

EL DERECHO NO ESTATAL EN LA CONTRATACIÓN LATINOAMERICANA ACTUAL (1)

Por José Antonio Moreno Rodríguez (2)

Introducción

Las nuevas regulaciones, cuando introducen cambios profundos, pierden efectividad si no van acompañadas de esfuerzos bien concebidos y sistemáticos con respecto al *aggiornamento* de la cultura jurídica misma. Si no son adecuadamente comprendidas, las nuevas normas pueden no aplicarse apropiadamente o, peor aún, no utilizarse del todo. Esto explica por qué las profundas reformas, que han cambiado dramáticamente el paisaje latinoamericano en tiempos recientes, no han sido consideradas, en general, desde el punto de vista de sus potenciales consecuencias, particularmente en relación a los contratos y la aplicabilidad a ellos del derecho no estatal, pues los académicos y la práctica jurídica en sí se encuentran todavía bien por detrás.

Esta contribución resaltará los cambios relevantes experimentados en la región a este respecto. Lecciones importantes pueden ser extraídas de la experiencia latinoamericana, y aquí se pondrá énfasis en dos aspectos: primero, que la aplicabilidad de derecho no estatal a los contratos se encuentra ampliamente

(1) Esta contribución fue originalmente escrita en inglés para el *Uniform Law Review*. La traducción al español fue hecha por el autor con ayuda de Adriana Sánchez Mussi.

(2) LL.M, Harvard, Secretario General de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado e integrante del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en materia de derecho aplicable a la contratación.

aceptada en la región a través de un amplio elenco de textos legales y convencionales, marcando una tendencia innegable. Y segundo que, en general, la comunidad jurídica de la región puede no estar plena o adecuadamente al tanto de las poderosas consecuencias de estos desarrollos normativos.

Textos convencionales y regionales latinoamericanos que aceptan el derecho no estatal

Muchas Constituciones de países latinoamericanos han sido reformadas o enmendadas en décadas recientes; varias aceptando principios internacionales relativos; por ejemplo, a derechos humanos (3), y hasta admitiendo un “orden supranacional” (4). Por lo demás, países en el área se han embarcado en esfuerzos integracionistas regionales, y aceptado la jurisdicción de tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (5), o el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), (6) y los cientos de tratados bilaterales de inversión ratificados a este respecto. Estos tribunales expresamente aceptan la aplicabilidad de principios internacionales o transnacionales, al punto que el Convenio de Washington —que crea el CIADI— es reconocido como el primero en su especie en usar la expresión “normas de derecho” (“*rules of law*”) (7), después adoptada por reglas de arbitraje, y por la

(3) Ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, en D. P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 2003, pp. 74-75, en particular en lo relacionado a Brasil, Argentina y Paraguay.

(4) La Constitución paraguaya es un ejemplo a este respecto, admitiendo expresamente en su Artículo 145 un “orden jurídico supranacional”.

(5) Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela (<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>)

(6) 157 Estados han firmado el convenio CIADI, de los cuales 147 han depositado los instrumentos en la forma correspondiente (<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English>)

(7) Hasta su inclusión en la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL, la expresión “Normas de Derecho” solo había sido utilizada en el Artículo 42 de la

misma ley modelo de arbitraje propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (conocida ampliamente por sus siglas en inglés UNCITRAL), de 1985 y ampliada en 2006.

A nivel regional, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), por ejemplo, da entidad al derecho no estatal en el propio Tratado de Asunción de 1991, que creó el bloque regional, cuando utiliza en su Anexo 2 los términos CIF y FOB, en clara alusión a los INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional(8), o cuando el Acuerdo Arbitral del MERCOSUR de 1998, ratificado por todos los miembros plenos del bloque (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) (9), reconoce en su Artículo 10 la aplicabilidad del “Derecho internacional privado y sus principios”, así como del “Derecho del comercio internacional”.

Los países del MERCOSUR y varios otros de América Latina han, a su vez, ratificado instrumentos de la Organización de los Estados Americanos

Convención de Washington de 1965 relativa a conflictos de inversión y leyes de arbitraje de Francia (Documento UNCITRAL N° A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1 – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V06/558/70/PDF/V0655870.pdf?OpenElement>).

