el orden público ni las buenas costumbres en nuestro país?”<sup>15</sup>

Respecto del problema que suscita la inclusión del art. 17, el citado autor ha manifestado que “dicho precepto debe cumplirse como norma supletoria de la voluntad de las partes”.<sup>16</sup>

En igual sentido, Ruiz Díaz Labrano expone que: “en efecto, si la ley autoriza a que las partes puedan reglar libremente sus derechos de naturaleza contractual, no existe obstáculo para que en los contratos internacionales se acuerden reglas sobre el derecho aplicable. Si las convenciones o acuerdos de naturaleza contractual, constituyen reglas a las cuales se someten como a la ley misma, no existe razón alguna para que no puedan determinar el derecho aplicable a la relación contractual (arts. 669, 715 y concordantes del Cód. Civil). En el DIPr contractual es perfectamente posible que las partes elijan directamente la ley a la cual deciden someterse —“*lex contractus*”—; acuerdos que tienen forma contractual y efecto legal en la medida en que no afecten el orden público, normas imperativas de aplicación inmediata o normas de policía”.<sup>17</sup>

Moreno Rodríguez, desde una perspectiva global del derecho paraguayo, formula las siguientes consideraciones: “los derechos latinoamericanos en general —y en lo que aquí me ocupa, el paraguayo en particular— son consecuencia de un ‘festín’ con el derecho comparado. No tiene sentido, entonces, que cuando debamos interpretar soluciones dudosas de



nuestros sistemas, nos cerremos hacia adentro. Menos aún ante el problema de la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado, a cuyo respecto, si bien las respuestas del Código Civil plantean interrogantes, ellas deberían quedar claramente despejadas cuando uno observa el impresionante abanico de normas constitucionales, convencionales y legales, que el Paraguay ha incorporado (...). En el tema puntual de la contratación transfronteriza a lo que debería apuntarse es, en definitiva, a que las partes obtengan lo que deseen. Cuando se reconoce el contrato, se pretende dar virtualidad a lo pretendido por los contratantes, hasta de manera coercitiva o, al menos, imponiéndose una sanción en caso de incumplimiento. ¿Cómo pretender hacer esto de manera justa, cuando desconocemos la voluntad de las partes? (...).<sup>18</sup>

### **B) Posición doctrinaria contraria a la extensión del principio**

El postulado de la doctrina minoritaria se basa fundamentalmente en la incorporación del Protocolo adicional al Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940 al ordenamiento jurídico nacional, que en su art. 5 establece que “la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados, no pueden ser modificadas

por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”.

A falta de dicha norma expresa, autores como Pisano han entendido que el Código civil paraguayo en efecto no confiere esta autonomía conflictual –concepto al que nos referimos más adelante–, y al contrario contiene normas de DIPr específicas –arts. 14, 17 y 297– que ofrecen soluciones concretas, inspiradas en el Tratado de Montevideo de 1940.<sup>19</sup>

Por otra parte, en lo que respecta a la interpretación basada en los arts. 669 y 715 del Código, esta corriente distingue la autonomía material de la autonomía conflictual, entendida esta última como “la facultad que el legislador (nacional o extranjero) puede otorgar o no a las partes, de elegir el derecho aplicable al contrato internacional, a través del método conflictualista, indirecto o de elección”.<sup>20</sup>

Desde esta posición doctrinaria,<sup>21</sup> los citados artículos se refieren estrictamente a la vertiente material del principio de la autonomía de la voluntad, y se limitan al derecho interno nacional, resultando por ende inaplicables a relaciones internacionales en las que deben tenerse en cuenta las reglas del DIPr paraguayo.

## Extensión de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico paraguayo

**Pablo A. Debuchy Boselli**

Sin ánimo de asumir una posición en esta discusión —definitivamente zanjada con la entrada en vigencia de la ley n° 5393/2015— el autor llama una vez más la atención a la regla del art. 22 *in fine* del Código, de inaplicabilidad del derecho extranjero cuando el derecho paraguayo resulta más favorable a la validez del acto. En este sentido, resulta curioso que esta disposición haya dejado a entero criterio del juzgador la determinación de la ley más favorable —entiéndase entre dos derechos que podrían conferir validez—, sin hacer mención siquiera de la voluntad de las partes como criterio de determinación del derecho aplicable.

Como corolario de lo anterior, lo que conviene destacar aquí es que, al no existir una disposición expresa en el ordenamiento jurídico nacional, las normas del Código Civil dejaban margen a la interpretación, situación cuanto menos indeseable en una disciplina como la contratación internacional, en la que la predictibilidad tiene preponderancia.

### 2. Segunda etapa: Adopción de instrumentos internacionales con carácter autonomista y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

#### A) Instrumentos internacionales adoptados desde 1995

A mediados de la década de 1990, Paraguay empieza una vertiginosa “internacionalización” de su derecho privado, con la adopción de instrumentos que rigen primordialmente la contratación y el arbitraje internacional.

Nobleza obliga a destacar ejemplos anteriores a esa época, como la adopción del Tratado de Montevideo de 1940 al que nos hemos referido más arriba, único instrumento internacional aprobado por el país que trata de forma directa la problemática del derecho aplicable. Así también se puede destacar la ratificación de la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, por ley n° 611/1976.<sup>22</sup>

No obstante lo anterior, pondremos énfasis en los instrumentos ratificados desde 1995 en lo sucesivo, por el causal y la importancia de los mismos en la materia que nos ocupa.

Se debe empezar así por mencionar al Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia contractual, aprobado en el marco del MERCOSUR por ley n° 597/95. Este protocolo reconoce, en su art. 4, la facultad de las partes de acordar la jurisdicción a la que someterán sus controversias, incluyendo la posibilidad de prórroga a favor de tribunales arbitrales.<sup>23</sup>

De aún mayor trascendencia es la ratificación de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, por ley n° 948/1996. Este instrumento, que por sí mismo amerita un estudio más profundo que lo que esta obra pretende abarcar, “prevé condiciones uniformes para la ejecución de los laudos arbitrales en los países adherentes, amén de confirmar el criterio de que las partes se rigen por el derecho que elijan”.<sup>24</sup>

La relevancia de este instrumento para nuestra materia no puede ser sobreestimada, pues consagra los principios internacionales bajo los cuales la República del Paraguay –junto con otros más de 150 Estados signatarios– admite el reconocimiento y ejecución de laudos dictados en jurisdicción arbitral internacional.

Respecto de este último punto, Rivera señala enfáticamente que “un principio esencial en el derecho del comercio internacional es el de autonomía de las partes para elegir la ley por la cual se ha de regir el contrato internacional”.<sup>25</sup> Por su parte, Lew, Mistelis y Kröll expresan que “todas las leyes de arbitraje modernas reconocen la autonomía de la voluntad, es decir, que las partes son libres para determinar la ley o las reglas de fondo aplicables al mérito de la disputa a ser resuelta por arbitraje. La autonomía de la voluntad otorga a los contratantes un mecanismo para evitar la aplicación de leyes desfavorables o inapropiadas en una controversia internacional. Esta elección es y debería ser vinculante para el tribunal arbitral. Esto está confirmado en la mayoría de los reglamentos de arbitraje”.<sup>26</sup>

La incorporación plena de esta tendencia por el Paraguay se dio con la entrada en vigencia de la ley n° 1879/2002 “De arbitraje y mediación”, que adoptó casi de manera íntegra la ley modelo de UNCITRAL de 1985. Esta ley consagra de forma expresa, en su art. 32 referente a las normas aplicables al fondo del litigio, que “el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda

## Extensión de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico paraguayo

**Pablo A. Debuchy Boselli**

indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes (...).”

Finalmente, aunque no por ello menos relevante, es la incorporación de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, ratificada por ley n° 2611/2005, instrumento que se sustenta –aunque no de forma irrestricta– en la libertad de los contratantes de elegir las reglas que le serán aplicables, al disponer en su art. 6 que “las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”.<sup>27</sup>

### B) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

En lo que refiere a la jurisprudencia nacional durante esta segunda etapa, la máxima instancia judicial zanjó virtualmente toda discusión en el acuerdo y sentencia n° 82 del 21 de marzo de 2013, en la “*Reconstitución del Expte. Hans Werner Bentz c. Cartones Yaguareté S.A. s/ Incumplimiento de contrato*”, dictado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.<sup>28</sup>

El caso, referente a un contrato de prestación de servicios entre un ciudadano alemán y una empresa, llevó a la Corte al estudio de la validez de una cláusula contractual que disponía la aplicación del derecho de la República Federal de Alemania, y por ende –y, vale decirlo, enhorabuena– al análisis del problema de extensión de la libertad contractual a la elección del derecho aplicable.

El voto de la mayoría, emitido por el Ministro Torres Kirmsner, entra en primer lugar a una enunciación de los elementos usuales de internacionalidad, para destacar que el contrato objeto de la litis era un contrato internacional o transnacional.

Luego, en un estudio sistemático y de fuentes de los arts. 22, 297, 669 y 715 del Código Civil –de lectura altamente recomendada, reiteramos– la Corte concluye, en concordancia con los ilustres doctrinarios nacionales a los que nos hemos referido más arriba, que: “(...) no corresponde indagar cuál sea el derecho y jurisdicción aplicables según la normas de conflicto cuando exista una declaración expresa de las partes que establezca cuál es la normativa que deba reglar sus relaciones y siempre que esta elección no contravenga normas de orden público

o derecho irrenunciables. Si se quiere decir de otra manera, el derecho y jurisdicción aplicables según las normas de conflicto deben respetar el contenido contractual convencionalmente establecido en cuanto el mismo no violente el *ius cogens* nacional (...). Por lo tanto, la elección del derecho aplicable hecha por las partes en el contrato, vale como contenido normativo del acuerdo en cuestión, para reglar los derechos de las partes en tanto y cuanto no afecte disposiciones imperativas del derecho nacional. Esto surge, además y a riesgo de ser reiterativos, de una correcta interpretación del art. 297 del CC, en cuanto el mismo refiere a la formación, prueba, validez y efectos del acto jurídico; más no a su contenido, que puede ser libremente establecido a tenor del art. 669 del CC, y valorado a la luz de su conformidad o no a normas imperativas del derecho nacional. Dicho contenido puede ser, sin inconvenientes, establecido *per relationem*, es decir, con referencia a elementos externos al contrato”.

En base a lo expuesto, puede sostenerse sin temor a equívocos que en esta segunda etapa se consolidó la tesis favorable a la extensión de la autonomía de la voluntad a la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales, que sería definitivamente

reglamentado casi dos años después del fallo de la Corte Suprema de Justicia.

### **3. Tercera etapa: entrada en vigencia de la ley n° 5393/2015 y reglamentación de la materia**

#### **A) La autonomía de la voluntad como eje central de la ley**

El 21 de enero de 2015 entra en vigencia la ley n° 5393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, producto de la incansable labor del Dr. Moreno Rodríguez,<sup>29</sup> quien como miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y representante del gobierno nacional, jugó un papel gravitante en la redacción y aprobación de los Principios de La Haya que regulan la materia.

En efecto, la ley nacional—en vigencia antes de la aprobación de los Principios de La Haya— combina, gracias a la pericia de su autor, estos principios vanguardistas con las ventajas de un instrumento antecedente, la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, resultado de la CIDIP V y aprobada en la ciudad de México en 1994.<sup>30</sup>

## Extensión de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico paraguayo

**Pablo A. Debuchy Boselli**

### **B) La autonomía de la voluntad como eje central de la ley**

La principal característica de la nueva ley es la consagración expresa —excluyendo así, de forma definitiva, el controversial art. 5 del Protocolo adicional del Tratado de Montevideo— la libertad de las partes de elegir el derecho que regirá en los contratos internacionales.<sup>31</sup>

Estos últimos se constituyen además, con la entrada en vigencia de esta ley, en una figura con características distintivas de los contratos estrictamente domésticos.<sup>32</sup> En tal sentido, el art. 2 refiere a la internacionalidad del contrato, que si bien es una premisa básica para la aplicabilidad de la ley, es interpretada de la manera más amplia posible, y solamente quedan excluidos de su aplicación aquellos contratos en los que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado.

### **C) Consecuencias inmediatas de la consagración del principio**

Ahora bien, más que la enorme importancia del reconocimiento de la libertad de elección del derecho aplicable a los contratos internacionales como figura autónoma, conviene dedicar las siguientes líneas sintetizar algunas

consecuencias inmediatas —aunque no todas— de la positivización del principio, acertadamente reglamentadas en la ley n° 5393/2015.

#### **a) Amplia libertad de elección**

En este punto, es destacable la incorporación del *dépeçage* o fraccionamiento legislativo, como derivación de la libertad de elección. Así, el art. 4.2 de la ley autoriza a las partes a elegir: a) el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato; y b) distintos derechos para diferentes partes del contrato, en la medida que estas sean claramente distinguibles.

Por otra parte, el art. 4.3 de la ley admite modificaciones en la elección del derecho aplicable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, siempre y cuando con esto no se vea afectada su validez formal ni los derechos de terceros.

Finalmente, el art. 4.4 disocia enteramente al derecho paraguayo de la teoría de localización de los contratos internacionales, al consagrar que no se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción.

Esta amplia libertad de elección se extiende, según el art. 13 de la ley,

a todos los aspectos del contrato entre las partes, y en particular a: a) su interpretación; b) los derechos y obligaciones derivados del contrato; c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo la valoración de los daños y perjuicios; d) los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; f) la carga de la prueba y las presunciones legales; y g) las obligaciones precontractuales.

### ***b) Consolidación del soft law como fuente del derecho***

Una de las principales novedades de la ley es la consolidación del *soft law* o derecho no estatal como potencial fuente del derecho aplicable, al consagrar en su art. 5 que la referencia a derecho incluye normas de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas.

Esta incorporación es un evidente guiño a los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, que en su preámbulo (versión 2010) expresan que los mismos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.

### ***c) Separabilidad de la cláusula de elección del derecho y exclusión del reenvío***

Consecuencia lógica del eje central de la ley es la separabilidad de la cláusula de elección del derecho del resto del contrato (art. 9) y la exclusión de las normas de conflicto de leyes del derecho elegido por las partes, salvo convención expresa en contrario (art. 10).

### ***d) Aplicación de la regla del vínculo más estrecho en caso de ausencia o ineficacia de la elección***

Una importante modificación del ordenamiento jurídico nacional es la contenida en el art. 11, que establece que si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos.

Esta disposición reemplaza así, en lo que respecta a los contratos internacionales, a otras reglas de conflicto contenidas en el Código Civil (*vgr.* arts. 14, 17, 22 y 297) potencialmente aplicables de forma supletoria a la elección de las partes.

El citado artículo encomienda al juzgador la tarea de tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos

## Extensión de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico paraguayo

**Pablo A. Debuchy Boselli**

que se desprendan del contrato para determinar el derecho el cual tiene vínculos más cercanos.

### A) Limitaciones al principio

Otra cuestión fundamental de la que se ocupa la ley es de las limitaciones al principio de libertad de elección, en concordancia con la regla general del art. 669 del Código y con las particularidades de la materia.

#### a) *Contratos excluidos*

El art. 1 de la ley excluye a los contratos de consumo, trabajo, franquicia, representación, agencia y distribución de su ámbito de aplicación.

En cuanto a los contratos de consumo y trabajo, la ley sigue la lógica de los Principios de La Haya,<sup>33</sup> en cuanto “las leyes sustanciales de varios Estados someten a los contratos de consumo y trabajo a reglas proteccionistas especiales que las partes no pueden derogar por contrato. Estas reglas buscan proteger a la parte más débil—consumidor o trabajador— de un abuso de la libertad de contratación, y esta protección se extiende al derecho internacional privado, donde se manifiesta como una exclusión o limitación de la autonomía de la voluntad”.<sup>34</sup>

En los comentarios a los Principios se aclara que esta exclusión de los contratos de consumo y trabajo es meramente ilustrativa, y por ende puede extenderse a otros contratos no comerciales, razón por la que la ley paraguaya amplía la lista de contratos excluidos con los representación, agencia y distribución, que cuentan con una regulación autónoma en virtud de la ley n° 194/93 que, según lo ha sostenido a la Corte Suprema de Justicia, contiene normas de orden público indisponibles para los contratantes.<sup>35</sup> También se incluye al contrato de franquicia, no tipificado en la legislación nacional, pero análogo a estos últimos contratos en cuanto a su objeto.<sup>36</sup>

#### b) *Orden público y leyes de policía*

El art. 17.1 de la ley establece, como es de esperarse, que la elección de las partes del derecho aplicable no impide que el juez aplique las normas imperativas del derecho paraguayo que, según este derecho, deben prevalecer aún en ausencia de la elección de un derecho extranjero.

Por su parte, el art. 17.2 dispone que el juez puede tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación.



Finalmente, el art. 17.3 agrega que el juez puede excluir la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público.

La dinámica entre la autonomía de la voluntad y el orden público amerita por sí misma un trabajo más extenso de lo que aquí se pretende cubrir, aunque no podemos dejar de mencionar el interesante agregado del art. 17.2, en cuanto extiende los poderes de policía del juez nacional más allá del orden público estrictamente doméstico, en un guiño más del derecho paraguayo a la idea del orden público internacional, como ya lo hiciera en la ley n° 1879/2002 “De arbitraje y mediación”.<sup>37</sup>

### III. Conclusión

El derecho paraguayo ha experimentado un notable desarrollo hacia la internacionalización en los últimos años, en cuyo eje central siempre ha estado el tratamiento del principio de la autonomía de la voluntad.

La entrada en vigencia de la ley n° 5393/2015 pone fin a una larga discusión, y consolida la libertad de elección

del derecho aplicable a los contratos internacionales, en un conjunto de reglas que reflejan los más recientes avances en la materia.

Paraguay puede decir con mucho orgullo que no se ha limitado a adoptar estas reglas como resultado de una “moda” internacional. En efecto, y como se ha evidenciado en este trabajo, la cuestión ya era objeto de enriquecedores debates en la doctrina nacional.

Lo que es más, el Paraguay se ha tomado el atrevimiento, con la valiosa guía de sus exponentes, de participar activamente en el desarrollo de instrumentos internacionales de vanguardia —i.e. los Principios de La Haya—, constituirse en el pionero en la positivización de estos principios, e imprimirle características criollas que pueden ser aprovechadas por otros países de la región.

Queda un largo camino por recorrer, en el que la jurisprudencia nacional jugará un papel preponderante en la implementación de estas novedades legislativas. Entretanto, podemos decir con convicción que Paraguay se está afianzando como un actor clave en el noble proceso de internacionalización del derecho privado.

\* Abogado egresado de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (2010). Master of Laws in International Legal Practice por el Instituto de Empresa de Madrid, España (2012). Título de Posgrado del Programa “Global Law” de la Fundação Getulio Vargas de São Paulo, Brasil (2012). Profesor auxiliar de la cátedra de derecho constitucional I y contratos en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la UCA. Procurador Delegado en la Procuraduría General de la República. Miembro de ASADIP desde el 2012.

<sup>1</sup> T. Hartley, “The Modern Approach to Private International Law. International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective”, *Recueil des Cours*, t. 319, 2006, p. 25 (traducción del autor).

<sup>2</sup> Al respecto, y para un estudio acabado desde la óptica del derecho de los contratos, se recomienda la lectura de la brillante exposición de A.S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979.

<sup>3</sup> Citado por A. Alterini, *Contratos comerciales. De consumo. Teoría general*, 2º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 63.

<sup>4</sup> R. Ruiz Díaz Labrano, *Derecho internacional privado*, Asunción, La Ley Paraguaya, 2010, pp. 661-662.

<sup>5</sup> La complejidad del tema, especialmente a nivel regional, es puesta en resalto por Fernández Arroyo y Fresnedo de Aguirre en los siguientes términos: “La autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales es uno de los temas que ha despertado mayores polémicas en la doctrina y la jurisprudencia. Es un tema que siempre ha estado presente y, sobre todas las cosas, no es un tema aséptico que pueda resolverse por argumentos teóricos abstractos y aislados de la realidad del comercio internacional. Se trata de un tema de hondo contenido político en el cual están en juego intereses comerciales relevantes y que en algún momento se planteó en relación con el ordenamiento entre “países desarrollados y subdesarrollados”. D.P. Fernández Arroyo / C. Fresnedo de Aguirre, en: D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavallía, 2003, p. 959.

<sup>6</sup> Sobre el punto, Fernández Arroyo expresa que: “una de las definiciones esenciales que hemos asumido para esta obra es, como hemos visto, la que resalta el carácter ‘privado’ del DIPr. Esto que puede parecer una afirmación tautológica en la realidad no les tanto. Por un lado, no lo es porque paradójicamente las concepciones tradicionales del DIPr han sido claramente ‘publicistas’, razón por la que nunca está de más subrayar lo contrario (...). Lo que ahora nos interesa destacar, en tanto factor condicionante del DIPr de nuestros días, es a quién corresponde la reglamentación de las concretas relaciones que se producen en el tráfico privado internacional. Y es ahí donde se hace preciso mencionar cómo se viene desarrollando un marcado proceso de ‘privatización’ del poder regulador, fenómeno que puede analizarse en dos niveles: el referido al margen que tienen los particulares (personas físicas o jurídicas) en una relación jurídica para establecer su marco concreto de derechos y obligaciones recíprocas, y el vinculado con la actividad normativa y decisoria de alcance general elaborada fuera de los círculos oficiales”, D.P. Fernández Arroyo (nota 5), p. 79.

<sup>7</sup> Concepción histórica –y anacrónica– que, en palabras de Silva Alonso, “se halla inspirada en la convicción que tenían los juristas medioevales, los primeros que examinaron este tipo de situaciones, de que en tales casos –presencia de un elemento extraterritorial en una relación

jurídica- existía una suerte de colisión o choque de sistemas jurídicos o conflictos de estatutos, como entonces se decía”. Ver R. Silva Alonso, *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Asunción, Intercontinental Editora, 2014, p. 25.

<sup>8</sup> J.A. Moreno Rodríguez, *Contratación internacional y arbitraje*, Bogotá, Temis, 2014, p. 123. Este postulado fue desarrollado con suma elocuencia por Kaller De Orchansky, en los siguientes términos: “Si las partes intervinientes en un contrato internacional eligen, expresa o tácitamente, el derecho aplicable a tal contrato, están, por esa elección, excluyendo la aplicación del derecho señalado por el legislador en su correspondiente norma de conflicto. Operada la elección del derecho aplicable al contrato internacional, las normas de conflicto competentes antes de la elección son desplazadas. A la inversa, si los contratantes dejaren de ejercer su facultad, las normas conflictuales recobrarán toda su virtualidad y habrán de ser aplicadas por los tribunales competentes (...). La consagración de la autonomía de la voluntad transforma en subsidiario el régimen de derecho internacional en materia contractual de leyes o convenios internacionales (...)”, citada por R. Silva Alonso (nota 7), p. 288.

<sup>9</sup> Al respecto, se recomienda la lectura del exhaustivo trabajo de J.A. Moreno Rodríguez, “Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado?”, *Temas actuales del derecho bancario y societario*, Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario (IPDBS), Asunción, Intercontinental Editora, 2015, pp. 121-201.