(8) Esto fue señalado por Giménez Corte (CRISTIAN GIMÉNEZ CORTE, *Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el MERCOSUR*, Jurisprudencia Argentina, 2002 - Lexis N° 00021/000181), y por mí, en muchas contribuciones, como por ejemplo, J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Los contratos y La Haya ¿ancla al pasado o puente al futuro?”, en J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (coords.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, CEDEP / Thomson Reuters / La Ley Paraguaya, 2010, pp. 245-339; ver también <http://asadip.wordpress.com/2010/09/20/los-contratos-y-la-haya-ancla-al-pasado-o-puente-al-futuro/> (ultimo acceso: 31 de mayo de 2011), y J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Paraguay”, *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, C. Esplugues/ D. Hargain/ G. Palao, Moreno (coords.), Edisofer, Madrid, 2008, pp. 563-616.

(9) Decisión N° 3/98 del Consejo del Mercado Común, MERCOSUR.

(OEA), abiertos al derecho no estatal, como la Convención de Panamá de 1975 relativa a arbitraje (10).

De hecho, mucho se ha conseguido a favor de la modernización del Derecho internacional privado en las Américas con la OEA, a partir de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs) que, en siete ediciones a partir de mediados de la década del setenta del siglo pasado ha aprobado diversos textos, que fueron luego adoptados o inspiraron reformas en varios países con general positivo impacto (11). Por lo demás, como lo señala Jean Michel Arrighi, muchos de estos textos han, a su vez, ayudado a pavimentar el camino para soluciones adoptadas luego en otras regiones del mundo (12).

De particular importancia y fecundas consecuencias potenciales resulta el Artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Reglas Generales en Materia de Derecho Internacional Privado de 1979, que admite soluciones equitativas para alcanzar justicia en casos particulares, aun en desmedro de reglas contrarias de derechos nacionales potencialmente aplicables a la transacción (13).

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

(11) Vea D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado Interamericano, Evolución y Perspectivas*, Santa Fe, Rubinzal -Culzoni Editores, 2000, pp. 55-56.

(12) J-M. ARRIGHI, "El proceso actual de elaboración de normas Interamericanas", en *Jornadas de Derecho Internacional*, Córdoba, organizadas por la Universidad Nacional de Córdoba y el Departamento de Asuntos Legales de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 2001.

(13) El Artículo 9 de esta Convención establece: "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 cau-

Dicha fórmula fue reproducida en la Convención de México de 1994 (en adelante Convención de México), relativa al derecho aplicable a contratos internacionales (14). Este instrumento se inspiró en el Convenio de Roma de 1980 en

sadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”. Herbert y Fresnedo de Aguirre han señalado que el mencionado artículo se basa en las doctrinas estadounidenses de Currie (de los intereses gubernamentales) y Cavers (de soluciones equitativas), contrarias al sistema abstracto y automático vigente con anterioridad en América Latina. La adopción de estas doctrinas tiene el mérito de haber dejado abierto un amplio campo interpretativo para relajar el criterio, hasta entonces rígido, del continente. (ver C. FRESNEDO DE AGUIRRE / R. HERBERT, “Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano”, *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 57. Ver también R. HERBERT, “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *RUDIP*, año 1-Nº 1, pp. 89-90).

(14) Donde se establece, en su Artículo 10, lo siguiente: “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”.

la materia, aunque ahora aceptando expresamente la aplicabilidad del derecho no estatal (15), en contraste con su fuente (16).

A su vez, esta aceptación se ve reflejada, con ciertos ajustes, en leyes de Derecho internacional privado de México y Venezuela, y lo mismo ha ocurrido

(15) J. L. Siqueiros, "Reseña General sobre la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre el Derecho Internacional Privado, CIDIP-V", Cursos de Derecho Internacional, Serie Temática, Volumen I (Parte I): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Secretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General, Washington D.C., 2002, p. 516. La solución está establecida en el Artículo 10 transcrito más arriba. Además, el Artículo 9 establece: "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".

(16) Esta es la razón por la que Fernández Arroyo expresa que "algunos caminos van más allá de Roma", en una publicación en francés traducida al español (D. P. Fernández Arroyo, "La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada por a CIDIP-V", Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, N° 5933, 1995, pp. 820-824).

con un proyecto de reformas uruguayo en la materia –avalado por reconocidas figuras doctrinarias de ese país (17)–, abierto al derecho transnacional (18).