<sup>10</sup> El antecedente de esta disposición, el art. 958 del Código Civil de Vélez Sarsfield (referente a la libertad de contratación), aunque similar en esencia, ofrecía una exposición más precisa de los límites de este principio: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

<sup>11</sup> Siguiendo la línea del Código de Vélez (art. 1197), cuya fórmula proviene a su vez de la enérgica expresión del art. 1134 del *Code français*: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*.

<sup>12</sup> El art. 13 del Código de Vélez, antecesor del Código Civil vigente, daba un tratamiento diametralmente opuesto al derecho extranjero, en cuanto establecía que “la aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptuáanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial”. Curiosamente, antes de la entrada en vigencia del nuevo Código (por Ley n° 1183/85, y que entró a regir desde el 1° de enero de 1987), ya estaba establecido en el Código de Organización Judicial (Ley n° 879/81), en su art. 9 in fine, que “la ley extranjera competente será aplicada de oficio por los jueces y tribunales de la República, sin perjuicio del derecho de las partes de alegar y probar su existencia, contenido y vigencia”.

<sup>13</sup> Al respecto, se recomienda la lectura de la obra de B. Pisano, “La autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado paraguayo”, *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, año 32, n° 1, febrero 2009, pp. 1 ss.

<sup>14</sup> Art. 33 del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940: “Los derechos sobre créditos se reputan situados en el lugar en donde la obligación de su referencia debe cumplirse. Si este lugar no pudiera determinarse al tiempo del nacimiento de tales derechos,

**Pablo A. Debuchy Boselli**

se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor. Los títulos representativos de dichos derechos y transmisibles por simple tradición, se reputan situados en el lugar en donde se encuentran”.

<sup>15</sup> R. Silva Alonso (nota 7), p. 287.

<sup>16</sup> R. Silva Alonso (nota 7), p. 287.

<sup>17</sup> R. Ruiz Díaz Labrano (nota 4), p. 666.

<sup>18</sup> J.A. Moreno Rodríguez, “Autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado paraguayo”, *Libro Homenaje a Tatiana Maekelt*, Asunción, CEDEP, 2010, pp. 450-451.

<sup>19</sup> En ese sentido, véase B. Pisano (nota 13).

<sup>20</sup> D. Fernández Arroyo / C. Fresnedo de Aguirre (nota 5), p. 974.

<sup>21</sup> Defendida, entre otros, por Pisano (nota 13); R. Díaz Delgado, *El derecho aplicable al fondo del contrato con cláusula de arbitraje*, en: J.A. Moreno Rodríguez (coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Intercontinental Editora, 2003, pp. 235 ss.

<sup>22</sup> Es de notar aquí el art. 3 de la Convención que establece que “a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial”. Las reglas de la CIAC, a su vez, consagraban expresamente la libertad de contratación respecto del fondo del litigio, y remitirse solamente de forma subsidiaria a las normas de conflicto. En este sentido, el art. 30 del reglamento (en su versión del 2002) disponía que “el tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estimen aplicables”.

<sup>23</sup> Art. 4 del Protocolo de Buenos Aires de 1994 señala: “En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales”.

<sup>24</sup> J.A. Moreno Rodríguez (nota 8), p. 239. Como se ha expresado más arriba, la Convención de Nueva York por sí misma da lugar a una infinidad de cuestiones relevantes para el derecho internacional privado, que ameritan un estudio más exhaustivo que el que permite esta obra. Para mayor abundamiento, además de la obra de J.A. Moreno Rodríguez citada *supra*, se recomienda la lectura de H. Kronke / P. Nacimiento / D. Otto / N.C. Port, “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. A global commentary on the New York Convention”, *Kluwer Law International*, 2010, especialmente, en los comentarios a los arts. V(1)(a) y 5(1)(d) de la Convención.

<sup>25</sup> J. Rivera. *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, 2<sup>o</sup> ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 688.

<sup>26</sup> J.D.M. Lew / L.A. Mistelis / S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, p. 413 (traducción del autor).

<sup>27</sup> Decimos que esta libertad no es irrestricta precisamente por lo previsto en el art. 12 de la Convención, en cuanto que “no se aplicará ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cual-

quier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos”.

<sup>28</sup> Fallo íntegro disponible *La Ley Online* (Cita online: PY/JUR/118/2013). El fallo ha sido exhaustivamente analizado en otra obra del Dr. J.A. Moreno Rodríguez, “Autonomía contractual transfronteriza en el Paraguay: ¡Habemus jurisprudencia!”, en: *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, pp. 373-386, a la cual nos remitimos.

<sup>29</sup> El análisis más completo de la nueva ley es autoría, como es de esperarse, de J.A. Moreno Rodríguez, “Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado?”, en: *Temas actuales del derecho bancario y societario*, Asunción, Intercontinental Editora, 2015, pp. 121-201, al cual nos remitimos.

<sup>30</sup> Instrumento que, no obstante, no fue ratificado por la República del Paraguay.

<sup>31</sup> Conforme al art. 4 de la ley: “libertad de elección: 1) un contrato se rige por el derecho elegido por las partes (...)”.

<sup>32</sup> A la que por cierto, ya no le son aplicables disposiciones contenidas en los arts. 14, 17, 687 y 699 del Código Civil, y disposiciones especiales en contrario, por disposición del art. 18 de la ley.

<sup>33</sup> Vale aquí resaltar una importante distinción entre el ámbito de aplicación originalmente previsto para los Principios de La Haya y el de la ley paraguaya. Los Principios hacen referencia –como su título lo indica– al carácter “comercial” de los contratos internacionales, distinción que si bien no es incluida expresamente en el texto 1.1, denota que la intención de los principios es limitarse a estos contratos, en los que el principio de la autonomía de la voluntad es ampliamente aceptada. En el derecho paraguayo la aclaración es innecesaria, por lo expuesto por Moreno Rodríguez: “Como la distinción entre contratos civiles y comerciales ya no tiene cabida en el derecho paraguayo a partir del año de entrada en vigencia del Código civil y comercial en 1987, la aclaración en el título resulta innecesaria, más aún ante el texto de la propia ley que se encarga de aclarar su ámbito de aplicación”, J.A. Moreno Rodríguez (nota 29), p. 133.

<sup>34</sup> Comentarios oficiales a los Principios sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, disponibles en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text> (traducción del autor).

<sup>35</sup> En este sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en “*Acción de inconstitucionalidad en: Gunder SCSA c. Kia Motores Corporation s/ indemnización de daños y perjuicios*”, acuerdo y sentencia n° 285 del 25/05/2006, cita *Online*. PY/JUR/267/2006.

<sup>36</sup> Como lo explica con característica claridad J.A. Moreno Rodríguez (nota 29), p. 134.

<sup>37</sup> En este sentido, el art. 40 de la ley de arbitraje autoriza la anulación del laudo arbitral, según su inc. b) cuando el tribunal compruebe que, según la ley paraguaya, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público internacional o del Estado paraguayo.

## Resumen

*México ha incorporado a su régimen jurídico diversas las leyes modelo y convenciones existentes tendientes a la unificación de los principios y legislaciones, especialmente en materia comercial. Delimitamos este estudio a las cuestiones directamente relacionadas con la celebración y ejecución de contratos internacionales, a saber: compraventa internacional de mercaderías; pagos internacionales; transporte internacional de mercaderías y comercio electrónico. Se hace un mapeo de la incorporación a nuestra legislación de leyes modelo, así como la celebración de tratados suscritos por México en relación directa a los contratos internacionales que, en ambos casos, han tenido lugar, principalmente, en el seno de la CNUDMI.*

## Sumario

- I.** Introducción.
- II.** *Compraventa internacional de mercaderías.*
  - 1. Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.
  - 2. Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías.
  - 3. Convención sobre representación en la compraventa internacional de mercaderías.
- III.** Pagos internacionales.
- IV.** *Transporte internacional de mercaderías.*
  - 1. Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional.
  - 2. Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías o reglas de Hamburgo.
- V.** *Comercio electrónico.*
  - 1. Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.
  - 2. Ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas.
- VI.** Conclusiones.

# Análisis de la situación de los contratos internacionales en México

**Carlos E. Odriozola Mariscal\***

## I. Introducción

Hemos elaborado el presente trabajo para ser presentado en las X Jornadas de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) bajo el tema “Los contratos internacionales, entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos”, a celebrarse los días 10 y 11 de noviembre de 2016 en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Nuestra intervención, dentro de la mesa “Reglamentación de los contratos internacionales: diferentes opciones en la legislación latinoamericana reciente”, tiene por objeto dar cuenta del desarrollo progresivo que ha tenido México en materia de contratos internacionales, concentrándonos en enumerar sus esfuerzos por incorporar al derecho mexicano las principales convenciones y leyes modelo existentes en la materia.<sup>1</sup>

Entendemos por contratos internacionales aquellos en los que las partes contratantes se ubican en diversos Estados o son nacionales de diversos Estados. Los contratos internacionales y los contratos nacionales pueden resultar similares en cuanto a su naturaleza jurídica. No obstante, suelen surgir problemas de interpretación y ejecución en los contratos internacionales, como consecuencia de la diversidad de leyes aplicables a la relación contractual. En tratándose de la problemática derivada de los contratos internacionales, pueden existir dos soluciones posibles. La primera y más común, propia del derecho internacional privado (DIPr), es definir cual es la ley aplicable al contrato internacional mediante las llamadas leyes de conflicto. La segunda, con mayor complejidad y objeto de este estudio, es lograr un régimen contractual común aplicable a los contratos internacionales.<sup>2</sup>

Cuando hablamos de contratos internacionales, es bien sabido que su mayor desarrollo doctrinal y legislativo lo encontramos en la materia comercial o mercantil, habida cuenta de que es en el área del comercio y negocios internacionales donde encontramos un mayor tráfico jurídico internacional en el ámbito contractual. Bajo esa premisa, este trabajo tiene la finalidad de dar cuenta al lector sobre el estado actual de la regulación de los contratos internacionales en México, especialmente en ámbito mercantil.<sup>3</sup>

Analizaremos cual ha sido la incorporación al régimen jurídico mexicano de las leyes modelo y convenciones existentes tendientes a la unificación de los principios y legislaciones en materia comercial. No es motivo de este estudio las cuestiones atinentes a las reglas de conflicto mexicanas. Pretendemos hacer un mapeo de la incorporación a nuestra legislación de leyes modelo, así como la celebración de tratados suscritos por México en relación directa a los contratos internacionales que, en ambos casos, han tenido lugar, principalmente, en el seno de la CNUDMI.<sup>4</sup>

Delimitamos este breve estudio a las cuestiones directamente relacionadas

con la celebración y ejecución de contratos internacionales, a saber: compraventa internacional de mercaderías; pagos internacionales; transporte internacional de mercaderías y comercio electrónico. Excluimos el análisis del marco legal y convencional en materia de unificación de reglas de conflicto o determinación del derecho aplicable, a pesar de que en dichas materias ha existido un importante desarrollo reciente en México.<sup>5</sup> También excluimos materias indirectamente relacionadas con los contratos internacionales, como pueden ser la insolvencia transfronteriza,<sup>6</sup> a pesar que su incorporación a la legislación nacional ha dado lugar a un importante desarrollo jurisprudencial.<sup>7</sup>

De igual forma y por la misma razón, excluimos de nuestro estudio importantes avances en el marco legal mexicano en cuanto a la incorporación legislativa y convencional de cuestiones atinentes a la jurisdicción común especializada comercial internacional: el arbitraje comercial internacional. Los esfuerzos mexicanos para sumarse a las tendencias unificadoras del derecho mercantil internacional son conocidos: México es parte, desde 1971, de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución



**Carlos E.  
Odriozola Mariscal**

**Análisis de la situación de los  
contratos internacionales en México**

de las sentencias arbitrales extranjeras;<sup>8</sup> en 1993, nuestro país fue el primero en Latinoamérica en incorporar a su legislación la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de 1985;<sup>9</sup> en México contamos con diversos centros de arbitraje que administran procedimientos arbitrales, prestan servicios administrativos en virtud del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI o actúan como autoridad nominadora en virtud del Reglamento.<sup>10</sup>

Hacemos una revisión del derecho mexicano en el ámbito de los contratos internacionales, analizando la incorporación de las principales leyes modelo en la materia al orden jurídico nacional. Abordamos también el análisis del marco convencional existente en nuestro país en ese tópico. No efectuamos un análisis pormenorizado, en cuanto a su contenido, de cada uno de los instrumentos y leyes modelos abordados, pues no es el objetivo de este trabajo. Pretendemos proporcionar, a los interesados en nuestro orden jurídico, una visión en conjunto de las acciones que han tenido lugar en México para sumarse al esfuerzo internacional por la unificación del derecho de los contratos internacionales.

## **II. Compraventa internacional de mercaderías**

### **1. Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías<sup>11</sup>**

El antecedente de la Convención de CNUDMI sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías es la iniciativa iniciada en 1929 por la UNIDROIT para lograr un proyecto de ley uniforme en la materia. Suspendido el proceso por los avatares de la segunda guerra mundial, en 1964 se cristaliza el esfuerzo con la adopción de dos convenciones: Ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías<sup>12</sup> y Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías,<sup>13</sup> mismas que entraron en vigor en 1972.<sup>14</sup> La suscribieron nueve Estados, todos de Europa occidental e Israel. En 1976 la CNUDMI solicitó la opinión de los Estados miembros de la ONU respecto de las convenciones de UNIDROIT, por lo que decidió formar un grupo de trabajo que dirigió el jurista mexicano Jorge Barrera Graf, con el fin de elaborar una convención que pudiera tener una aceptación más

amplia. Ese esfuerzo cristalizó en la conferencia diplomática que tuvo lugar en Viena, aprobándose la Convención el 1 de abril de 1980.<sup>15</sup>

El contrato de compraventa es el fundamento del comercio internacional en todas las culturas y jurisdicciones. La Convención prevé un régimen uniforme para los contratos de compraventa internacional de mercancías, contribuyendo a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales, seguridad jurídica y a reducir los gastos de las operaciones comerciales. La Convención es aplicable a toda operación de compraventa concertada entre partes que tengan un establecimiento en alguno de los Estados parte. La Convención se aplica en forma directa, sin necesidad de recurrir a las reglas de derecho internacional privado para determinar la ley aplicable al contrato, lo cual contribuye notablemente a dar certeza y previsibilidad a los contratos de compraventa internacional.

Es innegable la importancia de esta convención para los contratos internacionales de compraventa de mercaderías. Actualmente está en vigor en 85 países, de los cinco continentes. México firmó el instrumento de adhesión el 29 de diciembre de 1987 y entró en vigor para nuestro país el 1

de enero de 1989, sin declaraciones o reservas. Para la Argentina<sup>16</sup> entró en vigor desde el 1 de enero de 1988, con algunas declaraciones respecto de su aplicación.<sup>17</sup>

Es de tal importancia la Convención para México, que aparece textualmente referida en nuestra Ley de navegación y comercio marítimo como una norma de jerarquía en la materia junto con sus tratados internacionales complementarios: Convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías y Convención sobre la representación en la compraventa internacional de mercaderías.<sup>18</sup>

En cuanto a antecedentes judiciales, considerando la importancia de la Convención y lo ampliamente recurrida que debiera ser en los litigios comerciales internacionales, su desarrollo jurisprudencial en México es bastante limitado.<sup>19</sup> En las bases de datos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),<sup>20</sup> solamente encontramos dos tesis jurisprudenciales referidas a la Convención<sup>21</sup> mencionándola como fundamento para que en México se reconozca la obligatoriedad de los términos comerciales o INCOTERMS<sup>22</sup> como medio para interpretar la intención de las partes en un contrato de compraventa internacional. Según

**Carlos E.  
Odriozola Mariscal**

**Análisis de la situación de los  
contratos internacionales en México**

la base de datos referente a sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI, denominada CLOUT,<sup>23</sup> se documentan respecto de México solamente dos laudos arbitrales y tres sentencias jurisdiccionales referidas a la Convención, distintas a las que aparecen en la base de datos nacional.<sup>24</sup>

## **2. Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías<sup>25</sup>**

La Convención sobre la prescripción se preparó y adoptó por la CNUDMI en 1974. La Convención fue enmendada en 1980 por un Protocolo enmendado a armonizar su texto con el de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. La Convención sobre la prescripción es complementaria a la Convención sobre la compraventa.

Como su nombre lo indica, la Convención establece reglas uniformes sobre el plazo de prescripción de las acciones derivadas de un contrato de compraventa internacional de mercaderías, en relación a su cumplimiento o validez. Al fijar normas para ese plazo, la Convención aporta seguridad jurídica a los contratos internacionales.

México firmó su adhesión a la Convención y el Protocolo el 1 de enero de 1988. Entró en vigor para México el 1 de agosto de 1988. Para Argentina entró en vigor en la misma fecha.

No obstante que la prescripción de los contratos es una cuestión que recurrentemente es materia de litigios, resulta que la Convención no tiene un gran desarrollo doctrinal ni jurisprudencial en México. En las bases de datos de la SCJN,<sup>26</sup> no existe un solo antecedente respecto de este instrumento internacional. En la base de datos referente a sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI, conocido como CLOUT, no existen laudos arbitrales o sentencias jurisdiccionales relativos a esta Convención, en referencia a nuestro país.

Sin embargo, como señalamos anteriormente, nuestra Ley de navegación y comercio marítimo señala a esta Convención como ley de mayor jerarquía en la materia junto con la Convención sobre la compraventa internacional de mercaderías y la Convención sobre la representación en la compraventa internacional de mercaderías.<sup>27</sup>

### 3. Convención sobre representación en la compraventa internacional de mercaderías<sup>28</sup>

La Convención define los derechos y obligaciones adquiridos por un comprador o vendedor que contrata con un representante de la otra parte. Regula las relaciones entre representante y representado en la compraventa internacional de mercaderías.

México es parte de la citada Convención, pues firmó el instrumento de adhesión el 11 de noviembre de 1987 y lo depositó ante el Gobierno de la Confederación Suiza el 22 de diciembre del mismo año. El decreto de promulgación de la Convención fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de febrero de 1988, con una fe de erratas publicada el 25 de abril del mismo año. México realizó diversas declaraciones interpretativas a la Convención.<sup>29</sup>

La citada Convención no ha entrado en vigor internacional pues no ha alcanzado los diez instrumentos de adhesión necesarios para tal efecto.<sup>30</sup> Al igual que la Convención de prescripción, no tiene desarrollo doctrinal ni jurisprudencial en México. En las bases de datos de la SCJN,<sup>31</sup> tampoco

existen antecedentes respecto de este instrumento internacional. En la base de datos referente a sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI, conocido como CLOUT, no existen laudos arbitrales o sentencias jurisdiccionales en México relativos a esta Convención.

Lo curioso es que la Convención ha dejado de aparecer en las bases de datos de la propia UNIDROIT.<sup>32</sup> Tampoco aparece en la base de datos de la ONU sobre el estado de los tratados.<sup>33</sup> Sin duda se trata de una convención que, para efectos internacionales, está condenada al olvido.

No obstante, como hemos venido refiriendo, la Ley de navegación y comercio marítimo mexicana señala a esta Convención como ley de mayor jerarquía en la materia junto con la Convención sobre la compraventa internacional de mercaderías y la Convención sobre la prescripción en la compraventa internacional de mercaderías.<sup>34</sup>

### III. Pagos internacionales

En materia de pagos internacionales, México ha suscrito la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales.<sup>35</sup>

**Carlos E.  
Odriozola Mariscal**

**Análisis de la situación de los  
contratos internacionales en México**

Esta Convención es fruto de más de 15 años de trabajo de la CNUDMI.<sup>36</sup> Tiene por objeto eliminar las principales disparidades e incertidumbres que actualmente existen en relación a los títulos negociables utilizados en los pagos internacionales. Para su aplicación, las partes deben utilizar ciertas formas de títulos negociables en los que se indique que el título así emitido se registrará por la Convención de la CNUDMI.

La Convención busca superar las disparidades entre los diversos regímenes aplicables a los títulos negociables que existen en el mundo. Los anteriores intentos de unificar el régimen de los títulos negociables solo habían prosperado en el marco limitado de una región o entre países con una misma tradición jurídica. El texto de la Convención refleja la intención de unificar el derecho cambiario. En cuanto al fondo, la Convención regula la letra de cambio y al pagaré, con exclusión de los cheques. Regula de modo exclusivo la letra de cambio internacional y el pagaré internacional, sin afectar las diferentes leyes nacionales. Es optativo para el emisor del título someterlo a la Convención.

México se adhirió a la Convención desde el 11 de septiembre de 1992 y

fue promulgada el 27 de enero de 1993. No ha entrado en vigor internacional, pues se requieren 10 instrumentos de adhesión. Actualmente son 5 los Estados Parte: México, Gabón, Guinea, Honduras y Liberia. Signaron la Convención, pero no la han ratificado: Estados Unidos, Canadá y Federación de Rusia.

La Convención, dado que no ha entrado en vigor, ha tenido muy poco desarrollo doctrinal en nuestro país,<sup>37</sup> pero muestra el interés de México en sumarse al esfuerzo de la uniformidad en la materia. En las bases de datos de la SCJN,<sup>38</sup> no existe un solo antecedente respecto de este Convenio. En la base de datos referente a sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI, conocido como CLOUT, no existen laudos arbitrales o sentencias jurisdiccionales relativos a esta Convención.

## **IV. Transporte internacional de mercaderías**

### **1. Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional<sup>39</sup>**

El Convenio ofrece un régimen uniforme de la responsabilidad del empre-

sario de una terminal de transporte por las pérdidas y daños que sufran las mercancías que sean objeto de transporte internacional durante su paso por la terminal, así como por toda demora del empresario de la terminal en efectuar la entrega de las mercancías.

La finalidad del Convenio es colmar lagunas en materia de pérdidas, daños y retrasos que tienen las convenciones relativas a transportes marítimo, aéreo, por carretera, por ferrocarril y multimodal. La Convención establece la responsabilidad del transportista hacia el dueño y, aunque éstos pueden recurrir al seguro para proteger sus pérdidas, el convenio busca elaborar un régimen uniforme de responsabilidad que proteja a los propietarios de las mercancías mientras éstas se encuentren en las terminales internacionales de transporte.

México firmó la Convención el 19 de abril de 1991, pero no la ratificó. A pesar de que la firmaron Francia, Filipinas, Estados Unidos y España, tampoco la han ratificado. No ha entrado en vigor internacional, pues se requieren cinco instrumentos de adhesión. Actualmente son cuatro los Estados Parte: Egipto, Gabón, Georgia, Paraguay.

La importancia que se supone que tendría el Convenio para nuestro país radica en que las empresas mexicanas, en el ámbito del comercio internacional, son mayormente usuarias del transporte internacional y no tienen un gran desarrollo como transportistas. El Convenio es proteccionista de los propietarios de las mercancías transportadas y se supone que tendrá el efecto de abaratar el precio de fletes y seguros.<sup>40</sup>

Como no ha entrado en vigor, la Convención no tiene un desarrollo doctrinal significativo en México.<sup>41</sup> Sin embargo, muestra el interés de México en sumarse al esfuerzo de la uniformidad en la materia. En las bases de datos de la SCJN,<sup>42</sup> no existen antecedentes respecto de este Convenio. En la base de datos referente a sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI, conocido como CLOUT, no existen laudos arbitrales o sentencias jurisdiccionales relativos a esta Convención.

## 2. Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías o reglas de Hamburgo<sup>43</sup>

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en su primer periodo

**Carlos E.  
Odriozola Mariscal**

**Análisis de la situación de los  
contratos internacionales en México**

de sesiones, el 23 de marzo de 1964, estableció que era necesario analizar la posibilidad de adoptar reglas uniformes en materia de derecho marítimo. Hasta ese entonces regían en la materia las Reglas de La Haya,<sup>44</sup> mismas que luego fueron revisadas a través del Protocolo de 1968 o Reglas de Wisby.<sup>45</sup> Por considerar que estos instrumentos internacionales protegían los intereses de los países ricos, los países en vías de desarrollo lograron que la UNC-TAD examinara todos los aspectos relacionados con el derecho marítimo en general. La CNUDMI se ocupó de esa tarea desde el 27 de marzo de 1969, cuyos trabajos culminaron con la aprobación de las Reglas de Hamburgo el 30 de marzo de 1978.<sup>46</sup>

Las Reglas de Hamburgo, en general, son una revisión profunda de las Reglas de La Haya. Mientras que las Reglas de la Haya fueron elaboradas por gente práctica dedicada al transporte marítimo de la época, las Reglas de Hamburgo fueron obra de un grupo de expertos de la CNUDMI, por lo que se afirma que son más técnicas.<sup>47</sup> El Convenio establece un régimen jurídico uniforme para los derechos y obligaciones de los cargadores, portadores y consignatarios, cuando se celebra un contrato de transporte marítimo de mercancías.

Actualmente, la Convención cuenta con 34 Estados parte. México firmó la Convención el 31 de marzo de 1978, pero no la ratificó. El desarrollo doctrinal de la Convención en nuestro país es pobre y no existen antecedentes jurisprudenciales.

## **V. Comercio electrónico**

### **1. Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico<sup>48</sup>**

La Ley Modelo facilita el comercio por medios electrónicos estableciendo un conjunto de reglas encaminadas a suprimir los obstáculos jurídicos y a dar una mayor seguridad jurídica al comercio electrónico. La Ley Modelo equipara el trato dado a la información sobre papel al trato dado a la información electrónica. La igualdad de tratamiento es esencial para hacer posibles las comunicaciones sin soporte de papel y para fomentar la eficacia en el comercio internacional.

Se trata del primer texto legislativo en que se plasmaron principios reconocidos como fundamentales para el comercio electrónico: la no discriminación,<sup>49</sup> la neutralidad respecto de los medios técnicos<sup>50</sup> y la equivalencia funcional.<sup>51</sup> La Ley Modelo establece los requisitos concretos que deben

cumplir las comunicaciones electrónicas para realizar los mismos fines y desempeñar las mismas funciones que se persiguen en el sistema tradicional basado en el papel con determinados conceptos.<sup>52</sup>

La Ley Modelo sobre comercio electrónico establece normas para la formación y la validez de los contratos concertados por medios electrónicos, para la atribución de los mensajes de datos, para el acuse de recibo y para la determinación del lugar y hora en que se envíen y reciban los mensajes de datos. Está diseñada con la intención de servir como guía a los usuarios del comercio electrónico, para encontrar soluciones contractuales, cuando las partes deciden la utilización de las vías electrónicas de comunicación.

México fue de los países que más rápidamente incorporaron la Ley Modelo a su legislación.<sup>53</sup> El decreto que la incorporó a nuestra legislación se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, reformando y adicionando el Código Civil Federal, del Código Federal de procedimientos civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de protección al consumidor.<sup>54</sup>

La Ley Modelo, y su incorporación al orden jurídico mexicano, ha tenido un importante desarrollo doctrinal en México.<sup>55</sup> Su desarrollo jurisprudencial, es abordado más adelante en apartado especial.

## 2. Ley Modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas<sup>56</sup>

La Ley Modelo sobre las firmas electrónicas tiene por objeto posibilitar y facilitar la utilización de las firmas electrónicas estableciendo criterios de fiabilidad técnica para la equivalencia entre las firmas electrónicas y las manuscritas. Puede ayudar a los Estados a establecer un marco legislativo moderno, armonizado y equitativo que permita regular con eficacia el trato jurídico de las firmas electrónicas de modo que su utilización no dé lugar a dudas sobre su seguridad.

Este modelo obedece a la necesidad de establecer un marco jurídico específico que reduzca la incertidumbre acerca de los efectos jurídicos que puede tener la utilización de medios electrónicos. La utilización de técnicas electrónicas de autenticación en sustitución de las firmas manuscritas y de otros procedimientos tradicionales de autenticación es cada día mayor. La Ley Modelo de firmas electrónicas complementa a la



**Carlos E.  
Odrizola Mariscal**

**Análisis de la situación de los  
contratos internacionales en México**

Ley Modelo sobre comercio electrónico por lo que respecta al cumplimiento de la función de las firmas por medios electrónicos, siguiendo para ello un enfoque neutral en cuanto a los medios técnicos empleados. Ello significa que la legislación basada en esta ley modelo puede reconocer tanto las firmas digitales basadas en criptografía como las firmas electrónicas en que se empleen otras tecnologías.

La Ley Modelo sobre las firmas electrónicas se basa en los principios fundamentales comunes a todos los textos de la CNUDMI que rigen el comercio electrónico, a saber, la no discriminación, la neutralidad respecto de los medios técnicos y la equivalencia funcional. La Ley Modelo establece criterios de fiabilidad técnica para la equivalencia entre las firmas electrónicas y las firmas manuscritas. Contiene normas básicas de conducta que pueden servir de directrices para evaluar las obligaciones y la responsabilidad del signatario y de los demás interesados en el documento. Contiene disposiciones que favorecen el reconocimiento de los certificados extranjeros y las firmas electrónicas sobre la base de un principio de equivalencia sustantiva que no otorga importancia al lugar de origen de la firma extranjera.

México incorporó la ley modelo desde el año 2003, mediante una amplia reforma que ha impactado no solo en la materia contractual, sino también respecto del valor probatorio de los documentos electrónicos en general.<sup>57</sup>

Desde luego, la Ley Modelo sobre firmas electrónicas y su incorporación al orden jurídico mexicano ha tenido desarrollo doctrinal en México.<sup>58</sup> Su desarrollo jurisprudencial ha sido extenso, razón por la que lo tratamos en el siguiente apartado.

### **3. Jurisprudencia en materia de comercio electrónico y firmas electrónicas**

Las Leyes Modelo sobre comercio electrónico y firmas electrónicas, han dado lugar, en México, a un importante desarrollo jurisprudencial. Debido a que dichas Leyes Modelo fueron incorporadas, no solamente en materia mercantil, sino también en materia civil federal, han impactado no solamente en el ámbito del derecho comercial, sino también en el civil y administrativo. Aquí hacemos una relación de las más importantes tesis en la materia, para aquellos interesados en el tema, sin perjuicio de que pueden encontrarse otras en las bases de datos de la SCJN:<sup>59</sup>

- A. Décima Época, Registro: 2002142, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 3, Materia(s): Civil, Tesis: I.4o.C.19 C (10a.), Página: 1856. Voz: “Documentos y correos electrónicos. Su valoración en materia mercantil”.
- B. Décima Época, Registro: 159815, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.1067 C (9a.), Página: 2878. Voz: “Mensajes de datos o correos electrónicos. Son pruebas documentales que pueden acreditar la existencia de una relación comercial entre las partes del juicio, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el código de comercio”.
- C. Décima Época, Registro: 2009165, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo III, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.220 C (10a.), Página: 2400. Voz: “Transferencias electrónicas. No es documento privado cuyo valor sea equiparable al de una copia simple”.
- D. Décima Época, Registro: 2011039, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 27, Febrero de 2016, Tomo III, Materia(s): Común, Tesis: I.3o.P.41 P (10a.), Página: 2049. Voz: “Correo electrónico oficial. La información comunicada a través de dicho medio entre los órganos del poder judicial de la federación, si está certificada la hora y fecha de su recepción, así como el órgano que la remite por el secretario de acuerdos del tribunal judicial que la recibe, tiene pleno valor probatorio”.
- E. Novena Época, Registro: 161319, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: I.9o.C.183 C, Página: 1332. Voz: “Documentos públicos provenientes del extranjero, obtenidos por mensaje de datos o medios electrónicos. Para su eficacia probatoria en el territorio nacional, se requiere de su legalización o de la apostilla, según corresponda (Código de Comercio)”.

**Carlos E.  
Odrizola Mariscal**

**Análisis de la situación de los  
contratos internacionales en México**

- F. Novena Época, Registro: 186243, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Agosto de 2002, Materia(s): Civil, Tesis: V.3o.10 C, Página: 1306. Voz: “Información proveniente de internet. Valor probatorio”.
- G. Novena Época, Registro: 162454, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI-II, Marzo de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: XVII.2o.C.T.23 C, Página: 2467. Voz: “Transferencias electrónicas. No constituyen documentos privados, sino elementos de prueba derivados de los descubrimientos de la ciencia, cuya valoración queda al prudente arbitrio del juzgador”.
- H. Novena Época, Registro: 176863, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, Octubre de 2005, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.7o.A.410 A, Página: 2471. Voz: “Recibo de pago electrónico. Valor probatorio de la documental impresa correspondiente”.

## VI. Conclusión

Debido al número de Leyes Modelo que ha incorporado a su legislación, prácticamente en forma íntegra, y tratados internacionales en materia comercial que ha suscrito, es claro que México se ha sumado a los esfuerzos de la CNUDMI para lograr la unificación del derecho comercial.

El desarrollo mexicano en el ámbito de los contratos internacionales lo encontramos en las materias de compraventa internacional de mercaderías, derecho marítimo y comercio electrónico.

Reconocemos que el desarrollo jurisprudencial mexicano ha sido relativamente escaso, tomando en cuenta los antecedentes jurisprudenciales que aparecen en la base de datos de la SCJN sobre las materias de este estudio. De igual forma son pocos los casos que aparecen, respecto de México, en la base de datos referente a sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI, conocido como CLOUT.

La incorporación a nuestra legislación de las Leyes Modelos en comercio electrónico y formas electrónicas de la CNUDMI, han permeado no solo en materia de derecho comercial, sino en materia civil y administrativa, siendo en estas materias en donde mayor desarrollo jurisprudencial hemos encontrado en los últimos años.

\* Profesor de Posgrado en la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Miembro de la ASADIP.

<sup>1</sup> En general, abordaremos las convenciones y leyes modelo emanadas de la CNUDMI adoptadas por México, pues el derecho mexicano de los contratos internacionales se ha basado principalmente en los trabajos de esa organización internacional.

<sup>2</sup> J. Adame Goddard, “El derecho de los contratos internacionales”, en: R. Méndez-Silva (coord.), *Contratación y arbitraje internacionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas / UNAM, 2010, p. 4.

<sup>3</sup> Aunque existen algunas reformas en México, derivadas de Leyes Modelos de la CNUDMI, que han impactado en otros ámbitos, como el civil y administrativo. Tal es el caso de la Ley Modelo sobre firmas electrónicas, que analizamos más adelante.

<sup>4</sup> Es indudable que los trabajos de la CNUDMI reciben influencia y se retroalimentan, a su vez, de los trabajos de otros organismos como UNIDROIT y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

<sup>5</sup> Bajo los auspicios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, México suscribió el Convenio de La Haya de 30/06/2005, sobre acuerdos de elección de foro, entrando en vigor para nuestro país desde 2015.

<sup>6</sup> En el año 2000, México incorporó a su legislación la Ley Modelo de CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza de 1997. Para una mayor referencia sobre la materia ver E.A. Quintana Adriano, “El impacto de la quiebra transfronteriza en las legislaciones internas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, n° 120, 2007, pp. 881-906.

<sup>7</sup> Véanse por ejemplo los siguientes criterios jurisprudenciales: a) Novena Época, Registro n° 174122, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXIV, 2006, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: 1a. CLXIII/2006, p. 276. Voz: “Concursos mercantiles. El título décimo segundo de la ley relativa es constitucional al otorgar un trato igualitario a los acreedores nacionales y extranjeros”; b) Décima Época, Registro n° 2006429, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CLXXXII/2014 (10a.), p. 551. Voz: “Procedimiento concursal extranjero. El artículo 295, párrafo segundo, de la Ley de Concursos Mercantiles, no viola el derecho de audiencia”; c) Décima Época, Registro: 2006430, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, Materia(s): Civil, Tesis: 1a. CLXXXIII/2014 (10a.), p. 552. Voz: “Procedimiento concursal extranjero. La presunción prevista en el artículo 295, párrafo segundo, de la ley de concursos mercantiles es humana y admite prueba en contrario”. d) Novena Época, registro n° 171137, Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXVI, Octubre de 2007, Materia(s): Civil, Tesis: I.11o.C.176 C, p. 3210. Voz: “Ley de Concursos Mercantiles. Supuestos para el reconocimiento de procedimientos extranjeros en México.”

<sup>8</sup> Lo cual ha dado lugar a importantes precedentes judiciales en nuestro país, tales como los siguientes: a) Décima Época, Registro: 2001130, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro X, Julio

**Carlos E.  
Odrizola Mariscal**

**Análisis de la situación de los  
contratos internacionales en México**

de 2012, t. 3, Materia(s): Civil, Tesis: I.7o.C.18 C (10a.), Página: 1877. Voz: “Laudo arbitral. Cuándo no es aplicable la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras”. b) Décima Época, Registro: 2001132, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro X, Julio de 2012, t. 3, Materia(s): Civil, Tesis: I.7o.C.20 C (10a.), p. 1878. Voz: “Laudo arbitral. Orden público será determinado por el juez cuando se reclama su nulidad o reconocimiento y ejecución”. c) Novena Época, Registro n° 161136, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Septiembre de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: 1a. CLXXIII/2011, Página: 1033. Voz: “Arbitraje comercial internacional. Es competente el juez del lugar donde éste se llevó a cabo para conocer de la nulidad del laudo arbitral”. d) Novena Época, Registro n° 162223, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, Mayo de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.937 C, Página: 1017. Voz: “Arbitraje. Concepto y elementos (interpretación del artículo II. 1 de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras)”. e) Novena Época, Registro: 162220, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, Mayo de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.935 C, Página: 1019. Voz: “Arbitraje. La autonomía de la voluntad es fuente de las facultades y límites del árbitro (interpretación de los artículos II. 1 de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y 1 de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional)”. f) Novena Época, Registro: 162053, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXXIII, Mayo de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.953 C, p. 1241. Voz: “Orden público. Principio proarbitraje y reconocimiento de la autonomía de la voluntad para ponderar la nulidad del laudo arbitral (interpretación del artículo V, punto 2, inciso b), de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras)”.

<sup>9</sup> México no efectuó reformas luego de las enmiendas de la CNUDMI de 2006 a la Ley Modelo, pues prácticamente no aportaban nada novedoso a lo que ya se incluía en nuestra legislación. Cfr. J.L. Siqueiros, “La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional”, *Revista de Derecho Privado*, n° 21-22, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, año VII, septiembre de 2008-abril de 2009, pp. 125-133. Con la adopción íntegra de la Ley Modelo en la legislación mexicana, nuestro país “lideró el proceso de reforma legal en materia de arbitraje internacional” a nivel Latinoamericano. Ver C. Conejero Roos, “La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 32, n° 1, 2005, p. 100.

<sup>10</sup> Tales son los casos del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, cfr. <http://www.arbitrajecanaco.com.mx>, y el Centro de Arbitraje de México (CAM), cfr. <http://www.camex.com.mx>.

<sup>11</sup> Adoptada bajo los auspicios de la CNUDMI en Viena, el 11 de abril de 1980, entró en vigor internacional el 1 de enero de 1988.

<sup>12</sup> <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulfc-1964-en>.

<sup>13</sup> <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>.

<sup>14</sup> Estas Convenciones sirven como antecedente de interpretación de la Convención de CNUDMI de 1980.

<sup>15</sup> J. Adame Goddard, *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1991, pp. 9-11

<sup>16</sup> Debido a que este trabajo se presentará en la Universidad de Buenos Aires, haremos una breve referencia a la situación que guarda, respecto de la Argentina, cada instrumento analizado. El único fin de ello es aportar el dato correspondiente para fines de referencia, pero no significa pretender hacer comparaciones sobre el desarrollo de la materia en el país austral, pues este vive su propio derrotero.

<sup>17</sup> Declaró, con arreglo a los artículos 12 y 96 de la Convención que no sería aplicable ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la Parte II de la Convención que permitiera que la celebración, la modificación o la extinción, por mutuo acuerdo, de un contrato de compraventa, o que la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hiciera por un procedimiento que no fuera por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tuviera su establecimiento en su territorio.

<sup>18</sup> “Artículo 255. Toda compraventa marítima estará regida por la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, por la Convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, por la Convención sobre la representación en la compraventa internacional de mercancías, y de modo supletorio por el Código de Comercio y el Código Civil Federal.”

<sup>19</sup> Ver A. Osuna González, “La interpretación judicial en México relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, en: R. Méndez-Silva (nota 2), pp. 91-130.

<sup>20</sup> <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

<sup>21</sup> a) Novena Época, Registro: 169685, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, Mayo de 2008, Materia(s): Administrativa, Tesis: IV.2o.A.217 A, Página: 1051, bajo la voz: “INCOTERMS. Su relevancia en las operaciones aduaneras de importación deriva de su utilidad para determinar el valor en aduana de mercancías”; b) Novena Época, Registro: 164196, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, Julio de 2010, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.810 C, Página: 2101, bajo la voz: “Usos y términos comerciales internacionales. Sirven para interpretar la intención de las partes en un contrato de compraventa internacional”.

<sup>22</sup> Los INCOTERMS o términos internacionales de comercio de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), son reconocidos en nuestra legislación, en la Ley de navegación y comercio marítimos, al señalar en su artículo 256: “Cuando en los contratos regulados por el presente título, los contratantes se refieran al o los Términos Internacionales de Comercio -en los sucesivos INCOTERM o INCOTERMS respectivamente- de la Cámara Internacional de Comercio, se entenderá que el contrato celebrado corresponde a alguna de las modalidades marítimas

**Carlos E.  
Odrizola Mariscal**

**Análisis de la situación de los  
contratos internacionales en México**

según sea el caso, tal y como se conozcan en su edición vigente al momento de la celebración del contrato, salvo que parte del contenido obligacional del mismo se hubiere modificado mediante convenio por correspondencia de cualquier medio de transmisión de datos cruzada entre las partes; en cuyo caso se entenderá que la compraventa marítima fue modificada en los términos de la referida correspondencia”.

<sup>23</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/es/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law.html)

<sup>24</sup> a) Caso 1194: CIM 1; [7]; 18; 23; 34; 35; 36 1); 96 - México: “*Arbitraje de Compromex: Conservas La Costeña S.A. de C.V. vs. Lamin San Luis S.A. & Agroindustrial Santa A de la S.A.*” (29/04/1996); b) Caso 776: CIM 38 1), 2), 39 1) - México: Juzgado Primero Civil de Primera Instancia de Lerma de Villada - 254/2004 – “*Barcel S.A. de C.V. v. Steve Kliff*” (03/10/2006); c) Caso 1183: CIM 1; 58 1) - México: Partido de Tijuana, Estado de Baja California, Juzgado Sexto de Primera Instancia (30/08/2005); d) Caso 1193: CIM 7 1); 8; 9; 19 3) - México: Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito Kolmar, “*Petrochemicals Américas, Inc. vs. Idesa Petroquímica S.A. de C.V.*” (10/03/2005); e) Caso 1184: CIM 7; 11; 25; 29 1); 54 - México: Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México [Compromex] M/115/97 “*Dulces Luisi, S.A. de C.V. vs. Seoul International Co. Ltd. Y Seoulia Confectionery Co.*” (30/11/1998).

<sup>25</sup> Adoptada en Nueva York el 14/06/1974. El protocolo de enmienda fue adoptado en Viena el 01/08/1988. Entró en vigor internacional el 01/08/1988.

<sup>26</sup> <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

<sup>27</sup> Art. 255: “Toda compraventa marítima estará regida por la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, por la Convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, por la Convención sobre la representación en la compraventa internacional de mercancías, y de modo supletorio por el Código de Comercio y el Código Civil Federal”

<sup>28</sup> Adoptada bajo los auspicios de la UNIDROIT, en Ginebra, el 17/02/1983. No ha entrado en vigor internacionalmente.

<sup>29</sup> a) México declara de acuerdo al artículo 2, respecto a que cualquier disposición del artículo 19, 15 o Capítulo IV que permite dar un poder, ratificar o terminar un poder, por un procedimiento que no sea por escrito, que no la aplicará en el caso de que el representante o agente tenga sus establecimiento en México. b) México declara con fundamento en el artículo 29 de esta Convención que en el caso de organizaciones de su país, especialmente autorizadas para llevar a cabo en forma exclusiva actividades de comercio exterior, no se considerarán, para los propósitos del artículo 13 párrafos 2 b) y 4, como intermediarios en sus relaciones con otras organizaciones que tengan sus establecimientos en México.

<sup>30</sup> J. Adame Goddard (nota 15), p. 16

<sup>31</sup> <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

<sup>32</sup> <http://www.unidroit.org>

<sup>33</sup> <https://treaties.un.org>

<sup>34</sup> Art. 255: “Toda compraventa marítima estará regida por la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, por la Convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, por la Conven-

ción sobre la representación en la compraventa internacional de mercancías, y de modo supletorio por el Código de Comercio y el Código Civil Federal”.

<sup>35</sup> Aprobada en Nueva York por la Asamblea General de la CNUDMI, el 09/12/1988. No ha entrado en vigor internacional.

<sup>36</sup> Ver P.A. Labariega Villanueva, “La metamorfosis de la aceptación cambiaria desde el régimen estatutario hasta la reglamentación internacional uniforme”, *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año VI, n° 18-20, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007-2008, pp. 13-46.

<sup>37</sup> P.A. Labariega Villanueva (nota 36), pp. 13-46.

<sup>38</sup> <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

<sup>39</sup> Aprobado en Viena, bajo los auspicios de la CNUDMI, el 19/04/1991. No ha entrado en vigor internacional.

<sup>40</sup> J.M. Abascal, “La Convención de Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de transporte en el comercio internacional”, *Revista de Derecho Privado*, n° 6, 1991, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 615-626.

<sup>41</sup> J.M. Abascal (nota 40), p. 615-626.

<sup>42</sup> <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

<sup>43</sup> Aprobado por la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios el 30/03/1978 en la ciudad de Hamburgo. El Convenio entró en vigor el 01/11/1992.

<sup>44</sup> Contenidas en la Convención internacional de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque o Reglas de la Haya de 25/08/1924, la cual entró en vigor el 02/06/1931.

<sup>45</sup> Protocolo de la Convención internacional de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque del 23/02/1968 o Reglas de Wisby, que entraron en vigor el 23/06/1977.

<sup>46</sup> Ver J.E. Salgado y Salgado, *El conocimiento de embarque y su régimen internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, pp. 83-132.

<sup>47</sup> Dentro del grupo de trabajo de la CNUDMI se encontraron juristas mexicanos de la talla de Jorge Berrera Graf y Roberto L. Mantilla Molina. Cfr. J.E. Salgado y Salgado (nota 46), p. 86.

<sup>48</sup> Aprobada en Asamblea General de la CNUDMI de 16/12/1996.