Sin embargo, a pesar de resultar bien recibida por académicos de círculos principales a nivel mundial (19), la Convención de México solo ha sido ratificada

(17) Como D. Opertti / C. Fresnedo de Aguirre, “El derecho comercial internacional en el Proyecto de Ley general de derecho internacional privado del Uruguay”, *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, J. Basedow / D. P. Fernández Arroyo, J. Moreno Rodríguez (coords.), Asunción, CEDEP, Thomson Reuters, *La Ley Paraguaya*, pp. 385-412. Ver M. J. Bonell “El Reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) – Es decir, una ocasión perdida”, *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, J. Basedow / D. P. Fernández Arroyo, J. Moreno Rodríguez (coords.), Asunción, CEDEP, Thomson Reuters, *La Ley Paraguaya*, pp. 209-218, en donde expresa que no hay dudas de que la referencia a los instrumentos de soft law, como fuente de los contratos comerciales internacionales, dan al proyecto de ley uruguayo un carácter moderno e innovador.

(18) Así, en sus Artículos 13 y 51, se puede acceder al contenido del proyecto de ley y a un breve comentario al respecto en C. FRESNEDO DE AGUIRRE / G. A. LORENZO IDIARTE, <http://asadip.wordpress.com> (último acceso: 25 de mayo de 2011).

(19) De hecho, las soluciones modernas ofrecidas por la Convención de México han sido aplaudidas. (ver R. HERBERT (nota 11), p. 45). Ver también el análisis incluido en el artículo de A. DREYZIN DE KLOR / T. SARACHO, *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, Buenos Aires, La Ley, 1995, considerándolo una reforma regulatoria importante. Asimismo, ver en J. TÁLICE, “La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el Derecho Internacional Privado Uruguayo”, *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Opertti Badán*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp. 560-561), para quien el texto merece ser ratificado o incorporado al derecho interno de los países por otros medios.

(19) Esto ha sido sostenido, por ejemplo, en la Resolución del Congreso XXIII (Quito 2004) del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Órgano Consultivo de la ONU, de acuerdo con la Resolución del Consejo Económico y Social de 1964 (<http://www.ihladi.org/RESOLUCIONES.html>) (Último acceso: 25 de mayo de 2011).

por México y Venezuela, en contraste con otros instrumentos continentales que han encontrado amplia recepción.

Hernández-Bretón expresa su convencimiento de que la falta de ratificación se debe a la deficiente información en cuanto a su contenido y en cuanto a las modalidades bajo las cuales las soluciones de esta convención podrían ser recibidas en los países del continente (20). Adviértase que, como es bien sabido, algunas cuestiones quedaron a medio camino, con “soluciones de compromiso”, en las negociaciones para la elaboración de la Convención de México; de allí que, en vez de ratificarla (o a la par de hacerlo), se podrían incorporar sus principales avances a eventuales leyes o textos regionales de Derecho internacional privado –como los del MERCOSUR– que se dicten en materia de contratación. Y, llegado el caso, mejorando sus disposiciones en los temas que así lo ameriten como, por ejemplo, en lo que respecta a algunas dudas que genera el instrumento interamericano ...” (21).

(20) E. Hernández-Bretón, “La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina”, en *DeCITA*, derecho del comercio internacional, temas y actualidades, Asunción, CEDEP, 2008, 9, p. 170. En cuanto a los mecanismos de recepción, más allá de la ratificación del tratado, podría recurrirse a la “incorporación por referencia”, como lo hizo Uruguay cuando en una ley adoptó las reglas de interpretación de diversos artículos del Tratado de Derecho Civil de Montevideo. O directamente podría apelarse a la “incorporación material”, que supone la transcripción íntegra del tratado en un texto legislativo interno. Venezuela aun fue por otro camino: incorporó los principios informadores de la Convención de México en su Ley de Derecho Internacional Privado de 1998, con lo que ellos tienen aplicación residual. Vale decir, no se copió literalmente el instrumento convencional, sino que se lo tomó como base para la regulación interna en materia de contratos internacionales. A la vez, las disposiciones no incorporadas textualmente, o recogidas en sus principios, se servirán del contenido íntegro de los demás preceptos de la Convención de México a fin de interpretar su sentido o complementar a las reglas recogidas en la legislación autónoma (HERNÁNDEZ-BRETÓN, pp. 185-187).