<sup>49</sup> El principio de la no discriminación asegura que no se denegarán a un documento sus efectos jurídicos, su validez o su ejecutabilidad por la única razón de que figure en formato electrónico.

<sup>50</sup> El principio de la neutralidad respecto de los medios técnicos obliga a adoptar disposiciones cuyo contenido sea neutral respecto de la tecnología empleada. Ante la rápida evolución tecnológica, el objetivo de las reglas neutrales es dar cabida a toda novedad que se produzca en el futuro sin necesidad de emprender una labor legislativa.

<sup>51</sup> En el principio de la equivalencia funcional se establecen los criterios conforme a los cuales las comunicaciones electrónicas pueden equipararse a las comunicaciones sobre papel.

<sup>52</sup> Conceptos tales como “escrito”, “original”, “firma”, y “documento”.



**Carlos E.  
Odrizola Mariscal**

**Análisis de la situación de los  
contratos internacionales en México**

<sup>53</sup> D. Robles Farías, “El comercio y la firma electrónicos. El modelo mexicano”, *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, p. 565.

<sup>54</sup> Código Civil Federal: se modificaron los artículos 1, 1803, 1805 y 1811 y se adicionó el 1834 bis.

Código Federal de Procedimientos Civiles: se adicionó el artículo 210-A. Código de Comercio: se reformaron los artículos 18, 20 y 21, párrafo primero; 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 49, 80 y 1205, y se adicionaron los artículos 20 bis, 21 bis, 21 bis 1, 30 bis, 30 bis 1, 32 bis, 1298-A; el título segundo, que se denominó “Del comercio electrónico”, que comprende los artículos 89 a 94, y se modificó la denominación del libro segundo. Ley Federal de Protección al Consumidor: se reformó el párrafo primero del artículo 128, y se adicionó la fracción VIII al artículo 1o., la fracción IX bis al artículo 24, y el capítulo VIII bis, que contiene el artículo 76 bis.

<sup>55</sup> Véanse, por ejemplo, N. González Martín, “Un acercamiento al comercio electrónico y la protección al consumidor en México”, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz, Derecho Internacional y otros temas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, pp. 165-190. Cfr. V.M. Rojas Amandi, “Regulación del comercio electrónico en México”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 30, 2000, pp. 385-410

<sup>56</sup> Aprobada en Sesión Plenaria de la CNUDMI de 12/12/2001.

<sup>57</sup> Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 29/08/2003, se reformó el Código de Comercio en sus artículos 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 y 114, se adicionaron los artículos 89 bis, 90 bis, 91 bis, 93 bis. Además se adicionaron los capítulos primero, segundo, tercero y cuarto al título segundo, denominado “Del comercio electrónico”, correspondiente al libro segundo, todos del Código de Comercio.

<sup>58</sup> Ver D. Robles Farías *loc. cit.*, pp. 545-580.

<sup>59</sup> <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

## Resumen

*La modalidad de instituciones y conferencias especializadas de reunir principios aplicables a la actividad comercial internacional, a fin de que los Estados en base a ellos, introduzcan en sus ordenamientos jurídicos actualizaciones y modificaciones, para adecuarlas al desarrollo y evolución del derecho, se considera un método adecuado para orientar la labor legislativa. La ventaja es evidente, no constrañe a los Estados a adoptar como un todo cuerpos normativos por vía convencional y deja la suficiente libertad para contemplar las particularidades que el ordenamiento jurídico nacional requiera, con un resultado, la paulatina armonización legislativa del derecho. Una primera adopción es la ley N° 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay, que convierte los principios en ley. Por otra parte, los Principios de La Haya sobre contratos internacionales, constituyen un cuerpo normativo aplicable por las partes en uso de la autonomía de la voluntad, al ser fuentes normativas neutrales y eficientes para este efecto.*

## Sumario

- I.** Introducción.
- II.** *Ámbito de aplicación.*
- III.** Internacionalidad del contrato.
- IV.** Cuestiones excluidas.
- V.** Libertad de elección de la ley aplicable (autonomía de la voluntad).
- VI.** Modificación del derecho elegido.
- VII.** Elección de normas de derecho de origen no estatal.
- VIII.** Elección expresa del derecho.
- IX.** La validez formal de la elección de derecho.
- X.** Determinación del acuerdo sobre elección de derecho.
- XI.** Utilización de cláusulas estándar o de adhesión.
- XII.** Establecimiento de una parte y elección del derecho.
- XIII.** Subsistencia de la elección de derecho.
- XIV.** El reenvío en los contratos internacionales.
- XV.** Elección del derecho con vínculo más estrecho.
- XVI.** Armonización equitativa de intereses.
- XVII.** *Ámbito de aplicación de derecho.*
- XVIII.** Cesión de créditos.
- XIX.** Inscripción y publicidad.
- XX.** Sistemas estatales con diversidad de legislación local.
- XXI.** Leyes de policía y orden público.
- XXII.** Conclusión.
- XXIII.** Bibliografía.

# **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley n° 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay**

**Roberto Ruiz Díaz Labrano\***

## **I. Introducción**

Las corrientes relacionadas a la flexibilización de los sistemas para la determinación de la ley aplicable a las relaciones contractuales internacionales, tienen como referencia destacadas la Convención interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales aprobado en la V CIDIP de la OEA realizada en Ciudad de México<sup>1</sup> y los Principios de La Haya sobre ley aplicable a los contratos comerciales internacionales, ambos instrumentos se constituyen en fuentes que habrán de iluminar el futuro en esta materia.

Se puede agregar además la regulación de las obligaciones contractuales en la Unión Europea a través del Reglamento (CE) n° 593/2008 “La ley aplicable a las obligaciones contractuales” que establece las normas que los Estados Miembros deberán aplicar a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil.

Esta corriente, de la mano de José Moreno Rodríguez como proyectista, se convierte en la ley n° 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, publicada el 20 de enero de 2015 y en vigor a partir del día siguiente, la primera estructurada en base a los principios de La Haya.

Para un estudio orgánico de la nueva ley, nos remitimos a la exposición de motivos que enuncia el contenido de la nueva ley “El texto final de la ley cuenta con 19 artículos. En la primera parte (artículos 1 a 10, y también 13 y 14), relativos a la selección del derecho, básicamente se reproducen los Principios de La Haya con modificaciones menores. Los siguientes artículos de la ley (11 y 12, 15 y 16) mayormente tratan de situaciones de ausencia de selección del derecho, reproduciendo casi literalmente provisiones análogas de la Convención de México de 1994.

Finalmente el artículo 17, que se ocupa del orden público, se encuentra en línea con la solución de los Principios de La Haya, y el artículo 18 trata de las derogaciones producidas con esta ley”.<sup>2</sup>

## II. Ámbito de aplicación

Ponemos de resalto que “los contratos hace tiempo han dejado de ser una relación puramente local, la mayoría de los que se realizan hoy en el tráfico comercial internacional, son contratos internacionales cuyos elementos tienen crecientemente contactos objetivos con ordenamientos jurídicos de diversos Estados. Este hecho genera dificultad en la determinación de la ley aplicable cuando las partes no han definido la ley competente en ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo mismo cabe decir de la jurisdicción internacionalmente competente. En el ámbito del derecho internacional privado, no pocas preocupaciones produce la diversidad de elementos de conexión utilizados por los ordenamientos jurídicos nacionales en contacto con la situación o relación jurídica. Las normas de conflicto utilizadas en las legislaciones, los diversos medios para la elección de la norma material que habrá de resolver la cuestión y la enorme cantidad de nuevas

formas de contratación, contribuyen a esta dificultad. En el campo de los contratos internacionales, los elementos de contacto para conducir a la ley aplicable no son uniformes, se remiten al lugar de celebración del contrato, al de cumplimiento del contrato, al del domicilio de uno o ambos contratantes, la residencia habitual de una de las partes o el de ambos, el lugar en que se encuentran situados los bienes que constituyen objeto del contrato, sin contar con la particularidad conceptual que posee cada ordenamiento jurídico estatal respecto de estos elementos”.<sup>3</sup>

Es por esta razón que la preocupación en torno a determinar la ley aplicable a los contratos internacionales es una preocupación especial y ha merecido varios intentos de armonización, como la Convención interamericana sobre la ley aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), o por medios de Principios como los de UNIDROIT y más recientemente los de La Haya sobre los contratos internacionales.

En base a estos últimos, se ha sancionado la ley paraguaya n° 5393/15 que en su art. 1° regula en su ámbito de aplicación la elección del derecho aplicable en los contratos internacionales. La disposición se ocupa así de las relaciones contractuales internacionales, es decir

**Roberto Ruiz  
Díaz Labrano**

## **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya**

aquellas en que aparecen elementos de internacionalidad que conectan a más de una legislación nacional.

La ley excluye los contratos de consumo, como surge explícitamente del artículo primero, se infiere además porque la disposición requiere que en la relación jurídica contractual internacional las partes actúen en ejercicio de su negocio o profesión y en una relación de consumo sólo una de las partes se ubica en tal posición.

### **III. Internacionalidad del contrato**

La ley sigue el principio de amplitud interpretativa respecto a la internacionalidad del contrato,<sup>4</sup> por cuanto excluye sólo aquellas relaciones contractuales en las que todos los elementos relevantes estén vinculados a un solo Estado y por tanto no constituye un contrato internacional.<sup>5</sup> En este sentido, se ocupa de relaciones contractuales que caen dentro del campo del derecho internacional privado, relaciones privadas en las cuales existen o están presentes uno o más elementos que internacionalizan la relación, motivo por el cual es necesario determinar la ley aplicable. Los elementos aludidos en la ley pueden referirse a los sujetos de la relación, el lugar de celebración,

el objeto y el lugar de cumplimiento por lo general los más relevantes.

### **IV. Cuestiones excluidas**

El método de exclusión de situaciones o supuestos específicos en las leyes, es utilizado para que de entrada esté claro cuáles son las relaciones abarcadas por la ley y cuáles no. En el caso de los contratos internacionales y específicamente en la aplicación de la Ley n° 5393/15 se excluyen los contratos de trabajo, los contratos de franquicia, representación, agencia y distribución, esencialmente porque son regidas por leyes especiales o existe un interés estatal en su regulación especial.<sup>6</sup>

Como expresa el texto del art. 3° al referirse a las “Cuestiones no comprendidas en esta ley: Esta ley no se aplica a la determinación del derecho aplicable a: a) la capacidad de las personas físicas; b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; c) las sociedades u otras asociaciones y los fideicomisos; e) los procedimientos de insolvencia; y, f) la cuestión de saber si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona en nombre de la cual pretende actuar”. La elección del foro queda excluida porque se trata de la ley aplicable y no a la jurisdicción competente, las demás son exclusiones

por ser sectores sensibles y sobre los cuales existen leyes especiales.

En la discusión de la Convención interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales en la quinta Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, surgieron voces que consideraron prudente no enunciar las exclusiones y sustituirla por una expresión que dijera “las normas de esta convención tampoco se aplicarán a contratos que tengan una regulación específica” (delegado de México). Se buscaba con ello eliminar las listas que podrían dificultar la interpretación.

La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales excluye en su art. 5 lo relativo a la capacidad o incapacidad de las partes o la nulidad que provenga de la incapacidad de las partes; las cuestiones sucesorias y testamentarias, los regímenes matrimoniales o que sean derivadas de las relaciones de familia; la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.<sup>7</sup>

Como referencia, en la Unión Europea el Reglamento (CE) n° 593/2008 (Roma I), en el artículo 1. 2, dispone: “Se excluirán del ámbito de aplicación del presente reglamento:

- A. el estado civil y la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13;
- B. las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos;
- C. las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones;
- D. las obligaciones que se deriven de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones nacidas de estos últimos instrumentos se deriven de su carácter negociable;
- E. los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente;

**Roberto Ruiz  
Díaz Labrano**

## **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya**

- F. las cuestiones pertenecientes al derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas;
- G. la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica;
- H. la constitución de *trusts*, las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios;
- I. las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato;
- J. los contratos de seguros que se derivan de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas a las que se hace referencia en el artículo 2 de la

Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida (14), y que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean parte de una empresa o grupo de empresas, actividad profesional o conjunto de actividades profesionales, en caso de fallecimiento, supervivencia, cesación o reducción de actividades, enfermedad relacionada con el trabajo o accidentes laborales”.

### **V. Libertad de elección de la ley aplicable (autonomía de la voluntad)**

Si partimos de que toda relación contractual supone un acuerdo de voluntades, este debe ser entendido como una manifestación voluntaria y libre de los sujetos de la relación en función de satisfacer un deseo real de obligarse en circunstancias normales, es decir no producto de imposiciones que vulneren la libertad de decidir.<sup>8</sup>

Las partes deben poder reglar sobre los derechos que le son disponibles con toda amplitud, acordar libremente sobre bienes y servicios que no están sujetos a restricciones o limitaciones

legales, estableciendo el contenido y condiciones de la obligación.<sup>9</sup> Tienen el derecho de determinar en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad las reglas a que desean sujetar sus relaciones.<sup>10</sup>

El contrato en principio no debería tener otra limitación que las impuestas por la ley para situaciones especiales, como las que se imponen en razón del orden o interés público,<sup>11</sup> pero fuera de éstas situaciones el derecho debe garantizar la libertad de contratar.<sup>12</sup>

El art. 4º la ley n° 5.393/15 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales en lo relativo a la libertad de elección de la ley aplicable consagra explícitamente el principio de autonomía de la voluntad.<sup>13</sup> “1. Un contrato se rige por el derecho elegido por las partes” (art. 4.1),<sup>14</sup> nótese que es utilizada la expresión derecho y no ley, que señala un concepto más amplio.<sup>15</sup>

Una de las particularidades del derecho internacional privado es la disección que efectúa de la relación jurídica internacional de modo a determinar la ley aplicable a cada aspecto o elemento, por ello la ley prevé en el art. 4º.2 que las partes pueden elegir: a) el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato;<sup>16</sup> y, b) distintos derechos

para diferentes partes del contrato, en la medida que estas sean claramente distinguibles.

La ley deja por consiguiente una amplia discrecionalidad a las partes para la elección del derecho aplicable, las partes pueden simplificar la elección señalando una sola ley o varias para los diversos elementos del contrato, acotando que para tal efecto deben ser claramente distinguibles de modo a evitar dudas sobre el derecho referido.<sup>17</sup> La elección de la ley aplicable debe ser expresa o en su caso desprenderse de forma evidente de las cláusulas del contrato y la conducta de las partes.<sup>18</sup>

## **VI. Modificación del derecho elegido**

Conforme al numeral 3: “La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros”. Esta disposición muestra el grado de amplitud de la autonomía que tienen las partes para la elección del derecho aplicable, dado que las partes pueden modificar el derecho electo en cualquiera de las etapas del contrato o sobre cuestiones relacionadas a los efectos del contrato.



**Roberto Ruiz  
Díaz Labrano**

## **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya**

La ley deja abierta la puerta a que las partes puedan con posterioridad al perfeccionamiento del contrato y la elección del derecho aplicable, concordar en la aplicación de un derecho distinto para regir la aplicación e interpretación de la relación contractual internacional, con la salvedad que no deberá afectar la validez del contrato, previene además que el efecto que ésta modificación no debe afectar a terceros que podrían haber concordado con las partes o una de ellas en función del contrato.

El art. 4.3 señala que: “La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros”.

Es fuente indudable de esta disposición y de los Principios de La Haya, el art. 8 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales que dice “en cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros”.

El numeral 4 sobre el derecho elegido, introduce una verdadera novedad la de que éste, podría no tener vínculo con las partes, es decir respecto al domicilio o nacionalidad de las mismas, o el acuerdo o transacción contractual, por lo que no es necesario que el derecho electo tenga vínculos con la relación jurídica. La disposición apunta: “4. No se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción”.

### **VII. Elección de normas de derecho de origen no estatal**

En la Convención interamericana ya se abrían las puertas a la aplicación de normas no-estatales, el art. 10 apunta: “además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.<sup>19</sup>

La ley va más allá, despejando dudas y abriendo paso a nuevas fuentes que pueden ser aplicadas a las obligaciones contractuales internacionales, el art. 5°

bajo el título “Normas de derecho” establece: “en esta ley, la referencia a derecho incluye normas de derecho de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”.<sup>20</sup>

La expresión derecho no estatal es novedosa y está sujeta a interpretación, de allí que la fuente u origen en la aplicación de la terminología es fundamental para una correcta aplicación. Ahora bien, si la expresión es novedosa no lo es el hecho que en las obligaciones contractuales comerciales internacionales se apliquen las costumbres mercantiles.

La *lex mercatoria* o *soft law*, en realidad proyecciones más amplias de las costumbres mercantiles, han sido introducidas en el léxico jurídico y han sido aplicadas supletoriamente o como reglas de interpretación sobre todo en las cuestiones arbitrales, por considerárselas adecuadas para resolver cuestiones en las cuales la legislación nacional se muestra insuficiente.

La aparición de las leyes modelos, seguida de principios ordenados de derecho en varias áreas y en especial en materia contractual,<sup>21</sup> verdaderos cuerpos normativos destinados a servir de base para la armonización del derecho,

que no constituían sólo “costumbres mercantiles”, sino el ordenamiento armónico de normas basados en ellas, se convirtieron en referencias en la solución de controversias, incorporadas en las resoluciones y sentencias con diversas denominaciones, de allí la solución de referir simplemente como derecho o normas no estatales, era el paso siguiente, tal como ha ocurrido.<sup>22</sup>

### **VIII. Elección expresa del derecho**

Ya hemos visto que el contrato se rige por el derecho elegido por las partes, así sea éste un derecho no estatal, ahora bien, la ley establece que el acuerdo de partes sobre la elección o la modificación debe ser expreso, esto es, debe constar en el propio contrato o en un instrumento complementario pero del cual se desprenda inequívocamente la intención de las partes en someter la relación contractual internacional a un derecho determinado.

La intención puede desprenderse de las propias disposiciones del contrato o de las circunstancias que rodean al mismo. La disposición contenida en el art. 6º deja en claro que la elección del foro o tribunal nacional o arbitral para resolver conflictos no equivale por sí mismo a la elección de un derecho aplicable, de

**Roberto Ruiz  
Díaz Labrano**

## **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya**

lo cual se deduce que puede servir de elemento referencial pero no necesariamente definir el derecho aplicable.

### **IX. La validez formal de la elección de derecho**

Conforme al art. 7° la elección de derecho no está sujeta a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes dispongan expresamente lo contrario. Esto es, no requiere de formalidad especial incluso la escritura, cuando como se ha visto puede ser determinado por actos que reflejen inequívocamente la intención de sujetarse o someterse a un derecho determinado.

### **X. Determinación del acuerdo sobre elección de derecho**

Si no existe una determinación expresa del derecho aplicable o existiere dudas sobre un acuerdo de las partes para su elección, para determinar si las partes acordaron una elección del derecho, se aplica el derecho presuntamente elegido por las partes, conforme al art. 8° de la ley n° 5.393/15.<sup>23</sup>

De hecho, en todos los casos en que se tratare de una controversia que involucre un contrato internacional, ante la

falta de elección el juez está obligado a determinar la ley aplicable,<sup>24</sup> para lo cual hará uso de los mecanismos previstos en la presente ley.

El juez deberá apreciar primeramente si las partes acordaron la elección y si lo hicieron de forma clara, de no ser así observando la particularidad de la relación jurídica y los términos del contrato, optará por el derecho presuntamente electo por las partes.

### **XI. Utilización de cláusulas estándar o de adhesión**

La segunda parte del art. 8° de la ley n° 5.393/15, siempre en torno a la determinación de la existencia de elección de derecho por las partes, se refiere a la situación en la cual las partes han utilizado cláusulas estándar o de adhesión que indican o conducen a la aplicación de diferentes derechos. Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.<sup>25</sup> Las cláusulas estándar por lo general tienen regulación especial en las legislaciones nacionales, de allí que la referencia o inclusión de las citadas cláusulas, pueden tener efectos diferentes según sean consideradas frente a derechos nacionales diferentes.

La solución dada por la ley es la siguiente, si bajo los diferentes derechos a que diera lugar la utilización de cláusulas estándar prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el derecho consignado en las mismas, pero si bajo estos derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna de las cláusulas estándar, no habrá o no se considerará elección del derecho aplicable.

## **II. Establecimiento de una parte y elección del derecho**

En todos los casos para la determinación de un derecho aplicable por elección de las partes, es necesario un acuerdo entre las partes o la aceptación de la propuesta de una parte por la otra; no basta que exista una propuesta del derecho aplicable, es menester que exista aceptación. En los casos en que no existe aceptación expresa, es necesario establecer si ha habido o no aceptación tácita y en tal caso surge el problema de saber por cual ley se determinará la existencia o no de la aceptación.

Conforme el art. 8º última parte de la ley n° 5.393/15 “el derecho del Estado en que una parte tiene su establecimiento determina si esa parte consintió con la elección de derecho

si, en vista de las circunstancias, no es razonable determinar esta cuestión según el derecho mencionado en este artículo”. Suponemos, dada su redacción que se refiere al derecho presuntamente electo por las partes.

## **XIII. Subsistencia de la elección de derecho**

Bajo el título separabilidad de la cláusula de elección del derecho, el art. 9º de la ley n° 5.393/15<sup>26</sup> deja de manifiesto que la cláusula de elección del derecho es autónoma y que puede subsistir independientemente a la nulidad del contrato en el cual se encuentra inserta.

Se busca preservar el marco legal o derecho dentro del cual habrá de resolverse todo lo relativo al contrato, de allí que la elección del derecho no puede ser impugnada exclusivamente invocando que el contrato no es válido.

Los Principios UNIDROIT en su art. 3.2.13 (anulación parcial) refieren por ejemplo que “si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato”.

**Roberto Ruiz  
Díaz Labrano**

## **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya**

### **XIV. El reenvío en los contratos internacionales**

La hipótesis del reenvío se produce sólo si se considera la norma de conflicto del derecho elegido como aplicable por las partes. La ley ha dejado en claro como regla, que se aplica el derecho elegido por las partes como ley material y cierra en principio las puertas al reenvío.

No obstante, siempre en función del respeto a la autonomía de la voluntad, si las partes han establecido de forma expresa que serán aplicables las normas de conflicto del derecho elegido o directamente que aceptan la posibilidad de reenvío, se deberá respetar lo acordado por las partes.

Es lo que surge del art. 10 de la ley n° 5.393/15<sup>27</sup> que tiene por título “Exclusión del reenvío”, título que no nos parece apropiado, pues en realidad la exclusión se da en tanto no se acuerde expresamente esta posibilidad por acuerdo de las partes, o se convenga directamente que serán aplicables las normas de conflicto del derecho elegido.

### **XV. Elección del derecho con vínculo más estrecho**

Hemos visto que el principio en materia de ley aplicable a las relaciones contractuales es el de la autonomía de la voluntad, con las limitaciones señaladas, pero cabe preguntar ¿qué sucede cuando las partes han omitido la determinación de la ley aplicable o resulta ineficaz?

Las reglas de aplicación como normas de conflicto pueden determinar diversos elementos de conexión, los más utilizados por medio de la regla conflictual son los de la *lex loci celebrationis* y la *lex loci executionis*, pero no las únicas.

Estas fórmulas de solución, que limitan en cierto sentido frente a las particularidades de las relaciones contractuales las posibles soluciones, han evolucionado a partir de fuentes convencionales al introducir nuevos criterios de selección, de modo que en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes, la ley aplicable al contrato es determinada por el derecho del estado con el cual la relación jurídica contractual o sus elementos de conexión tengan los vínculos más estrechos.

La ley paraguaya n° 5.393/15 en su art. 11 bajo el título “Ausencia o ineficacia de la elección”,<sup>28</sup> refiere: “1. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos. 2. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos”.

La norma reproduce en sus párrafos primero y segundo literalmente la redacción del art. 9° de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V).<sup>29</sup>

En el derecho norteamericano, la ley con vínculos más estrechos tiene por antecedente remoto el caso “*Auten vs. Auten*”,<sup>30</sup> que dio lugar a la teoría del “centro de gravedad” o “agrupamiento de contactos”, caso en el cual se expresó que los casos más recientes no atendían únicamente al lugar de celebración o cumplimiento del contrato sino a la ley el lugar en donde reside el centro de gravedad del asunto en disputa o los “contactos más significativos” de la misma.<sup>31</sup>

En la Unión Europea el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de Junio de 2008 (Roma I), en su art. 4<sup>32</sup> se refiere igualmente a la falta de elección, luego de enunciar los diversos supuestos específicos para su determinación, en el numeral cuarto, dispone que cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los supuesto previstos en los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.

El elemento de la relación más estrecha para determinar la ley aplicable en ausencia de elección, ha sido incorporado también en el actual Código Civil y Comercial argentino en el art. 2653 como cláusula de excepción en los términos siguientes: “Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

La disposición reproduce casi en los mismos términos lo dispuesto en el mismo Código en su art. 2597

**Roberto Ruiz  
Díaz Labrano**

## **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya**

“Cláusulas de excepción. Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

### **XVI. Armonización equitativa de intereses**

Bajo el título armonización equitativa de intereses, se refiere en el art. 12 de la ley n° 5393/15<sup>33</sup> a los usos de comercio y los principios de la contratación preponderantes en el derecho comparado,<sup>34</sup> por lo que serán aplicables según lo contemple la legislación nacional elegida o determinada, teniendo en cuenta que la validez de los usos se rige por el derecho interno. El objetivo o finalidad es la “de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”, según el texto.

Tal vez resulte más comprensible observando un texto similar en la última parte del art. 9 de la Convención

interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado: “Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

Ahora bien, en materia mercantil o comercial, los usos y costumbres son fuente referencial de derecho y resultan aplicables en la medida en que los derechos estatales lo admitan, se los ubica como *lex mercatoria* y representa el conjunto de usos de comercio internacional, son verdaderos sistemas por lo que se constituyen en una suerte de ordenamiento jurídico distinto al derecho nacional o interno, tienen valor jurídico en la interpretación de las relaciones comerciales; se podría decir que es un conjunto de reglas materiales para regular las relaciones económicas o comerciales internacionales.<sup>35</sup>

Según Feldstein de Cárdenas “la *lex mercatoria* es concebida como abarcativa de un conjunto de principios, instituciones y reglas provenientes

de diversas fuentes que nutre constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional”,<sup>36</sup> refiere además que “bajo la denominación genérica de *lex mercatoria* subyacen varias clases de normas de origen, contenido y proyección distintas, dotadas de presunta operatividad propia”.<sup>37</sup>

Parte de la doctrina critica la existencia o la aplicación de la *lex mercatoria* fundado en su excesiva generalización e imprevisibilidad, así como su legitimidad relativa por cuanto obedece a intereses específicos de un sector, además carece de autonomía, su aplicación está supeditada a lo que dispongan los derechos estatales.<sup>38</sup> Sin embargo a partir de Berthold Godman<sup>39</sup> la discusión doctrinaria sigue latente.<sup>40</sup>

Para una comprensión sobre el alcance sobre la aplicación de los usos, podemos tomar en cuenta lo dispuesto en el art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías: “1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a

su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

En términos más o menos similares se contemplan en el art. 1.9 (usos y prácticas) en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales (2010): “1. Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2. Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable”.

## **XVII. Ámbito de aplicación del derecho**

Sobre el ámbito de aplicación del derecho, es conveniente reafirmar el propósito de la ley y de los principios en que se funda, se trata de contratos internacionales, por lo cual la internacionalidad de la relación jurídica determinada a través de alguno de los elementos que lo conectan a derechos



**Roberto Ruiz  
Díaz Labrano**

## **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya**

nacionales diferentes, es lo que permite establecer el ámbito de aplicación.<sup>41</sup>

Se incluyen dentro del ámbito de aplicación las relaciones ya referidas en el art. 1º que las partes actúen en ejercicio de su negocio o profesión y se excluyen, de acuerdo al art. 2º aquellas relaciones en que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado. También quedan excluidas las cuestiones especiales previstas en el art. 3º respecto a las cuales la ley no se aplica.

La ley se refiere fundamentalmente a los contratos internacionales, a la internacionalidad de la relación, no tiene referencias como las contenidas en el Reglamento (CE) n° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) que indica como ámbito de aplicación a las obligaciones “en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”. En general la ley elegida por las partes puede ser aplicada a todos los aspectos relacionados al contrato internacional, partiendo de los acuerdos precontractuales y abarcando todas las fases del contrato, su celebración, cumplimiento y consecuencias, pudiendo las partes elegir un derecho distinto para cada elemento de la relación jurídica, o definir una ley para todo lo relacionado al contrato.

Ahora bien, lo dispuesto en el art. 13 regula el ámbito específico de la relación contractual, esta lista debe ser considerada no limitativa de otras cuestiones relacionadas al contrato que pueden ser comprendida en el ámbito de aplicación de la ley.

En la enunciación, de acuerdo al numeral 1) se aplica la ley y enuncia los supuestos más resaltantes de interés en todo contrato, como su interpretación (a), que comprende y es lo más importante la internacionalidad o no del contrato. Se ocupa además, siempre vía interpretación, sobre los derechos y obligaciones derivados del contrato (b). Estas disposiciones son por su alcance comprensiva de casi todas las situaciones que pudieran presentarse.

No obstante, la ley indica además que se aplica a (c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo la valoración de los daños y perjuicios;<sup>42</sup> (d) los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; (e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; (f) la carga de la prueba las presunciones legales; y, (g) las obligaciones precontractuales. Respecto a la validez, en el numeral 2 consagra el principio de la duda en favor de la validez, porque no excluye

la aplicación de cualquier otro derecho que confirme la validez formal del contrato.

## **XVIII. Cesión de créditos**

De la cesión de créditos se ocupa el art. 14, para precisar el comentario recurrimos a la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional.<sup>43</sup> Según su artículo 2º: “a) Por ‘cesión’ se entenderá la transferencia consensual por una persona (‘cedente’) a otra (‘cesionario’) de la totalidad, de una fracción o de una parte indivisa del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero (‘crédito’) de un tercero (‘deudor’). La creación de derechos sobre créditos a título de garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia; b) en todo supuesto en que el primer cesionario o cualquier otro cesionario ceda el crédito (‘cesión subsiguiente’), la persona que haga la cesión será el cedente y la persona a quien se haga la cesión será el cesionario”.

Sobre el carácter internacional de la cesión el art. 3 de la Convención estipula: “Un crédito será internacional si, en el momento de celebrarse el contrato originario, el cedente y el deudor están situados en distintos Estados.

Una cesión será internacional si, en el momento de celebrarse el contrato de cesión, el cedente y el cesionario están situados en distintos Estados”.

El art. 14 de la ley 5393/15 prevé como ley aplicable a la elegida por las partes, para regir la relación contractual entre el acreedor y el cesionario (a) y la misma fórmula se aplica a la relación contractual entre el deudor y el acreedor (b), en base a dicha ley se determina: 1) si la cesión de crédito es oponible al deudor; 2) los derechos del cesionario contra el deudor; y, 3) si el deudor se ha liberado de sus obligaciones.<sup>44</sup> La disposición proviene del art. 10 de los Principios de La Haya.<sup>45</sup>

## **XIX. Inscripción y publicidad**

Las exigencias formales como las inscripciones en algún registro como medio de publicidad y garantía para terceros, o la publicidad que se exija de determinados contratos, son regidos por el derecho del Estado en que esas exigencias deban ser cumplidas, según lo señala el art. 15 de la ley n° 5393/15.<sup>46</sup>

Los obligaciones contractuales que tiene por objeto derechos reales, por lo general tienen un régimen de publicidad en cada uno de los Estados, éstas leyes son de interés público y deben ser

**Roberto Ruiz  
Díaz Labrano**

## **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya**

necesariamente aplicadas para que el acto u obligación surta efectos contra terceros y tenga efecto *erga omnes*.

### **XX. Sistemas estatales con diversidad de legislación local**

En lo que hace a un Estado que en las cuestiones tratadas en la presente ley tenga dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes, la determinación de cuál de dichos sistemas resulta aplicable deberá hacerse según el derecho elegido, conforme al art. 16 de la ley n° 5393/15.<sup>47</sup>

En efecto, la elección de una determinada ley puede ser la de un Estado que tenga sistemas jurídicos diferentes para unidades territoriales en las cuales se divide, en cuyo caso surge el problema de saber cuál de estos sistemas será el aplicable.

Las pautas señaladas sobre el vínculo más estrecho, según la fórmula prevista en el art. 11 de la ley n° 5393/15 deberían poder resolver la cuestión, además, el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos.

### **XXI. Leyes de policía y orden público**

El contrato en principio no debería tener otra limitación que las impuestas por la ley para situaciones especiales, como las que se imponen en razón del orden o interés público, pero fuera de éstas situaciones el derecho debe garantizar la libertad de contratar. Por tanto la elección de la ley por las partes en los contratos internacionales tiene limitaciones.

Diego P. Fernández Arroyo y Cecilia Fresnedo de Aguirre con relación al punto afirman: “en ningún ordenamiento jurídico se admite la autonomía de la voluntad en forma absolutamente irrestricta, aunque varían los medios y la medida en que ésta se limita. Lo que sí es indudable es que existe una tendencia universal a aceptar —con diferentes limitaciones— que las partes pueden determinar, en un ámbito de igualdad, el derecho aplicable y el juez competente a sus relaciones contractuales. En el ámbito interamericano es la tendencia mostrada por la Convención interamericana adoptada en la CIDIP V (México 1994), lo mismo que sucede en el ámbito mercosureño con el Protocolo de Buenos Aires (1994) y los Acuerdos de arbitraje (1998)”.<sup>48</sup>

La elección de un determinado derecho no puede infringir normas imperativas del derecho local y tampoco a normas fundamentales y que sean manifiestamente contrarias al orden público, no constituye propiamente una limitación a la elección, sino a su aplicación. Estas limitaciones son contempladas expresamente en el art. 17 de la ley n° 5393/15<sup>49</sup> bajo el título de leyes de policía y orden público.

De acuerdo a los supuestos previstos “(1) la elección por las partes del derecho aplicable no impide que el juez aplique las normas imperativas del derecho paraguayo que, según este derecho, deben prevalecer aún en presencia de la elección de un derecho extranjero”, si bien “(2) el juez puede tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación”.

Normas imperativas son aquellas no pueden ser dispuestas, dejadas de lado, por las partes aún en uso de la autonomía de la voluntad, se las puede ubicar en aquellas disposiciones que buscan mantener un equilibrio entre las partes o de protección a la parte más débil o situaciones similares que el legislador ha considerado proteger o prever. La interpretación de la existencia de leyes de policía o leyes imperativas y

de orden público, se determinan en función de la *lex fori*.

## XXII. Conclusión

La ley comentada pone a la República del Paraguay a la vanguardia de la tendencia mundial de flexibilización del sistema de derecho internacional privado referido a la ley aplicable a los contratos internacionales.

Al privilegiar la autonomía de la voluntad y posibilitar nuevos métodos como los del vínculo más estrecho con la relación jurídica contractual revaloriza este principio y permite a las partes la elección del derecho de forma amplia.

La posibilidad de elegir un derecho no estatal, constituye una de las grandes novedades, por cuanto amplía para las partes el campo jurídico normativo al cual pueden apelar para hacer regir sus relaciones contractuales internacionales.

Por último introduce criterios de elección en ausencia de elección por las partes, como las de aquellos vínculos más estrechos con la relación jurídica establecida por las partes para determinar la ley aplicable y proporciona solución a múltiples situaciones que constituían un déficit dentro del ordenamiento jurídico y diera lugar a lo que se dio por llamar crisis del sistema conflictualista.

**Roberto Ruiz  
Díaz Labrano**

## **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya**

\* Doctor en Derecho. Miembro Titular del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Profesor Titular de la Cátedra de derecho internacional privado y Profesor Titular de la Cátedra de derecho de la integración en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro Honorario de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). [rdblbrano@rdblbrano.com](mailto:rdblbrano@rdblbrano.com)

<sup>1</sup> La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, ha sido suscrita por Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela, pero solamente ha sido ratificada por México y Venezuela, entró en vigencia el 15 de diciembre de 1996 de conformidad con el artículo 28 de la misma, no habiendo hasta la fecha ninguna declaración y reserva, por parte de ningún Estado Miembro.

<sup>2</sup> J.A., Moreno Rodríguez, “Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿regreso al pasado?”, disponible en: [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=publications.details&pid=6300&dtid=41](http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=6300&dtid=41).

<sup>3</sup> R. Ruiz Díaz Labrano, *Derecho Internacional Privado*, Asunción, La Ley paraguaya, 2010.

<sup>4</sup> “Art. 1º: Internacionalidad del contrato: El carácter ‘internacional’ de un contrato puede definirse de varias formas. Las soluciones adoptadas tanto en las legislaciones nacionales como internacionales oscilan entre aquellas que requieren que el establecimiento o a la residencia habitual de las partes se encuentren en países diferentes y otras que adoptan criterios más generales, como el requisito de que el contrato ofrezca ‘vínculos estrechos con más de un Estado’, ‘implique una elección entre leyes de diversos Estados’ o ‘afecte los intereses del comercio internacional’. Los Principios no adoptan expresamente ninguno de estos criterios. Sin embargo, existe la presunción de que el concepto de ‘internacionalidad’ de los contratos debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, para que únicamente queden excluidas aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad (esto es, cuando todos los elementos trascendentes del contrato tengan puntos de conexión con una sola nación)”, Comentario sobre los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010, disponible en: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>5</sup> Art. 2º: Internacionalidad del contrato. La aplicabilidad de esta ley a los contratos internacionales será interpretada de la manera más amplia posible, y solamente quedarán excluidos aquellos en los que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado, ley n° 5393 de fecha 15/01/2015.

<sup>6</sup> El artículo 3 (relativo a las cuestiones no comprendidas en la ley), basado en el artículo 1.3 de los Principios de La Haya, prevé que “esta ley no se aplica a la determinación del derecho aplicable a: a) la capacidad de las personas físicas; b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; c) las sociedades u otras asociaciones y los fideicomisos; d) los procedimientos de insolvencia; y e) la cuestión de saber si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona en nombre de la cual pretende actuar”. Expresa el comentario oficial a la presente norma que estas cuestiones se encuentran excluidas de los Principios de La Haya porque existe divergencia en el derecho comparado en calificar o no a algunas de ellas como “contractuales” o en determinar si, a su respecto, debería regirles el sistema de la autonomía de la voluntad. Ver J.A. Moreno Rodríguez (nota 3).

<sup>7</sup> Art. 5 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales: “Esta Convención no determina el derecho aplicable a: a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes; b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito; d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general”.

<sup>8</sup> El Art. 937 del Código Civil y Comercial argentino dice: “Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. Esta definición reproduce el inc. 1º del art. 899 del Proyecto de 1998.

<sup>9</sup> El principio se encuentra explícito o implícito en varios códigos, como el Código Civil de Brasil, art. 427; “*A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso*”; el Código Civil uruguayo en su art. 1291: “Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma. Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley” y el art. 1294: “Las partes pueden, por mutuo consentimiento, extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento, revocar los contratos por las causas que la ley autoriza”; el Código Civil paraguayo, art. 669: “Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, observando las normas imperativas de la ley, y en particular las contenidas en este título y en lo relativo a los actos jurídicos” y el art. 715 “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado y a todas las consecuencias virtualmente comprometidas”. El anteproyecto De Gásperi de Código Civil paraguayo dispone “El contrato debe ser interpretado de buena fe”.

<sup>10</sup> “Art. 2102. Intención: La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte”. Principios de Derecho Europeo de los Contratos, Preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos.

<sup>11</sup> El art. 958 del Código Civil y Comercial argentino, dice: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuesto por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”. Disposición vinculada directamente con el art. 959 del mismo Código: “Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”. Se puede referir como antecedentes los artículos 1197 del Código de Vélez.

**Roberto Ruiz  
Díaz Labrano**

## **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya**

<sup>12</sup> Art. 1102. Libertad contractual: “(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe”. Principios de Derecho Europeo de los Contratos, preparados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos.

<sup>13</sup> En el Código Civil paraguayo la autonomía de la voluntad encuentra sustentación en lo dispuesto en el art. 669 del Código Civil: “Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos”, así como en el art. 715 del Código Civil: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas”.

<sup>14</sup> La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales prevé en el capítulo segundo: “art. 7. Determinación del derecho aplicable. El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”.

<sup>15</sup> Ley n° 5393 de fecha 15 de enero de 2015: “Artículo 4. Libertad de elección: 1. Un contrato se rige por el derecho elegido por las partes. 2. Las partes pueden elegir: a) el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato; y, b) distintos derechos para diferentes partes del contrato, en la medida que estas sean claramente distinguibles. 3. La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros. 4. No se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción”.

<sup>16</sup> De forma similar se observa en el art. 7° última parte de la Convención interamericana sobre la ley aplicable a los contratos internacionales.

<sup>17</sup> “Capítulo 1. Disposiciones Generales. Artículo 1.1. Libertad de contratación: Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”, Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales 2010.

<sup>18</sup> En la Unión Europea el Reglamento (CE) n° 593/2008 Roma I, dispone en su artículo 3°: “1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. 2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros”.

<sup>19</sup> Como referencia el art. 1.9 de los Principios UNIDROIT sobre contratación internacional: “Usos y prácticas: 1. Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2. Las partes están obligadas por

cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable”.

<sup>20</sup> “El instrumento tiene una enorme importancia, no solo por lo que representa la organización que lo propicia y por el alcance global pretendido, sino porque, consagrando la autonomía de la voluntad de manera amplia, da carta de ciudadanía, en un texto ‘conflictualista’, al derecho no estatal. Se crean así las condiciones para un retorno al espíritu universalista del viejo *ius gentium* y *ius commune*, puesto que las partes pueden seleccionar un derecho no estatal como los Principios UNIDROIT de derecho contractual por ejemplo, y no limitarse, como lo mandaba la ortodoxia hasta ahora, a derechos nacionales”. J.A., Moreno Rodríguez (nota 3).

<sup>21</sup> Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, “Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales”, 2010.

<sup>22</sup> “C) Admisión del derecho no estatal. Ante la gran disparidad terminológica con respecto a este tema, en que se habla indistintamente de derecho transnacional, *lex mercatoria*, derecho blando o *soft law*, y varias otras expresiones, se optó en el instrumento de La Haya por acudir a la expresión “*rules of law*” o –en español– “normas de derecho”, con el deliberado objetivo de beneficiarse del gran desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo que se ha producido en torno a ella a partir de su adopción en el mundo arbitral”. J.A. Moreno Rodríguez (nota 3).

<sup>23</sup> Art. 8º de la ley n° 5.393/15: “Acuerdo sobre la elección de derecho Para determinar si las partes acordaron una elección del derecho, se aplica el derecho presuntamente elegido por las partes. Si las partes utilizaron cláusulas estándar o de adhesión que indican diferentes derechos y bajo ambos derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el derecho indicado en esas cláusulas estándar; si bajo estos derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna de las cláusulas estándar, entonces no habrá elección del derecho. El derecho del Estado en que una parte tiene su establecimiento determina si esa parte consintió con la elección de derecho si, en vista de las circunstancias, no es razonable determinar esta cuestión según el derecho mencionado en este artículo”.

<sup>24</sup> El art. 22 del Código de la República del Paraguay enuncia “Los jueces y tribunales aplicarán, de oficio, las leyes extranjeras, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de ellas. No se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos”.

<sup>25</sup> Según los Principios de UNIDROIT, art. 2.1.19. Contratación con cláusulas estándar: “1. Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los artículos 2.1.20 al 2.1.22. 2. Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte”.

<sup>26</sup> Art. 9º de la ley n° 5.393/15: “Separabilidad de la cláusula de elección del derecho. La elección del derecho no puede ser impugnada únicamente, invocando que el contrato al que se aplica no es válido”.

<sup>27</sup> Art. 10 de la ley n° 5.393/15: “Exclusión del reenvío. La elección del derecho no incluye las normas de conflicto de leyes del derecho elegido por las partes, a no ser que las partes establezcan expresamente lo contrario”.



**Roberto Ruiz  
Díaz Labrano**

## **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya**

<sup>28</sup> Art. 11. Ausencia de elección o ineficacia de la elección: “1. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos. 2. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos”.

<sup>29</sup> La fuente directa es la del art. 9 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato”.

<sup>30</sup> En el caso *“Auten vs. Auten”* los Tribunales de Nueva York aplicaron la ley de Inglaterra (ley de la nacionalidad de las partes, del domicilio conyugal y del domicilio de los hijos) al cumplimiento de un contrato de separación entre esposos celebrado en Nueva York 14 años antes del juicio, no obstante que Nueva York era además el domicilio de una de las partes al momento del litigio y el lugar del pretendido cumplimiento del contrato. El caso culminó un año después de finalizado el Segundo *Restatement* bajo la dirección de del Prof. Willis Reese.

<sup>31</sup> Siehr anota similitudes entre esta teoría y la teoría de la sede de la relación jurídica de Savigny, así como con la teoría del centro de gravedad de Gierke. Ver: K.G. Siehr, “Domestic Relations in Europe: European Equivalents to American Evolutions”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 37, pp. 40-41, 1982, citado por J.A. Giral Pimentel, “La teoría de las vinculaciones. El régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad”, disponible en: [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/117/rucv\\_2000\\_117\\_15-26.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/117/rucv_2000_117_15-26.pdf).

<sup>32</sup> Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, art. 4: “Ley aplicable a falta de elección: 1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo: a) el contrato de compraventa de mercancías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble; d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país; e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual; f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual; g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde

tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse; h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley. 2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. 4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.

<sup>33</sup> Art.12 de la ley n° 5393/15: “Armonización equitativa de intereses. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, los usos de comercio y los principios de la contratación preponderantes en el derecho comparado, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

<sup>34</sup> Los usos comerciales, art. 3.13 Los principios guardan silencio respecto de la aplicación de usos comerciales. El efecto de los usos comerciales sobre los derechos y obligaciones de las partes se determina normalmente bajo la ley elegida por ella misma o por otras normas que rigen la controversia. véase el artículo 9 de la CIM; artículo 1.9 de los Principios UNIDROIT; art. 28(4) de la Ley Modelo de la CNUDMI; art. 21(2) Reglas de la CCI).

<sup>35</sup> R. Ruiz Díaz Labrano (nota 4).

<sup>36</sup> S. Feldstein de Cárdenas, *Contratos Internacionales. Tercera parte*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

<sup>37</sup> S. Feldstein de Cárdenas, “La *lex informatica*: la insoportable levedad del no ser”, octubre de 2005.