(21) Así lo expresamos con Mercedes Albornoz en J. A. MORENO RODRÍGUEZ Y M. ALBORNOZ, *Reflexiones emergentes de la Convención de México*

Puede especularse –y mucho– en por qué el instrumento interamericano no fue ratificado por más países, y es innegable que algo ha salido mal aquí, pero desafía el sentido común atribuir esto a su apertura hacia el derecho transnacional, considerando todos los desarrollos mencionados arriba y otros avances significativos en la región impulsados por el arbitraje, como será abordado más abajo. Salvo, por supuesto, que el problema sea que el *establishment* jurídico no esté apropiadamente al tanto de las consecuencias de estos logros, que deberían llevar naturalmente a la ratificación de la Convención de México, en la misma senda.

La Convención de Viena y “principios internacionales” de derecho contractual en Latinoamérica

La implementación de la Convención de las Naciones Unidas relativa a contratos de compraventa de mercaderías (en adelante CISG, según sus siglas en inglés), ratificada por varios países latinoamericanos (22), conlleva desarrollos que traen otro ejemplo de cómo principios y estándares internacionales –es decir, derecho no estatal– están ganando aceptación en la zona.

En México, por ejemplo, la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (COMPRMEX según sus siglas en español), en *Seoul International Co. Ltd, and Seoulia Confectionery Co. v. Dulces Luisi, S.A. de C.V.* (1998), expresó que el deber de buena fe y lealtad comercial constituye un pilar del comercio internacional, y que, como tal, debería prevalecer sobre provisiones particulares del derecho mexicano. Al resolver el caso, la comisión decidió aplicar no solo la CISG, sino también, en general, los usos comerciales y las prácticas internacionalmente aceptados, en pos de la justicia y equidad en el caso específico(23).

para la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional, Revista Electrónica El Dial, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, número 58, marzo de 2011.

(22) Ratificado por Argentina, Chile, Colombia, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Honduras, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela - ver http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html. Último acceso: 3 de junio de 2011.

(23) Vea <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg>.

Recientemente, dos importantes decisiones colombianas han mostrado una evidente apertura hacia principios internacionales de derecho contractual. En un caso de 2010, sobre la inconstitucionalidad argüida contra el Artículo 1616 del Código Civil Colombiano que limita el otorgamiento de los daños a los que fueran previsibles, la Corte Constitucional consideró que la regla era razonable –y que por tanto debería mantenerse– de acuerdo con estándares internacionales establecidos en la CISG y en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante Principios UNIDROIT) (24). En otro caso, también del 2010, la Corte Suprema se basó en el Artículo 77 de la CISG relativo al deber de mitigar daños, considerándolo como una evidente expresión de un principio internacional relativo a contratos, y extendiéndolo a un caso en que una ley nacional colombiana era aplicable (25).

En Brasil, una clara explicación teórica de cómo y por qué el derecho no estatal o principios internacionales, como los de UNIDROIT, deberían permear el sistema doméstico contractual brasileño, puede ser encontrado en el excelente libro escrito por el reconocido jurista brasileño Lauro Gama Jr. (26) De hecho, según este autor, el derecho brasileño abiertamente admite, en el contexto arbitral, la amplia aplicabilidad de la *lex mercatoria*, principios generales del derecho o Principios UNIDROIT (27). Como se verá en los párrafos siguientes, esto de hecho está ocurriendo en la práctica latinoamericana.

Derecho no estatal y el arbitraje en Latinoamérica

La Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales ha sido ampliamente ratificada por países de Latinoamérica, lo cual

(24) Sentencia C-1008 (Expediente N° D-8146). Ver <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg>.

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

(26) L. GAMA JR., *Contratos Internacionais a luz dos Principios do UNIDROIT 2004*, Río de Janeiro y otras, Editora Renovar, 2006.

(27) L. GAMA JR., 444

—conforme a lo expresado por el Instituto de Derecho Internacional en su Declaración de El Cairo (28), y según surge de la práctica arbitral (29)—, implica la admisión del derecho no estatal, desde el momento en que el reconocimiento de laudos arbitrales no puede ser denegado solo en la base a que los tribunales esgrimieron los argumentos de su decisión basándose en él.

No solo este y otros instrumentos convencionales, mencionados arriba, han sido adoptados por países latinoamericanos, sino también, a partir de 1993 con la experiencia mexicana, una oleada reformista se ha expandido a la región, y muchos otros países como Colombia, Chile, Panamá, Perú, Venezuela, Paraguay y Brasil han hecho lo propio (30). Todo ello con las notables excepciones de Argentina y Uruguay, aunque estos dos países se adhirieron a la Convención de Nueva York (31) y otros instrumentos como la Convención de Panamá de

(28) La Declaración establece: “El hecho de que un árbitro internacional haya sustentado un laudo en normas transnacionales (principios generales del derecho, principios comunes a muchos derechos, derecho internacional, usos del comercio y expresiones análogas), en vez del derecho de un Estado determinado, no debería, por sí mismo, afectar la validez o el carácter ejecutorio del laudo, cuando las partes acordaron que el árbitro aplicaría normas transnacionales, o cuando las partes guardaron silencio respecto al derecho aplicable”.