<sup>38</sup> W.R.Cadena Afanador, *La nueva lex mercatoria: un caso pionero en la globalización del derecho*, 2001.

<sup>39</sup> B. Goldman, “La *Lex Mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage international: réalités et perspectives”, *Journal du Droit International*, vol. 106, 1979, p. 475.

<sup>40</sup> “Por mi parte pienso que es cierto que la teoría de la *lex mercatoria* se funda en la premisa que estimula, el sortear, el ignorar por quienes dirimen los conflictos en el área de los negocios internacionales, las reglas de derecho internacional privado. Pero no lo es menos que el incentivar tal laboriosa como pesada tarea, no es una empresa para nada sencilla, toda vez que el derecho internacional privado le ha dedicado su existencia a hacerse cargo que una de sus funciones primordiales consiste, en guiar a los intérpretes del derecho en su tarea de identificar el ordenamiento jurídico nacional que gobierna los contratos internacionales mediante el empleo de las normas de derecho internacional privado. Lo que ocurre, y esto es un impedimento, una valla, las reglas de conflicto, y más aún las normas de derecho internacional privado directas, inexorablemente reconducen y seguirán reconduciendo a los derechos nacionales, a los ordenamientos jurídicos estatales. Solamente le queda a la *lex mercatoria*, según mi entender, no reinventar, sino tan sólo intentar ocupar los intersticios que los propios sistemas de derecho internacional privado le dejan. Y si lo consigue, si logra filtrarse, según mi modo de ver, se convierte en derecho nacional o internacional”, S. Feldstein de Cárdenas (nota 38).

**Roberto Ruiz  
Díaz Labrano**

## **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya**

<sup>41</sup> Art. 13 de la ley n° 5393/15 “Ámbito de aplicación del derecho. 1. El derecho aplicable según esta ley rige todos los aspectos del contrato entre las partes, en particular: a) su interpretación; b) los derechos y obligaciones derivados del contrato; c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo la valoración de los daños y perjuicios; d) los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; f) la carga de la prueba las presunciones legales; y, g) las obligaciones precontractuales. 2. El párrafo 1, inciso e) no excluye la aplicación de cualquier otro derecho que confirme la validez formal del contrato”. Esta disposición fue extraída del art. 9 de los Principios de La Haya.

<sup>42</sup> En el comentario a los principios en el punto 9.6 se lee: “El artículo 9 (1) c) se refiere a la actuación y las consecuencias de su incumplimiento, incluida la evaluación de daños y perjuicios. La ley elegida por las partes regula las condiciones para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o del contrato, por ejemplo, el estándar de diligencia, el lugar y la hora de ejecución o de la medida en que la obligación puede ser realizado por una persona distinta del deudor. Véase M. Giuliano / P. Lagarde, “Informe sobre el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *DOCE* n° 282, 1980, p. 3. “Elegida la ley rige también las consecuencias de un fracaso total o parcial para llevar a cabo esas obligaciones, incluidas las excusas para el incumplimiento, y la evaluación de los daños”.

<sup>43</sup> Del comentario a los Principios de La Haya se lee: 10.12 La cuestión de la ley aplicable a las obligaciones asignadas se aborda en los créditos de la ONU Convención. La cuestión también se aborda en el Reglamento Roma I y en la Guía de la CNUDMI de operaciones garantizadas. El artículo 10 es coherente con estos precedentes. recomendación 216 de la Guía de la CNUDMI sobre operaciones garantizadas remite las cuestiones entre el cedente y el cesionario a la ley que rige la asignación, y remite a la autonomía de las partes para elegir ese derecho: “los mutuos derechos y obligaciones del cedente y del cesionario dimanantes de su acuerdo se regirá por la ley elegida por ellos”. Asimismo se aborda la cuestión de la ley aplicable a la relación entre el deudor en el contrato asignado y el cesionario: “La ley aplicable al contrato original determina la efectividad de las limitaciones contractuales sobre la cesión entre el cesionario y el deudor, la relación entre el cesionario y el deudor, las condiciones en que podrá hacerse valer la cesión frente al deudor y si las obligaciones del deudor se han cumplido”.

<sup>44</sup> La redacción de los Principios de La Haya es la siguiente “Art. 10: La cesión en el caso de cesión contractual de los derechos del acreedor contra un deudor derivados de un contrato entre el deudor y el acreedor. a) si las partes en el contrato de cesión han elegido la ley aplicable a dicho contrato, el derecho elegido gobierna los mutuos derechos y obligaciones del acreedor y el cesionario derivados de su contrato; b) si las partes en el contrato entre el deudor y el acreedor ha elegido la ley aplicable a dicho contrato, el derecho elegido gobierna i) si la asignación no puede ser invocada contra el deudor; ii) los derechos del cesionario contra el deudor; y iii) si las obligaciones del deudor se han cumplido”.

<sup>45</sup> La Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional prevé en su art. 28: “Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario 1. Los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y del cesionario derivados del acuerdo entre ellos se regirán por la ley que éstos hayan elegido. 2. A falta de una elección de

ley por parte del cedente y del cesionario, sus derechos y obligaciones recíprocos derivados del acuerdo entre ellos se registrarán por la ley del Estado con el que el contrato de cesión esté más estrechamente vinculado”, y en el art. 29 señala: “Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor La ley por la que se rija el contrato originario determinará los efectos de las limitaciones contractuales sobre la cesión entre el cesionario y el deudor, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones en que podrá oponerse la cesión al deudor y la cuestión de si el deudor ha quedado o no liberado de sus obligaciones”.

<sup>46</sup> Art. 15 de la ley n° 5393/15: “Inscripción y publicidad. Si en un Estado se exige la inscripción o la publicación de determinados contratos, dichos actos se registrarán por el derecho de ese Estado”.

<sup>47</sup> Art. 16 de la ley n° 5393/15: “Sistemas estatales con diversidad de legislación local. Estados con más de un sistema jurídico interno Respecto a un Estado que en las cuestiones tratadas en la presente Ley tenga dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes, la determinación de cuál de dichos sistemas resulta aplicable deberá hacerse según el derecho elegido. Si no es posible realizar la determinación de esta forma, se aplicará lo previsto en el artículo 11 de la presente ley”.

<sup>48</sup> Ver D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía, 2003.

<sup>49</sup> Art. 17 de la ley n° 5393/15: “Leyes de policía y orden público. 1. La elección por las partes del derecho aplicable no impide que el juez aplique las normas imperativas del derecho paraguayo que, según este derecho, deben prevalecer aún en presencia de la elección de un derecho extranjero. 2. El juez puede tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación. 3. El juez puede excluir la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público”.

**Roberto Ruiz  
Díaz Labrano**

## **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya**

### **XXIII. Bibliografía**

- Albornoz, MM., El derecho aplicable a los contratos internacionales en los estados del Mercosur”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLII, n° 125, 2009.
- All, P.M., “El derecho aplicable a los contratos internacionales en tiempos de interdependencia económica”. *Jurídica, Anuario de la Universidad Iberoamericana de México*, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr5.pdf>
- Basso, M., “A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio”, em: L.O. Baptista y otros (orgs.), *Direito e comércio internacional. Tendências e perspectivas*, São Paulo, Ltr. Editora Ltda.
- Boggiano, A., *Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1995.
- Calvo Caravaca, A.L. / Carrascosa González, J., *Derecho Internacional Privado*, t. I y II, 4ª ed., Granada, Comares, 2003.
- De Araujo, N., *Direito Internacional Privado*”, Río de Janeiro, Renovar, 2003.
- De los Mozos, J.L., *Código Europeo de contratos de la Academia de Pavía*, Reus, 2009.
- Díaz Delgado, R., “El derecho aplicable al fondo del contrato con cláusula de arbitraje”, en: J.A. Moreno Rodríguez (coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Editora Intercontinental, 2003.
- Esborraz, D.F., *Contrato y Sistema en América Latina*”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006.
- Esplugues Mota, C. / Hargain, D. (coord.), *Derecho del Comercio Internacional. Mercosur – Unión Europea*, Reus, 2005.
- Feldstein de Cárdenas, S., *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- Feldstein de Cárdenas, S., “Armonización del derecho contractual del MERCOSUR: ¿una misión imposible?”, disponible en: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/189>
- Fernández Arroyo, D.P. (coord.) *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003.
- Fernández Arroyo, D.P., *Derecho Internacional Privado. Una mirada actual sobre sus elementos esenciales*, Córdoba, Advocatus, 1998.
- Fresnedo De Aguirre C., *La Autonomía de la voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1996.

Giral Pimentel, J.A., “La teoría de las vinculaciones. El régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad”, disponible en: [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/117/rucv\\_2000\\_117\\_15-26.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/117/rucv_2000_117_15-26.pdf)

Goldschmidt, W., *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia basada en la teoría trialista del mundo jurídico*, 10º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

Goldman B., “La *Lex Mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: realities et perspectives”, *Journal du Droit International Privé (Clunet)*, vol. 106, 1979.

Grandino Rodas, J., *Contratos Internacionais*, 3º ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

Guliano, M. / Lagarde, P., *Informe sobre el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Diario Oficial C 282 de 31/10/1980 P. 0001 – 0050.

Hargain, D. / Mihali, G., *Régimen jurídico de la contratación en el MERCOSUR*, Buenos Aires/ Montevideo, Julio César Faira Editor., 1993.

Lando, O., “Principios de derecho europeo de los contratos, - Partes I y II”, preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos. Traducción del texto de los artículos publicados en: O. Lando / H. Beale, (eds.), *Principles of European Contract Law*, La Haya, Kluwer Law International, 2000.

Leible, S., “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1075>

Leyva Saavedra, J., “Los Principios de los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT”, disponible en: [http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/los-principios-de-los-contratos\\_29.html](http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/los-principios-de-los-contratos_29.html)

Lorenzetti, R.L. / Lima Marques, C. *Contratos de Servicios a los Consumidores*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2005.

Martinez, G.T., “Naturaleza de la responsabilidad precontractual culpa *in contrahendo* en la armonización jurídica europea”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, nº 1, 2010.

Melo Cardoso De, L., “O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil”, *Jus Navigandi*, año 9, nº 523, 2004, disponible en: <http://jus.com.br/revista/texto/6027>

Moreno Rodríguez, J.A., “Cláusulas abusivas en el Derecho Paraguayo”, *Revista de Derecho Comparado*, 2000.

Moreno Rodríguez, J.A., *Contratos*, Asunción, Intercontinental / CEDEP, 2011.

**Roberto Ruiz  
Díaz Labrano**

## **Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya**

Moreno Rodríguez, J.A., “Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿regreso al pasado?”, disponible en: [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=publications.details&pid=6300&dtid=41](http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=6300&dtid=41)

Moreno Rodríguez, J.A., “Los Principios de La Haya y el derecho no estatal en el arbitraje comercial internacional”, disponible en: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Jos%C3%A9-Antonio-Moreno-Los-Principios-de-la-haya.pdf>

Moreno Rodríguez, J.A., “El arbitraje internacional y la nueva ley paraguaya de contratos internacionales”, disponible en: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/190>

Noodt Taquela, M.B., “Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, *RDCO*, 1996.

Noodt Taquela, M.B., “Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, en el derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI”, *VI Jornadas de profesores de derecho internacional privado*, Madrid, Eurolex, 1995.

Opertti Badan, D. / Fresnedo De Aguirre, C., *Contratos comerciales internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito interamericano*, Montevideo, FCU, 1997.  
Ruiz Díaz Labrano, R., *Derecho internacional privado*, Asunción, La Ley Paraguaya, 2010.

Santos Belandro, R.B., *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, Montevideo, FCU, 1996.

Siqueiros J.L., “Los Principios de UNIDROIT y la Convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/138/14.pdf>

Strenger, I., “Condições gerais de contrato no comercio do Mercosul: Uma proposta”, en: M.A. Ciuro Caldani (coord.), *Del Mercosur*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996.

Strenger, I., *Contratos Internacionais do Comércio*, 2º ed., Revista dos Tribunais Ltda., 1992.

Villalta Vizcarra, E., “La Convención interamericana sobre derecho aplicables a los contratos internacionales”, Conferencia pronunciada en las Jornadas de ASADIP, Asunción, Paraguay, 2013.

## Resumen

*El trabajo aborda la regulación de los contratos internacionales en Argentina luego de la reciente reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en vigencia desde el 1º de agosto de 2015. Los criterios atributivos de jurisdicción, el rol de la autonomía de la voluntad conflictual y material y sus límites, las normas subsidiariamente aplicables y los criterios legales de elección del derecho aplicable y el funcionamiento de la cláusula de excepción.*

## Abstract

*The paper focuses on the regulation of International Contracts in Argentina after the recent reform of the Civil and Commercial Code in force since August 1, 2015. It gives the guidelines of legal criteria on jurisdiction; a brief summary of the role of the autonomy of the parties is also provided in the material and conflictual sense, as well as the subsidiary legal criteria of conflict law rules and about the operation of the exception clause.*

## Sumario

- I. Reglas especiales de jurisdicción.
- II. Derecho aplicable. 1. La autonomía de la voluntad. A) El enfoque. B) Las fundamentaciones. 2. La autonomía conflictual. A) Los límites. B) Algunas otras cuestiones propias de la autonomía conflictual. a) Múltiple elección de derechos aplicables a un único contrato. b) Posibilidad de cambio de la elección de derecho aplicable (*pactum de lege utenda*). c) La cláusula de elección de derecho aplicable. 3. La autonomía material. A) Los límites. 4. La llamada *lex mercatoria*. 5. El punto de inflexión del principio de la autonomía de la voluntad. Exclusión de los contratos de consumo. 6. Normas de derecho subsidiariamente aplicables en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes. A) Las normas subsidiariamente aplicables a los contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación. B) La calificación (definición) del “lugar de cumplimiento” como punto de conexión para la determinación del derecho aplicable. C) Las calificaciones autónomas. La prestación característica y el domicilio del dador de la prestación más característica. D) Los contratos entre ausentes. 7. La Cláusula de excepción.



# Los contratos internacionales en la Argentina

María Elsa Uzal\*

## I. Reglas especiales de jurisdicción

El art. 2650 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) contiene las normas especiales que brindan el contexto jurisdiccional que habilita el planteo de acciones para solucionar controversias en materia contractual, marco a partir del cual puede realizarse una eficaz prospectiva respecto de cuál podrá ser el derecho aplicable para resolver el caso.

En contratos internacionales, la primera alternativa que otorga el legislador se encuentra en manos de las partes que, mediante cláusulas de elección de foro o de prórroga de jurisdicción pueden elegir el tribunal competente de común acuerdo.<sup>1</sup>

No existiendo acuerdo válido de elección de foro, el art. 2650 establece que son competentes para conocer en las

acciones resultantes de un contrato, a opción de actor:

- A. los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos, disposición con la que se suple un vacío legal que es colmado con la reiteración de la misma regla prevista en el art.5 inc. 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación;
- B. los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales;
- C. los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que ésta haya participado en la negociación o celebración del contrato.

Este último inciso crea un criterio de "jurisdicción concurrente" de los tribunales locales con los tribunales del lugar de la sede de la matriz o del empresario en el exterior, que permite demandar en el país a la sociedad o el empresario extranjeros por lo actuado en el país a través de su agencia, sucursal o representación, que ha intervenido directamente en esas actuaciones. Es claro que no cabrá, en cambio, demandar en el país a la matriz por actos obrados en el exterior, emplazándola en la figura de la agencia, sucursal o representación sita en el país, si esas representaciones locales son ajenas a esos actos o contratos, de lo contrario se habilitaría una vía judicial con posibilidades ciertas de indefensión.

## II. Derecho aplicable

### 1. La autonomía de la voluntad

#### A) El enfoque

En el marco descripto hemos de abordar el enfoque con el que se encara el tratamiento del derecho internacional privado en Argentina.

En nuestro derecho privado de fuente interna aparece indiscutido el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar, desde la clara disposición inserta por Vélez Sársfield

en el art. 1197 del Cód. Civil – hoy reproducido en espíritu en los arts. 958 y 959 CCCN– que consagrara, como principio, que la voluntad de las partes, contractualmente expresada, constituye una regla a la que éstas deben someterse como a la ley misma. Cabe recordar sin embargo que, en derecho privado interno, esa facultad dispositiva que se le reconoce a las partes y que les autoriza a reemplazar con estipulaciones propias las disposiciones previstas por el legislador –que adquieren así carácter supletorio de la autonomía de la voluntad–, se ejerce dentro de los límites fijados por las disposiciones coactivas o imperativas del derecho interno, esto es, por las normas inderogables que no resultan derecho disponible para las partes (art. 12 CCCN, art. 21 y concordantes, Código Civil).

El nuevo Código Civil y Comercial, abraza hoy, expresa y decididamente, el principio de la autonomía de la voluntad también en punto al derecho aplicable a los contratos internacionales, honrando así la más acendrada tradición jurídica sostenida siempre por la Argentina internacionalmente, desde los foros abiertos en los Congresos en que se discutieran los textos de los Tratados de derecho civil internacional de Montevideo, tanto en 1889 como en 1939-40, donde ha sido gran defensora del principio.

**María Elsa Uzal**

## **Los contratos internacionales en la Argentina**

Cabe recordar que se ha señalado,<sup>2</sup> con acierto, que al término autonomía, aplicado a la voluntad y en el ámbito del derecho contractual, suele atribuírsele dos significados: de un lado, se ha sostenido que la voluntad del sujeto es fuente original del derecho, es decir, una fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, de tal modo que el sujeto crea en esta materia, normas jurídicas ab initio y que, al hacerlo, el derecho de crear normas de que goza el sujeto es un derecho absoluto; por otro lado, se dice que la voluntad del sujeto representa una fuente derivada, capaz de crear normas jurídicas porque un orden jurídico preestablecido la habilita para ello y que, en tal caso, se le reconoce el goce de un derecho subjetivo, derivado de un orden jurídico que lo acuerda.

Se ha destacado también que, con uno u otro significado, a quienes gozan del derecho de contratar se les reconoce la calidad de sujetos autónomos (de “*autonos-nomos*”, su propio legislador) puesto que se admite que crean, por su propia voluntad, las normas del contrato que celebran, concordando la voluntad de las partes (consentimiento), en lo acordado (contenido del contrato). De esta manera, reconocer y respetar el contrato equivale a reconocer y respetar lo que las partes convinieron a su arbitrio.

En este contexto de ideas, al abordar la cuestión desde el ángulo internacional, se ha planteado como interrogante, no sólo si en ese ámbito de contrataciones también la voluntad de las partes debe ser respetada cuando determina el contenido sustancial, de fondo, de la relación contractual —y en tal caso cuál es el alcance de esa atribución— (autonomía material), sino, yendo aún más allá, si cabe que lo estipulado por ellas consista en que el contrato sea regulado por tal o cual ley. Es decir, si las partes pueden, a través de la autonomía de la voluntad, disponer de las normas de derecho internacional privado previstas por el legislador como aplicables al caso, para operar la elección o determinación del derecho que habrá de regir el contrato, de manera que la ley elegida por ellas sea la que gobierne el encuadramiento jurídico de su relación (autonomía conflictual) o si, por el contrario, las partes deben sujetarse a la elección del legislador en este o estos aspectos.

El debate en torno a la admisibilidad de la autonomía conflictual se planteó con especiales ribetes, ante la ausencia de una norma de derecho internacional privado en el Código de Vélez Sársfield que expresamente la contemplara, en ese plano, aunque la prerrogativa era claramente reconocida en el derecho interno, si bien limitada a la facultad

de determinar el contenido material del contrato. Sin embargo, como fruto de un largo y profundo trabajo doctrinario y de fecundos debates hoy, el principio de la autonomía de la voluntad en la contratación a nivel internacional, tanto en sentido material como conflictual, se encuentra admitido sin discusiones.

El nuevo CCCN lo consagra así, expresamente, en su art. 2651; sin embargo, resultará útil detenerse y recordar los argumentos doctrinarios que condujeron a este resultado.

En este marco, cabe recordar que los adversarios de la autonomía de la voluntad señalaban que la realidad muestra que los contratos casi nunca ofrecen una elección expresa y que por ende, esta teoría, normalmente, habrá de requerir el apoyo de reglas de elección de derecho, subsidiariamente aplicables en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes. Siguiendo ese hilo de pensamiento, se observa que la indagación de esa voluntad tácita, se convierte en la atribución de una voluntad presunta, en realidad, la voluntad de la ley o la del juez, que no es la mentada autonomía de la voluntad y que sustituye a la voluntad de las partes que, sostenían, sólo se ejercita rara vez (Alfonsín y sus citas).

Con esas presunciones, hubo quienes lucharon por desarraigar la idea de la autonomía (Brocher, Diena, Beale, Arminjon, Nolde, Niboyet, Schnitzer, etc.); en el ámbito de los Congresos de Montevideo: Ramírez, Vargas; en el Uruguay, donde la autonomía aparece negada por una norma interna - art. 2403 del Código Civil-, el propio Alfonsín; entre nosotros, por ejemplo Kaller de Orchansky usó de los argumentos precedentemente referidos, aunque luego revirtió su posición adversa.<sup>3</sup>

De lo expresado surgió clara la necesidad de fundar si resulta procedente, o no, el mentado principio de autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, tanto para elegir el derecho aplicable, como para determinar el contenido del contrato.

## **B) Las fundamentaciones**

El maestro Werner Goldschmidt sostuvo que dentro del derecho internacional privado la autonomía de la voluntad consiste en que las partes puedan elegir el derecho aplicable a su contrato con contacto extranjero y que nada obsta a admitir que el legislador autoriza a las partes a escoger el derecho aplicable. Sostuvo que el orden jerárquico entre legislador y particulares no resulta perturbado por

ello pues, técnicamente, la autonomía de las partes funciona en la norma legal de colisión como un punto de conexión, que determina y elige el derecho aplicable y observa que el derecho consuetudinario argentino, manifestado, por ejemplo, en la práctica administrativa o en convenios de financiación, aparecen, invariablemente, cláusulas referentes al derecho aplicable.<sup>4</sup>

El profesor Antonio Boggiano, entre nosotros, abordó la tarea de fundar la procedencia de la autonomía, con particular profundidad,<sup>5</sup> al punto que hoy en día la tesis que admite la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales goza de general aceptación y se ha impuesto no solo en la doctrina, sino en la jurisprudencia, en las soluciones legales vigentes, en gran parte, gracias a su esfuerzo argumental.

Boggiano distinguió y fundamentó, tanto la llamada autonomía conflictual como la autonomía material de la voluntad y destacó, los límites a los que se ven sometidas.<sup>6</sup>

## 2. La autonomía conflictual

La autonomía conflictual en derecho internacional privado supone que las partes pueden elegir el derecho aplicable a su contrato elaborando una

cláusula que constituye una verdadera norma de conflicto individual, propia de su relación, mediante la cual seleccionan y eligen el derecho aplicable, excluyendo las normas de conflicto previstas por el legislador, que resultan disponibles y subsidiariamente aplicables cuando las partes omiten convenir su elección. Las partes así, desplazan las normas dispositivas y coactivas del derecho previsto por el legislador y someten su contrato, en principio al menos, al derecho privado por ellas elegido, incluso, a sus normas coactivas.

Esta posibilidad de elección planteaba los siguientes interrogantes: ¿puede elegirse cualquier derecho?, ¿con qué sustento?

En lo que Boggiano ha llamado la autonomía conflictual de alcance restringido, el fundamento para esa prerrogativa se hallaba en el juego de los arts. 1209, 1210 y 1212 del Código Civil –hoy 2652 CCCN–. Conforme a ellos un contrato con contacto (lugar de cumplimiento, de celebración) argentino se encuentra regido por el derecho del lugar de cumplimiento y como las partes pueden designar el lugar de cumplimiento de su contrato según surge de la primera acepción de la calificación autónoma que brinda el

propio legislador (art. 1212, Código Civil, y art. 2652 segundo párrafo del CCCN), tácitamente, las partes pueden designar el derecho aplicable al contrato, por lo que, luego, también puede concederse que pueden designar directamente el derecho aplicable a su contrato (arts. 1209, 1210 y 1212, Código Civil). Con tales fundamentos sin embargo, sólo podría facultarse a las partes para elegir el derecho aplicable entre los vigentes en los lugares de real cumplimiento del negocio y no, otro (autonomía restringida).

Se ha señalado, sin embargo, que también cabía la posibilidad de fundar con una interpretación extensiva la procedencia de una autonomía conflictual con sentido amplio. Ello, a poco que se reflexionase en que, en un contrato internacional, las partes se hallan facultadas, antes por el art. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y hoy, también, por el art. 2605 CCCN, para operar la prórroga de jurisdicción en favor de jueces o árbitros extranjeros e incluso, que es posible que las partes hayan pre-constituido en esa plaza garantías para el cumplimiento de su contrato. Así es que, si las partes pueden elegir el tribunal competente en los términos del art. 2605 CCCN y del art. 1º de la ley ritual, tácitamente, las partes estarían

eligiendo el derecho internacional privado de ese juez —pues los jueces, en principio, aplican sus propias normas de derecho internacional privado— y, por ende, el derecho privado que ese derecho internacional privado determine, luego, se puede conceder que si por el mecanismo descrito puede elegirse el derecho internacional privado y, a través de él, el derecho privado al que éste conduce, también cabe reconocer la facultad de elegir derechamente el derecho privado (argumento *de maiore ad minus*).<sup>7</sup> De esta manera, se concluye en que las partes podrían elegir cualquier derecho como aplicable a su contrato.

Quizás parecería razonable cuestionar si esa elección puede recaer en cualquier derecho, es decir, en un derecho que carezca de toda vinculación con la relación negocial de fondo, sin embargo, esa objeción es más aparente que real, pues como le he indicado en alguna oportunidad, las partes no optan por una cláusula de elección de derecho aplicable por motivos “turísticos”, su elección razonablemente habrá de guardar de alguna manera una relación que justifique la elección de los interesados, ya sea porque se han pre-constituido garantías para el cumplimiento del contrato en el país cuyo derecho se ha elegido, porque ese

derecho resulta aplicable a alguna otra relación contractual relacionada, vigente entre las mismas partes, porque ese derecho resultó satisfactoriamente aplicable en otros asuntos entre las partes, etc..<sup>8</sup>

Hoy en día la autonomía conflictual de la voluntad de las partes, está expresamente reconocida en una extensa y comprensiva norma, el art. 2651 del CCCN que bajo el acápite “Autonomía de la voluntad”, dispone en su primer párrafo: “los contratos (internacionales) se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato”.

Se consagra así la facultad de las partes de determinar el derecho aplicable apartándose de la elección neutral del legislador, mas con la previsión de que esa elección debe ser cierta, así lo exige, al decir que debe manifestarse en forma expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

### **A) Los límites**

La autonomía conflictual así practicada, sin embargo, encuentra cierto marco que la condiciona, lo prevé así, expresamente, el art. 2651 inc. e) CCCN al establecer que el ejercicio de este derecho está sujeto a los siguientes límites:<sup>9</sup>

- A. En primer lugar, los principios de orden público del derecho internacional privado de la *lex fori* (art.14, inc.2º, Cód. Civil, art. 2600 CCCN), a los que las partes deben sujetarse inexcusablemente al radicarse la controversia ante una jurisdicción estatal. De ahí la conveniencia de determinar claramente y de antemano el tribunal competente, combinando la cláusula de elección del derecho aplicable con la cláusula de prórroga de jurisdicción, de modo de fijar la determinación de los tribunales que habrán de entender en un eventual conflicto. Ello tornará previsibles los principios de orden público que habrán de ceñir la solución de tal caso.
- B. Un segundo límite está dado por las normas de policía o internacionalmente imperativas de la *lex fori*, en nuestro caso, el derecho argentino, toda vez que ellas son

exclusivas, excluyentes de toda otra norma y, por ende, también de la autonomía de la voluntad de las partes y de aplicación restrictiva. Dice la norma al respecto, que son límite “las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino” que “se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rijan el contrato”.

- C. Va de suyo, que como consecuencia de su propia aplicación al caso, también funcionan como límite las normas de policía o internacionalmente imperativas del derecho elegido, en la medida en que, con la elección, ha sido introducido *in integrum* en el contrato y las partes al incorporarlo, se han sometido a ellas.
- D. Cabría preguntarse si las normas de policía o internacionalmente imperativas de terceros Estados podrían funcionar como límite al contrato. También la respuesta en este sentido ha sido positivamente receptada en el art. 2651 inc. e) cuando dice: “también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso”. Ello

ocurrirá cuando el tercer Estado al que nos reframos sea un tercer Estado que guarde con el caso una relación económica preponderante, por ejemplo porque es el derecho del lugar de cumplimiento total o parcial, lo que determinará que no pueda obviarse la gravitación de las normas de ese Estado que, aunque no sea el derecho elegido, impondrá la observancia de las reglas de policía de su derecho interno sobre ciertos aspectos del contrato que se contactan con el territorio de ese país excluyendo, la posibilidad de una regulación diversa de la que ese Estado impone de modo perentorio.

He aquí un claro condicionamiento de la realidad social sobre el contenido y el funcionamiento del contrato, impuesto por la facticidad del caso, que condiciona la voluntad de las partes.<sup>10</sup>

Asimismo, se ha explicitado en el artículo 2651 CCCN el principio de ineficacia de los contratos hechos para violar normas internacionalmente imperativas de un Estado extranjero “de necesaria aplicación al caso”, regla que siempre ha sido considerada como un valioso *standard* moral y que se hallaba consagrada en el artículo 1208 del Código Civil de Vélez Sarsfield.



Esa norma preveía que “los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera, no tendrían efecto alguno”, se trataba de una disposición que, evidentemente, tutelaba el respeto de normas inderogables del derecho extranjero a nivel internacional, pues de otro modo no se hubiese justificado la solución, e importaba la genial intuición de Vélez Sarsfield sobre la necesidad de respetar las normas de policía o internacionalmente imperativas del derecho foráneo aplicable al caso, en un tiempo en el que el desarrollo doctrinario de ese tema y la caracterización de ese tipo legal no existían. Es de destacar además, que la protección que allí se brindaba a las normas de policía del derecho extranjero era unilateral y no sujeta a reciprocidad alguna y que, con ella, Vélez Sarsfield introdujo una pauta limitante expresa para la autonomía de la voluntad de las partes en el plano internacional, que abona la idea de que si bien la autonomía no estaba expresamente contemplada, resultaba de ejercicio admisible en el sistema de antiguo Código.

Hoy en día al disponer el art. 2651 en su inc. f. que los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno, viene a

brindar el significado preciso a aquella norma premonitoria que ahora se inscribe en el expreso contexto legal de las normas internacionalmente imperativas indicando, con claridad, que la ineficacia del contrato es la consecuencia del incumplimiento del debido respeto a los límites en la aplicación de normas extranjera indisponibles.

E. Finalmente, también son límite para la autonomía de la voluntad, las normas coactivas del derecho privado interno elegido por las partes como aplicable al contrato, en la medida en que no han sido excluidas por la autonomía material de la voluntad, pues rigen para los casos nacionales, pero pueden ser excluidas en los casos multinacionales.

## **B) Algunas otras cuestiones propias de la autonomía conflictual<sup>11</sup>**

### ***a) Múltiple elección de derechos aplicables a un único contrato***

Bien puede ocurrir que las partes hayan seleccionado más de un derecho para gobernar su contrato (*dépeçage*), ello se da, cuando han elegido un derecho pero han dispuesto, por ejemplo, que algunos aspectos en particular sean regidos por otro derecho, o bien, cuando han elegido un derecho para

una parte del contrato y han dejado los otros aspectos para ser reglados por el derecho aplicable en ausencia de elección. En virtud de la autonomía de la voluntad conflictual, las partes eligen determinados derechos, de conformidad con sus intereses, es el interés de las partes el que justifica la elección de una determinada ley, la que consideraran más conveniente, la mejor, de ahí que se haya dicho que el *dépeçage* no es sino una las máximas expresiones de la autonomía de la voluntad de las partes (De Nova, Patocchi),<sup>12</sup> que viene a provocar así un fraccionamiento voluntario del derecho aplicable.

Puede ocurrir así, que las partes elijan un derecho como aplicable a la validez de un contrato y otro a sus efectos, en lo que se ha dado en llamar la *grande coupure* (o el corte grande), o bien, que se elija aplicar a las diversas partes, sujetos de un contrato, legislaciones diferentes (al tipo de nuestro velezano art. 1214, Código Civil de Vélez), es decir, se opere la llamada *petite coupure* (el corte pequeño) o corte subjetivo, soluciones complejas sin duda, pero de las que cabe dar cuenta, como posibilidades a disposición de la autonomía conflictual de las partes.<sup>13</sup>

Esta facultad ahora está expresamente plasmada en el art. 2651 primer

párrafo *in fine* cuando dice que “la elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato”.

#### **b) Posibilidad de cambio de la elección de derecho aplicable (*pactum de lege utenda*)<sup>14</sup>**

En la práctica, esta cuestión se plantea cuando las partes se ponen de acuerdo en someter la cuestión al derecho del tribunal que habrá de conocer en el diferendo, prescindiendo del derecho elegido.

En general, en los países del *common law* las partes pueden acordar la elección de la *lex fori* en el curso de la vida del contrato, de los procedimientos o aún en el curso del juicio, incluso, si no se invoca el derecho extranjero resultará de aplicación la *lex fori*. Sin embargo, aparece más dudoso si los tribunales de estos países permitirían a las partes seleccionar un derecho, distinto de la *lex fori*, después de la conclusión del contrato, pues existen algunos autores que han enunciado óbices a esta posibilidad (Collins).

Los países de raigambre continental, por su lado, permiten a las partes elegir el derecho del tribunal aun durante el juicio y, en general, se les reconoce libertad para seleccionar otro derecho que no sea la *lex fori*, mientras sea del

**María Elsa Uzal**

## **Los contratos internacionales en la Argentina**

consciente y común acuerdo de las partes (Suiza, por ejemplo), previéndose que ante la ausencia de invocación del derecho aplicable resultará de aplicación *la lex fori ex officio* (Alemania, Países escandinavos). El derecho italiano, parece tener una posición diversa a través de algún fallo de la Corte de Casación que sostuvo que una vez elegido un sistema legal por las partes no podía ser cambiado.<sup>15</sup>

Hemos sostenido que tampoco entre nosotros existirían dificultades en admitir que las partes, durante el juicio, arribasen a un pacto procesal sobre el derecho aplicable, ya optando por la aplicación al caso de un derecho extranjero ya optando por la *lex fori*, ello sólo reconocería como exigencia la disponibilidad de las normas jurídicas sobre las que se intenta la modificación, lo cual obviamente, se encuentra, a su vez, condicionado por la materia de que se trate.<sup>16</sup>

Esta atribución también aparece expresamente recogida en el inc. a) del art. 2651, que prevé que las partes “en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código”, mas con la prevención de que, “sin

embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros”.

No nos parece dudoso tampoco que, de no invocar ninguna de las partes el derecho extranjero elegido o subsidiariamente aplicable, en materia disponible, pudiesen interpretarse de aplicación las disposiciones de fondo de la *lex fori*, presumiendo una elección tácita de la ley nacional.

### ***c) La cláusula de elección de derecho aplicable***

Ya hemos indicado que la elección de derecho aplicable puede ser expresa o implícita o tácita, sin embargo, es generalmente requerida la razonable certeza o “evidencia” de que esa elección es real, según las circunstancias del caso (véase: art. 2651 primer párrafo CCCN; art. 3° de la Convención de Roma de 1980, sin admitir inferencias sobre el punto, también, el art. 7° de la Convención de La Haya de 1986 sobre derecho aplicable a las compraventas internacionales o el art. 7° de la Convención interamericana de México de 1994 CIDIP V, sobre ley aplicable a los contratos internacionales.

Se ha sostenido en algunos países, que la sumisión a los tribunales estatales o arbitrales de un Estado, sería evidencia

de la intención de aplicar el derecho de ese país (Reino Unido, Francia, Alemania, Suiza, Escandinavia), sin embargo, la cuestión se presenta más dudosa en los Estados Unidos y, en Italia, donde no se ha autorizado esta conclusión, con base en un acuerdo, para someter la cuestión a un tribunal arbitral extranjero.

En el art.2651 inc. g) del nuevo CCCN se resuelve la cuestión con una expresa solución positiva en el sentido de que “la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país”.

La elección puede efectuarse pues, mediante la referencia al derecho elegido, o mediante la expresa incorporación al contrato de las disposiciones del derecho extranjero que se quieren aplicar sólo para regir cuestiones no previstas (“cláusulas de incorporación”), generalmente, respecto de estas disposiciones se deja a salvo la primacía de las cláusulas del contrato.

Se ha dicho que, en tal caso, la validez de esta incorporación vendría a quedar determinada por el mismo derecho elegido, no por la *lex fori* o por otro derecho y que, cuando la elección del derecho resulta inválida, gobernará el contrato el derecho subsidiariamente

previsto por el legislador para regir el caso.<sup>17</sup> Lo mismo ocurre, respecto de todas aquellas cuestiones no regidas por las normas materiales incorporadas, en defecto de ejercicio de la autonomía conflictual.

### 3. La autonomía material

La autonomía material de la voluntad de las partes presupone que las partes pueden crear cláusulas prescriptivas del contenido de fondo de su contrato y que, además, así como pueden elegir el derecho aplicable al contrato también pueden excluir del derecho privado elegido, las normas coactivas de ese sistema jurídico. Sin embargo, esa exclusión sólo puede producirse mediante la incorporación al contrato de normas materiales de sentido contrario a las normas coactivas del derecho privado rector del negocio que se pretenden desplazar, Boggiano observa que dichas exclusiones siempre han de ser relativas a determinadas normas coactivas del derecho privado aplicable, por ende, parciales, una a una, y que no cabe una exclusión general de todas las normas coactivas del derecho privado aplicable.

La autonomía material con la particular extensión derogatoria aparece ahora receptada en el art. 2651 inc. c) cuando dispone que “las partes

**María Elsa Uzal**

## **Los contratos internacionales en la Argentina**

pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material” (de fondo) “de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido”.

Por medio de la autonomía material, igualmente, surge la posibilidad de que las partes excluyan por una cláusula contractual de sentido contrario, las normas de policía de la *lex contractus* elegida. Ello es así, en tanto que ellas han traído ese sistema al contrato y ellas lo pueden desplazar, mientras que el derecho elegido no sea uno de aquellos que guardan con el caso, una relación económica preponderante.

En efecto, las partes pueden excluir el derecho elegido por el legislador para regir el contrato, eligiendo otro y si las partes pueden excluir las normas de derecho coactivo elegido por el legislador íntegramente, eligiendo otro derecho privado nacional, también pueden excluir parcialmente, el derecho elegido por el legislador y el elegido por ellas mismas, a través de la autonomía material (argumento *de maiore ad minus*, similar al utilizado para fundar la autonomía conflictual).<sup>18</sup>

### **A) Los límites**

En el derecho interno, el ejercicio de la autonomía de la voluntad tiene el

límite de la inderogabilidad de las normas coactivas. El límite para la autonomía material en el derecho internacional privado, en cambio, resultan ser, en principio al menos, los mismos que para la autonomía conflictual, es decir: los principios de orden público de la *lex fori*, las normas de policía o internacionalmente imperativas de la *lex fori*, las normas de policía o internacionalmente imperativas del derecho elegido, la *lex contractus*, las normas coactivas de la *lex contractus* y las normas de policía o internacionalmente imperativas de terceros Estados que guarden con el contrato una relación económica preponderante.

Sin embargo, hemos visto ya que a través de la autonomía material de la voluntad pueden desplazarse, expresamente y una a una, las normas coactivas de la *lex contractus*, por otras normas de sentido contrario y que, de la misma forma, también pueden desplazarse las normas de policía de la *lex contractus*, siempre a condición de que el derecho elegido que se pretende desplazar, no resulte ser de aquellos que guardan con el contrato una relación económica preponderante que de hecho, frustrará el ejercicio de tal designio de voluntad, caso en el que nunca cabría su desplazamiento a través de la autonomía material ya mentada (art. 1208, Código Civil).<sup>19</sup>

#### 4. La llamada *lex mercatoria*

La doctrina de la llamada *lex mercatoria* ha presentado un desarrollo muy rápido, siguiendo el ritmo acelerado del comercio internacional que exige acompañar el progreso con las técnicas sofisticadas que día a día surgen en el mundo contemporáneo, con actitudes radicalmente nuevas, a fin de dar solución a una gran cantidad de problemas que producen gran impacto en el ámbito del derecho y por la necesidad de brindar respuesta a requerimientos que comportan nuevos desafíos.<sup>20</sup>

Así, se ha ido gestando un conjunto de reglas emanadas de entidades privadas, de organismos internacionales o que se han ido elaborando a través de la práctica de los negocios en las más diversas ramas de actividad, con fórmulas convenidas por la costumbre, que se ha nutrido de los fallos arbitrales y que se ha impuesto en las más diversas plazas, pese a la disimilitud de sistemas legales. La *lex mercatoria* surge pues, de prácticas y de reglas que se forman, se consolidan y se transforman rápidamente, en función de las exigencias del perfeccionamiento, de la especialización y del poder vinculante que su aceptación inmediata le atribuye dentro de la *societas mercatorum* a la que sirve.

En ese marco, se ha dicho que constituye un conglomerado coherente de normas que, en un sentido lato, ha adquirido fuerza para resolver las diversas cuestiones suscitadas por las relaciones mercantiles de índole internacional, con eficacia y cierta autonomía de coerción, dada por la sanción que reporta el incumplimiento de las reglas pactadas en esos medios o en esas ramas de actividad.

La *lex mercatoria* es pues, un inmenso conjunto de reglas y modalidades comerciales, que expresan la libertad contractual como fuente creadora de normas en función de los casos particulares y que emanan de entidades representativas de clases de comerciantes o de las mismas actividades comerciales o de organismos internacionales y, aun, de comerciantes individualizados, más allá de las previsiones de los sistemas jurídicos nacionales. Brinda así, con creatividad y criterios propios, soluciones equitativas para conciliar los intereses contrapuestos en los casos planteados, con fórmulas apropiadas -muchas veces elaboradas por esos mismos árbitros-, que se suelen ver como una forma de obtener consensos.

Normalmente, la aplicación de la *lex mercatoria* entra al contrato de la mano de la “autonomía material”, como

**María Elsa Uzal**

## **Los contratos internacionales en la Argentina**

expresión del contenido que la voluntad de las partes quiere atribuir al contrato, muchas veces, estas disposiciones se combinan con cláusulas por las cuales las partes se comprometen a recurrir a la jurisdicción arbitral para resolver sus posibles conflictos. De esta manera, por vía de la asociación, en el contrato, con acuerdos de prórroga de la jurisdicción internacional en favor de tribunales de árbitros o arbitradores amigables componedores que funcionan como una suerte de jurisdicción propia, se ha encontrado la forma de concretar su eficacia en diferendos internacionales.

Se ha dicho también que la fuerza creciente de la *lex mercatoria* no emana de la autoridad de un sistema jurídico estatal que la autorice, sino que es reconocida por la comunidad comercial y por las autoridades estatales como una suerte de sistema de normas autónomo y, se ha destacado, que su originalidad consiste en el hecho de que representa una reacción ante el *statu quo* creado por los sistemas jurídicos nacionales, muchas veces incapaces de regular adecuadamente las relaciones jurídicas internacionales.

Los INCOTERMS, las reglas de los créditos documentarios, las condiciones generales de contratación,

los contratos formularios, las reglas emanadas de la Cámara de Comercio Internacional y de UNCITRAL, por ejemplo, permiten sostener a muchos autores que más que un sistema de usos y prácticas, se trata aquí de un verdadero sistema autónomo, de un orden jurídico especial, resultado del hacer cooperante de los operadores del comercio internacional, muy elaborado y fundamentalmente pragmático.<sup>21</sup>

Uno de los interrogantes planteados con estos nuevos desarrollos es, si cabe reconocer a la *lex mercatoria* un *status* asimilable al de un verdadero ordenamiento jurídico.

Paul Lagarde adversario de la *lex mercatoria* ha reconocido si no la existencia, al menos, la posibilidad teórica de un orden jurídico constituido por ella, que no habría adquirido su carácter de tal de un sistema estatal que lo acuerde, sino de sí mismo. Se trataría de un derecho que, en todo caso, sería inmanente a la organización social (*ubi societas ubi ius*).<sup>22</sup> Hay quienes sostienen que los operadores del comercio internacional tienden a introducir las normas de la *lex mercatoria* en los sistemas jurídicos nacionales (Lagarde) y quienes piensan que, por el contrario, los ordenamientos nacionales aceptan tácitamente y, por omisión, el

imperio de la *lex mercatoria* que se sirve, fundamentalmente, de la autonomía contractual y del arbitraje (Strenger).<sup>23</sup>

En la nueva regulación del derecho internacional privado fuente interna, la recepción de la *lex mercatoria* aparece dentro del art. 2651 inc. d) CCCN, cuando dispone que “los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato”, con lo cual se pone en línea para completar el cuadro de una postura de amplia apertura a la autonomía de la voluntad.

Las manifestaciones concretas de esos principios generales en nuestros días aparecen en buena parte, elaboradas y formuladas a través del trabajo del UNIDROIT (Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT) y de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (“Principios de La Haya”).

### 5. El punto de inflexión del principio de la autonomía de la voluntad. Exclusión de los contratos de consumo

Finalmente, cabe señalar que toda la teoría de la autonomía de la voluntad

parece reconocer su punto de inflexión ante la necesidad de proteger al consumidor en contratos en los que éstos se hallan involucrados, generalmente, como a la parte más débil de la contratación. Estos contratos suelen estar excluidos de las reglas generales en muchos países y son objeto de tutela a través de leyes especiales que, en el plano internacional, por lo común, al menos limitan la autonomía de la voluntad o aplican correctivos a sus resultados materiales. Frecuentemente, se propone una conexión con el entorno social de la parte débil (*umweltrecht*), como elección del derecho que ejerce una eficaz protección de sus derechos (residencia habitual o domicilio del consumidor), otras veces, se asegura el nivel de protección de la *lex fori*, en una referencia obligada y unilateralista, que desemboca en una dualidad funcional de leyes aplicables.

Es con fundamento en esta línea de ideas pues, que en la Sección 11º de ese Código luego de consagrar el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, el art. 2651 *in fine* CCCN establece, expresamente, que sus disposiciones “no se aplican a los contratos de consumo”.