(29) Vea J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Los contratos y la Haya” (supra).

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

(31) Ratificado por los siguientes países: Argentina (1989); Bolivia (1995); Brasil (2002); Chile (1975); Colombia (1979); Costa Rica (1988); Cuba (1975); República Dominicana (2002); Ecuador (1962); El Salvador (1998); Guatemala (1984); Honduras (2001); México (1971); Nicaragua (2003); Panamá (1985); Paraguay (1998); Perú (1988); Uruguay (1983); Venezuela (1995). Información disponible en www.uncitral.org (último acceso: 25 mayo de 2011).

1975(32), y los acuerdos de Arbitraje del MERCOSUR, todos abiertos hacia el derecho transnacional.

Las reformas se basan en la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL, y muchos países han dado un paso más, no solo introduciendo cambios en base a este instrumento propuesto para arbitrajes internacionales, sino también haciendo extensivas sus reglas a arbitrajes locales también (33).

(32) Ratificado por los siguientes países: Argentina (1994); Bolivia (1998); Brasil (1995); Chile (1976); Colombia (1986); Costa Rica (1978); República Dominicana (2008); Ecuador (1991); El Salvador (1980); Guatemala (1986); Honduras (1979); México (1978); Nicaragua (2003); Panamá (1975); Paraguay (1976); Perú (1989); Uruguay (1977) y Venezuela (1985). Información disponible en <http://www.oas.org> (último acceso: 25 de mayo de 2011).

(33) En un análisis comparativo, Conejero advierte que existe una tendencia general en unificar la regulación de ambos arbitrajes, nacional y doméstico y el arbitraje internacional. Tal es el caso de Argentina (Sección 1 del Código Procesal Civil y Comercial), Bolivia (Títulos I y II de la Ley 1770), Brasil (Art. 34 de la Ley 9307/1996), Costa Rica (Ley 7727, que no contempla un criterio internacional), República Dominicana (Art. 1 de la Ley 489-08), El Salvador (Art. 3 del Decreto 914), Guatemala (Art. 1 del Decreto 67-95), Honduras (Art. 27 del Decreto 161-2000), México (Título IV del Libro V del Código de Comercio), Nicaragua (Art. 22 de la Ley 540), Panamá (Ley 5), Paraguay (Art. 1 de la Ley 1879), Perú (Art. 13.7 del Decreto 107), Portugal (Art. 37 de la Ley 31/1986), España (Art. 3 de la Ley 60/2003), y Venezuela (Art. 11 de la Ley de Arbitraje Comercial, donde no se hace distinción entre arbitraje doméstico e internacional). Los países que han elegido el sistema dual son: Chile (Art. 1 de la Ley 19.971), Colombia (Art. 2 de la Ley 350), Cuba (Art. 9 del Decreto Ley 250), Ecuador (Art. 42 de la Ley 145) y el proyecto de ley de Uruguay. En el caso de Uruguay, a pesar de que hasta el momento no cuenta con una ley específica en arbitraje, las reglas vigentes en el derecho interno no son aplicables para el ámbito internacional. (C. CONEJERO ROOS, "El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Un Panorama General", C. Conejero Roos et alia (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial*, España, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, 2009, p. 68).

Este importante desarrollo, descrito como una “real revolución” o “notable evolución” (34), puede derivar en interesantes consecuencias, en el sentido de que muchas de estas leyes no solo reconocen el derecho no estatal en sintonía con en el Artículo 28 de la ley modelo de UNCITRAL, sino además, al mantener esta solución, la vuelven extensiva a los arbitrajes locales también. Como es bien sabido, el Artículo 28 de la ley modelo acepta la aplicabilidad del derecho no estatal cuando lo adoptan las partes mediante el uso de la expresión “normas de derecho”(35), la que se entiende como comprendiendo la *lex mercatoria* o el derecho transnacional (36).

(34) Ver referencias y análisis del problema en J. BOSCO LEE, *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do MERCOSUL*, 1ª. Ed, 3ª tir. Curitiba, Ju-ruá, 2004, pp. 178-181.