Estos contratos de consumo son los únicos que en el nuevo código se



abordan, en el plano internacional, como objeto de una regulación especial contenida en la sección 12° (arts. 2654 y 2655 del CCCN).

## **6. Normas de derecho subsidiariamente aplicables en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes**

### **A) Las normas subsidiariamente aplicables a los contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación**

Para la determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes, el CCCN dispone, en su art. 2652, que el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, define que se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato.

También, se contempla que en caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.

Finalmente, se precisa que la perfección de los contratos entre ausentes se

rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

El nuevo CCCN sigue manteniendo así, los mismos puntos de conexión del Código Civil de Vélez Sarsfield: el lugar de cumplimiento como criterio general y la ley del lugar de celebración como criterio condicional subsidiariamente aplicable cuando aquél no puede ser determinado.<sup>24</sup> Sin embargo, utiliza una fórmula de técnica general, neutral y más sencilla, que prescinde de la conexión unilateral del anterior art. 1209 y que resuelve el caso con una norma de conflicto general que subsume tanto el 1209 como el 1210.

Es claro que iguales fundamentos que aquellos que inspiraron a Vélez condujeron a mantener soluciones que, por su tradición jurídica y general aceptación, a través de una fecunda y seria elaboración jurisprudencial aparecían como un valioso bagaje del que no cabía apartarse.

También se mantuvieron, en el segundo párrafo del art. 2652 los criterios de calificación autárquicos elaborados por Vélez en los arts. 1212 y 1213, para definir qué se entiende por lugar de cumplimiento, con sus mismas opciones. Se capta, en primer lugar la determinación de las partes y en segundo

lugar la naturaleza de las obligaciones involucradas, si bien se reformula la opción final relativa al domicilio del deudor con una redacción actualizada, acorde a la evolución de la doctrina y la jurisprudencia sobre el punto. Seguidamente profundizaremos el tema.

### **B) La calificación (definición) del “lugar de cumplimiento” como punto de conexión para la determinación del derecho aplicable**

Ya se ha señalado que el nuevo CCCN adopta el “lugar de cumplimiento” como punto de conexión rígido para la determinación del derecho aplicable a los contratos—véase que ya hemos definido el mismo concepto a los fines de la determinación de la jurisdicción competente en la misma materia, en el capítulo respectivo, al que remitimos—, como todo concepto rígido, este factor de conexión permite identificar un núcleo conceptual aparentemente firme, pero en palabras de Wolff, con una periferia indistinta, que surge a poco que se profundice en la idea frente a casos concretos.

Es así como se ha manifestado desde un principio, ante la imposibilidad de arribar a una definición única, la necesidad de sentar calificaciones

autárquicas, esto es, definiciones dadas por el propio legislador que exhiben un criterio amplio y suficientemente flexible en sus alternativas como pauta para orientar al intérprete respecto de qué debe entenderse por “lugar de cumplimiento”. Tanto el Código de Vélez como el nuevo CCCN pues, proporcionan calificaciones en cascada, jerarquizando presunciones y delegando en los jueces la facultad de precisar la elección, concretamente y en cada caso, atendiendo a la naturaleza de la obligación o de las obligaciones emergentes del contrato (art. 2652 CCCN y antes art. 1212 y 1213 Código Civil).

En un contrato, típicamente bilateral (sinalagmático), la reciprocidad de las prestaciones prometidas hace necesario investigar la prestación relevante para la localización integral del negocio en un sistema jurídico. ¿Cuál de las prestaciones debidas tiene virtualidad localizadora? ¿Cuál es la que vincula, por su cumplimiento en determinado lugar, el contrato con su derecho aplicable: la entrega de la cosa, la prestación del servicio, el pago del precio? Estas son las cuestiones a que dan origen tanto al criterio de orientación legislativo de los anteriores arts. 1212 y 1213 del Código Civil argentino como del actual art. 2652 CCCN.

**María Elsa Uzal**

## **Los contratos internacionales en la Argentina**

### **C) Las calificaciones autónomas. La prestación característica y el domicilio del deudor de la prestación más característica**

Cuando no hay lugar de cumplimiento expresamente designado -primera acepción del lugar de cumplimiento-, en los contratos recíprocos, con prestaciones a cargo de las partes y que conectan los sistemas jurídicos de dos o más estados nacionales, para determinar el derecho aplicable ha de estarse, en segundo término, a aquella prestación que hace del contrato lo que éste es, la que permite definirlo típicamente, es así como se ha hablado del objeto típico o de la obligación principal del contrato.<sup>25</sup> Más modernamente, ésa es, la prestación característica del contrato que en palabras de Schnitzer, puede ser considerada como aquella con virtualidad localizadora.<sup>26</sup>

Esta alternativa es la que resulta alcanzada por la segunda posibilidad jerárquica, que prevé el art. 2652 en su segundo párrafo, que al referirse como derecho aplicable al que resultare de la naturaleza de la relación. Allí, se conserva la misma fórmula de Vélez y ella, claramente, permite establecer cuál es la prestación típica (la “prestación más característica”), que surge de la naturaleza propia del contrato, para hacerlo ser el que es. Ello, sin dejar de

observar que la flexibilidad del término “naturaleza”, permite al intérprete un amplio margen para adaptarse a las particularidades del caso y que, sin duda, los tribunales podrán utilizar con fruto.

La idea de la prestación típica como medio para conectar el contrato al medio económico en el cual se inserta, sin embargo, fue mereciendo diversas objeciones.

El profesor Frank Vischer sostuvo que el principio de la prestación característica necesitaba un reajuste, que en una venta-locación o en una venta con pagos por instalaciones, el pago del precio por el comprador es de mayor importancia en razón de las normas protectoras de este último.<sup>27</sup> Se dijo, que considerar de modo genérico que la prestación no dineraria (“*non pecuniary performance*”) carece de virtualidad para localizar económicamente el contrato aparece exorbitante y ajeno a la realidad de los negocios internacionales. Que en una compraventa internacional de mercaderías, si bien es cierto que éstas son objeto de la prestación más característica del contrato, no son más gravatorias económicamente que el precio en divisas que el vendedor persigue con el intercambio y que le debe satisfacer el comprador. Que

desde el punto de vista económico hay equivalencia de intereses y beneficios recíprocos, no susceptibles de ser genéricamente jerarquizados asignando superioridad a unos sobre otros, aun cuando las particulares circunstancias de cada contrato puedan evidenciar ciertas preponderancias.<sup>28</sup>

Batiffol y Boggiano observaban, por otro lado, que en los contratos comerciales multinacionales se advierte una mayor deslocalización del negocio a causa de que no aparece integrado a la esfera social de un país debido a que el sinalagma genético de las promesas que contiene y el sinalagma funcional de las prestaciones que se deben producir para dar cumplimiento a tales promesas están plurilocalizados, de modo que no permiten determinar, con razonable fundamento, su vinculación más estrecha con un lugar determinado, sino con varios concurrentemente.

Señalan que trata de contratos multinacionales no localizables desde una normativa general y que bien valen para ellos las autonomías material y conflictual. Y en definitiva, tales negocios, cuando no son interferidos por normas de policía o cláusulas de orden público estatales, generan un derecho que podríamos llamar, hasta cierto punto, “autónomo”, creado por los

comerciantes no contra los derechos nacionales, ni por encima de ellos, sino dentro de ellos, en los límites que los sistemas de derecho internacional privado nacionales les dejan para crear, con razonable libertad, lo que se podría llamar un nuevo derecho especial del comercio internacional, común a todos los derechos nacionales.<sup>29</sup>

Así las cosas, se ha observado que en la jurisprudencia comparada no prevalece la elección del derecho vigente en el lugar en que se debe cumplir físicamente la prestación característica, sino que aparece privilegiado, muchas veces, el domicilio del deudor que debe cumplir la prestación característica. Se considera que el domicilio del deudor, punto de contacto cuya relevancia ya había advertido Savigny y no, el mero lugar de cumplimiento material es más gravitatorio.

Se ha observado asimismo, que a este resultado también se podía llegar, armonizando los criterios del artículo 1212 del Código Civil argentino, cuya última parte aludía al lugar del domicilio del deudor,<sup>30</sup> pudiendo construirse que también en nuestro país había adquirido predicamento en la jurisprudencia, como el criterio general de localización el domicilio del deudor de la prestación característica del contrato.<sup>31</sup>

**María Elsa Uzal**

## **Los contratos internacionales en la Argentina**

Esta fórmula tiene la ventaja de superar la compleja solución final de los arts. 1212-1213 que exigían coincidencias del domicilio del deudor con otras circunstancias, como el lugar de celebración, que si bien tenían raíces tradicionales (Savigny), se tornaban azarosas, para terminar desembocando en el domicilio actual del deudor.

Adscripto a esta línea de ideas y dando cabida a la necesidad de contemplar la utilidad de estas reflexiones, el art 2652 del CCCN, concluye, identificando el domicilio actual del deudor de la prestación más característica, como tercera alternativa calificadora, en cascada, del concepto lugar de cumplimiento, al final de su segundo párrafo. Esta fórmula permite precisar el concepto, ante contratos plurilocalizados en sus prestaciones características, con una pluralidad de contactos territoriales que, al ser difíciles de jerarquizar, derivarían en diversas alternativas fraccionadoras que podrían conducir a un complejo (*dépeçage*) para determinar el derecho aplicable. Se pone así el foco en quién debe responder y en cuál es su centro permanente y actual de vida y de negocios, donde siempre deberá responsabilizarse de sus obligaciones y cumplir y a cuya ley, el deudor naturalmente debe considerarse sujeto (Savigny).

### **D) Los contratos entre ausentes**

En supuestos de contratos que fueren hechos entre ausentes por instrumento privado, firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, en el Código Civil regía la norma de conflicto del artículo 1214, y allí se preveía que “sus efectos”, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, debían ser juzgados respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio.

Reiteramos, que se trataba de casos con lugar de celebración indeterminado (art. 1214, Código Civil) y de lugar de cumplimiento tampoco determinable (arts. 1209, 1210, 1212 y 1213) y que se habilitaba allí como solución, un fraccionamiento del derecho aplicable (*dépeçage*), a través de un corte subjetivo (*petite coupure*), con un punto de conexión acumulativo igual, según el cual para cada parte se aplicaba la ley domiciliaria.

Si bien la norma contemplaba como ámbito material de esa solución sólo los efectos del contrato, había quienes entendían que esa solución era extensible también a la validez, con las consiguientes dificultades de aplicación efectiva, sin descartar el principio saneador de la cláusula *favor negotii* (art. 1181 Código Civil) o los criterios de

localización que a veces persiguen una finalidad de justicia material como ocurría con el principio del *favor negotiorum patriae* previsto en el art. 14 in. 4° del Código Civil.

También apuntamos que los Tratados de derecho civil de Montevideo de 1889 y 1940, en sus respectivos arts. 40, prevén que rija la ley del lugar de su celebración, para los actos y contratos en los cuales no pueda determinarse el lugar de cumplimiento, al tiempo de ser celebrados y según las reglas contenidas en los artículos anteriores de los mismos Tratados.

No obstante, para los contratos entre ausentes que no tenían determinado el lugar de celebración, ambos Tratados consagraban, en sendos arts. 42, una regla especial según la cual, que debía considerarse que la perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

Esta fórmula montevideana, permite, en aquellos contratos que no tienen determinado el lugar de celebración, sortear la ausencia de ese lugar físico a través del establecimiento de una presunción legal acerca de cuál es el lugar de perfeccionamiento del cruce de propuestas entre las partes y que,

por ende, cuál ha de ser reputado como lugar de celebración.

De este modo, el contrato entre ausentes, que no tiene determinado lugar de cumplimiento, queda colocado dentro de la hipótesis subsidiaria que precisamente indica, para tales casos, la aplicación de la ley del lugar de celebración.

Esta solución de los Tratados de Montevideo ha sido la adoptada por el nuevo CCCN en el tercer párrafo del art. 2652, cuando también dispone que la perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

Con ello, se evita, por un lado, reeditar la solución fraccionadora y compleja, a la que conducía el art. 1214 del Código Civil (el *dépeçage* y la *petite coupure*) y las dudas que generaba su ámbito de aplicación, que sólo preveía parcialmente los efectos del contrato y no, su validez y naturaleza.

La presunción legal actual, remite el caso para su encuadramiento a la norma de conflicto general, condicional, subsidiariamente prevista, para el caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento. Esto es, a la ley del lugar de celebración, que aparece precisado para el supuesto particular.

## 7. La cláusula de excepción

El art. 2653 del CCCN introduce en nuestra legislación una excepcional cláusula escapatoria flexible que reedita, para los contratos en los cuales las partes no han ejercido la facultad de determinar el derecho aplicable, el mismo principio general ya sentado entre las disposiciones generales del mismo Código, en el art. 2597.

Allí, también bajo el acápite: “Cláusula de excepción”, se establece que “excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente”. También se prevé que “esa disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

Respecto de los contratos se reitera la misma facultad con carácter excepcional, pero toda vez que nos hallamos en el ámbito de los derechos disponibles para las partes se establece que el tribunal podrá proceder de este

modo siempre, ante previo pedido de parte y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato.

Sin embargo, esa facultad se habilita al juez con una fórmula restrictiva y con una precisa orientación material, sólo ha de disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos y a pedido de parte. Cabe reiterar, que esta norma solo cabe en el ámbito del funcionamiento de las normas subsidiariamente aplicables pero no está habilitada cuando las partes han elegido el derecho.

Ambas disposiciones, se reitera, consagran principios flexibilizadores de excepción, con base en el criterio de mayor proximidad y, de ningún modo, conexiones o reglas de elección flexibles de carácter general; los jueces no pueden recurrir a esta facultad arbitraria o antojadizamente, guiados por criterios subjetivos de mayor justicia, sino se reitera, con un criterio restrictivo.

El Código no indica los parámetros de mérito para valorar cuándo esa conexión estrecha puede ser usada, qué vínculos son relevantes, con base en qué circunstancias y cómo pueden ser valorados para concretar la

excepción, con base en el principio de proximidad.

Sin embargo, su carácter excepcional, indica que solo podrá apelarse a esta aplicación, de modo directo, cuando el caso no fuere encuadrable en ninguna de las categorías del art 2652 y cuando no pudiese determinarse el domicilio actual del deudor de la prestación más característica. Es decir, cuando se dan supuestos específicos y excepcionales, en los que las reglas de conflicto típicas legalmente previstas resultan manifiestamente inapropiadas, como expresión de conexidad con el contrato y se vuelven incompatibles, en el caso concreto, con la ratio inspiradora del artículo.

En los demás casos, solo puede ejercerse una función correctora de carácter excepcional bajo la directiva de atender a todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato y al derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos.

Se ha dicho que cabe valorar en esta línea de ideas si el contrato tiene relación muy estrecha con otro u otros contratos; debe atenderse a la naturaleza intrínseca del contrato y sus condiciones, su contenido y configuración; a

la circunstancia de que los contratantes tengan sus establecimientos, su sede o domicilio en un mismo país, lo que permitiría encontrar los trazos de una ley común subsidiariamente aplicable.<sup>32</sup>

Las expectativas de las partes objetivamente determinables, también pueden justificar la exclusión de un derecho que las partes no han podido prever; por otro lado, en contratos con prestaciones plurilocalizadas, que no permiten apreciar cuál es la más características y ante domicilios de deudores también plurales y divergentes, puede ser útil precisar la prestación de mayor significación económica para determinar el elemento más destacado en el objeto del negocio, con el fin de apreciar la elección del país donde se ubica esa prestación como el más vinculado al caso, con un criterio de mayor proximidad.

Las cláusulas de elección de foro o las referencias materiales a un ordenamiento dentro del contrato, si no conducen a una manifestación de elección implícita cierta, no pueden justificar un apartamiento del derecho subsidiariamente previsto por el legislador, tampoco cabe, se reitera, una interpretación amplia y flexible de la cláusula escapatoria que debilite las conexiones legales.



**María Elsa Uzal**

## **Los contratos internacionales en la Argentina**

La interpretación correcta, limita la cláusula de excepción para los casos que no pueden ser encuadrados en las presunciones legales o en los que la sumisión a ellas conduce a resultados abiertamente incompatibles con el criterio de proximidad, pues va en ello comprometida la seguridad jurídica.<sup>33</sup>

Este enfoque restrictivo del principio de proximidad se corresponde con la redacción consagrada en el art. 4.3 del Reglamento Europeo (CE) 593/2008

-Roma I- (y, también, con el criterio del art. 4.3 del Reglamento (CE) 864/2007 (Roma II)<sup>34</sup> y se ha dicho que establece un razonable equilibrio entre la exigencia de seguridad jurídica y la necesidad de hacer justicia en los casos individuales.<sup>35</sup>

La prudencia judicial debe ajustarse pues, a las pautas de interpretación restrictivas y específicas que emergen del texto legal.

\* Escribana y abogada por la Universidad del Salvador. Diploma de honor. Doctora en Derecho -UBA- (tesis sobresaliente). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Profesora titular de derecho internacional privado en la Universidad del Salvador y en la Universidad de San Isidro. Profesora de derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de postgrado en diversas Universidades. Ex-presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Invitada por la Comisión Redactora del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación para colaborar con la elaboración del Título IV del Libro sexto (Derecho internacional privado).

<sup>1</sup> Ver también A.P. Radzysimsky, “Las cláusulas de elección de foro en contratos internacionales”, *ED*, pp. 150-305.

<sup>2</sup> Ver las referencias de A. Schnitzer, “Les contrats en droit international privé suisse”, *Recueil des Cours*, t. 123, 1968, pp. 582 ss. y Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950, pp. 13 ss.

<sup>3</sup> B. Kaller de Orchansky, “El régimen de los contratos en derecho internacional privado argentino”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XIX, n° 4, 1966, pp. 523-525, posición luego revertida por esta prestigiosa profesora, véase *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1991, pp. 348 ss.

<sup>4</sup> W. Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1990, n° 315 (La autonomía de las partes), pp. 287 y 291; véase el análisis que efectúa de la validez o nulidad del pacto o contrato de elección del derecho aplicable en caso de invocarse vicios de la voluntad, preguntándose si será aplicable el mismo derecho elegido o el que resultaría aplicable si las partes no hubiesen elegido otro, para concluir en que la doctrina dominante acompañaría la primera postura, pues sostiene que la elección oblicua o indirecta del derecho aplicable no se expone normalmente a reparos, a no ser que infrinja una obligación en cuyo caso constituiría un fraude a la ley.

<sup>5</sup> A. Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, t. II, 5° ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, pp. 172-192.

<sup>6</sup> M.E. Uzal, “Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional: con particular referencia al MERCOSUR”, *ED*, t. 179, p. 1184.

<sup>7</sup> Ver el desarrollo en el fallo “*Pablo Treviso S.A.F.A.C.I.M.I. y otros c. Banco Argentino de Comercio*” dictado por Boggiano como juez de 1° instancia el 31/08/1976, copiado en el t. II, pp. 174 y 373 ss. de su obra *Derecho Internacional Privado* (nota 5).

<sup>8</sup> Ver M.E. Uzal (nota 6), p. 1184.

<sup>9</sup> Ver A. Boggiano (nota 5), pp. 180-182.

<sup>10</sup> Cabe recordar que las normas de policía son aquellas normas del sistema de derecho internacional privado de un Estado que imponen a un caso o un aspecto de un caso multinacional la auto-elección del propio derecho para solucionarlo, excluyendo cualquier norma de conflicto o material, ello, por razones de orden social político o económico que ese Estado se halla especialmente interesado en tutelar; véase sobre el tema: *supra* punto II y A. Boggiano (nota 5), t. I, pp. 463-473 y t. II, pp. 188-192.

<sup>11</sup> M.E. Uzal (nota 6), p. 1184.

- <sup>12</sup> J. Carrascosa González, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 78 ss. y sus citas.
- <sup>13</sup> Ver O. Lando, “The conflict of laws of contracts”, *Recueil des Cours*, t. 189, p. 304; W. Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo perrot, 2011, n° 113.
- <sup>14</sup> M.E. Uzal (nota 6), p. 1184.
- <sup>15</sup> O. Lando (nota 13), pp. 314 ss.
- <sup>16</sup> M.E. Uzal (nota 6), p. 1184.
- <sup>17</sup> O. Lando (nota 13), pp. 305-306.
- <sup>18</sup> A. Boggiano (nota 5), t. II., pp.177 ss., con especial referencia al fallo “Zapata” (“*The Bremen et al. c. Zapata of Shore Co*”), 407 U.S.1, 1907, del 12/06/1972).
- <sup>19</sup> M.E. Uzal (nota 6), p. 1184.
- <sup>20</sup> En la elaboración de las ideas que exponemos hemos seguido de cerca los trabajos de I. Strenger, “La notion de *lex mercatoria*”, *Recueil des Cours*, t. II, 1991, pp. 333-350; O. Lando, “The *lex mercatoria* in International Commercial Arbitration”, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 34, 1985, pp. 747-753; P. Kahn, “Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques”, *Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec droit, 1992, pp. 97-107; M.E. Uzal (nota 6), p. 1184.
- <sup>21</sup> Ver las fuentes citadas en la nota 39.
- <sup>22</sup> P. Lagarde, “Approche critique à la *lex mercatoria*, en le droit des relations économiques internationales”, *Etudes offertes à Berthold Golman*, Paris, Litec droit, 1992, pp.125 ss.
- <sup>23</sup> I. Strenger (nota 20), pp. 342-343.
- <sup>24</sup> Véase sobre el debate en torno a la antítesis entre lugar de celebración y lugar del cumplimiento los fundamentos expresados por Story, en J. Story, *Comentario sobre el conflicto de las leyes* (traducción de la octava edición americana por Clodomiro Quiroga), t. I, Buenos Aires, Félix Lajouane, Editor, 1891, pp. 377, 386-388 y 389, donde funda la preferencia del primer punto de conexión para la prueba, formas intrínsecas y extrínsecas y solemnidades, autenticidad, fe, verdadera interpretación, bienes muebles; también, véase la p. 450, donde explica que cuando el contrato ha de ejecutarse en otro lugar, la regla general es de conformidad con la presunta intención de las partes de que el contrato, en cuanto a su validez, naturaleza, obligación e interpretación, ha de regirse por la ley del lugar de su ejecución., aunque luego, a pp. 456 ss. se expone sobre ejemplificaciones respecto de las dificultades en la aplicación de la regla.
- <sup>25</sup> Ver la evolución de la idea en H. Batiffol, *Les conflits des lois en matière de contrats*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1928, pp. 82-87.
- <sup>26</sup> Ver F. Schnitzer, “Les contrats internationaux en droit international privé suisse”, *Recueil des Cours*, 1968, vol. II, p. 545, y la jurisprudencia y antecedentes doctrinales en el derecho suizo; F. Vischer, “The antagonism between legal security and the search of justice in the field of contracts”, *Recueil des Cours*, 1974, pp. 62 ss.
- <sup>27</sup> F. Vischer (nota 26), p. 62.
- <sup>28</sup> A. Boggiano (nota 7), t. II, p. 194.
- <sup>29</sup> A. Boggiano (nota 7), t. II, pp. 194-195.
- <sup>30</sup> A. Boggiano (nota 7), t. II, pp. 193 ss.