(35) El comentario al Artículo 28 de la Ley Modelo de UNCITRAL establece que cuando se haga referencia a la elección de “las normas de derecho” y no a la “ley”, la Ley Modelo concede a las partes un espectro más amplio de opciones relativas a la aplicación del derecho sustantivo, desde que pueden, por ejemplo, acordar elegir normas de derecho desarrolladas por una organización internacional, aunque estas aún no hayan sido incorporadas a ningún sistema jurídico nacional. Ver también documentos relacionados al Artículo 35 de las nuevas Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, redactados siguiendo la misma línea. (A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1; A/CN.9/WG.II/WP.149; y A/CN.9/641, para. 107).

(36) A este respecto, tanto el comentario oficial inglés como el texto explicativo holandés de las leyes de arbitraje de estos países mencionan que la *lex mercatoria* queda comprendida en la expresión “normas de derecho”. Las notas explicativas del proyecto inglés de 1985, redactadas por un comité asesor de arbitraje, señalaron que esta sección se aplica al Art. 28 de la Ley Modelo. (Department of Trade and Industry, Consultative Paper, Sections 1 and 2: Draft Clauses of an Arbitration Bill, p. 38). (Notas, Art. 1:101 PECL, comentario 3, a). El texto en inglés puede encontrarse en: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm. El texto explicativo holandés (Documento N° 18464) puede encontrarse en F. DE LY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Elsevier Science Publishers B.V., 1992, p. 250. A su vez, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos señalan en las notas al Artículo 1:101 (comentario 3, a), que la expresión “normas

Por lo demás, el Artículo 28(4) de la ley modelo dispone que deberán ser tenidos en cuenta, en todos los casos, los términos y las condiciones del contrato y los usos y las prácticas aplicables a la transacción. Como resulta ampliamente aceptado, la aplicación de esta regla no depende de la voluntad de las partes, sino prevalece por sobre lo que determinen las reglas de conflicto, lo que eventualmente deriva en la *lex mercatoria* o el derecho transnacional, al menos en lo que respecta a la aplicación de sus principios fundamentales al caso en particular. Esto fue reconocido por un tribunal arbitral con asiento en Costa Rica (37) y por un tribunal arbitral argentino. Este último, a pesar de que ambas partes habían designado el derecho argentino como aplicable, recurrió a los Principios UNIDROIT como usos y prácticas comerciales internacionalmente aceptables reflejando las soluciones de diferentes sistemas jurídicos y la práctica contractual internacional, por lo que, de acuerdo al Artículo 28(4) de la ley modelo de arbitraje de UNCTRAL, deberían prevalecer sobre cualquier derecho doméstico (38).

Cabe resaltar que “de manera sorprendente para su época y sobrepasando la propuesta de la Ley Modelo”, –como fue descrito– la ley de arbitraje de Panamá, que también extiende sus provisiones al arbitraje doméstico, expresa en su

de derecho” del Artículo 28(1) de la ley modelo indica que las partes pueden elegir la *lex mercatoria* para regir sus contratos. El nuevo Artículo 1511 del Código Procesal Civil francés también hace referencia a las normas de derecho, y el informe oficial explicativo enfatiza que el Artículo 1511, y otros artículos relacionados, reconocen un orden legal autónomo en el arbitraje internacional. Esto, evidentemente, tiene consecuencias convenientes en favor de la aplicabilidad del derecho transnacional.

(37) Se ha expresado allí que no solo las leyes y la jurisprudencia nacionales son aplicables a este caso, sino también regulaciones del comercio internacional que son esencialmente conformadas por los principios y usos generalmente admitidos en el comercio, y que esto permite al Tribunal recurrir a dichas normas como lo ha estado haciendo la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en casos similares (Se hace referencia a los Laudos 8908 de 1996 y 8873 de 1997; Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje, vol. 10/2-Fall-1999, p. 78 ss.) (Arbitraje Ad Hoc en Costa Rica, 30.04.2001, citado en www.unilex.info).

(38) Laudo de Arbitraje Ad Hoc del 10.12.1997, citado en www.unilex.info.

Artículo 27 que el tribunal tendrá en cuenta el contrato, los usos y prácticas comerciales “y los Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales (39). Como consecuencia, un tribunal arbitral con sede en Panamá invocó los Artículos 7.4.2 y 7.4.3 de los Principios UNIDROIT relativos a daños en un arbitraje *ex aequo et bono*, considerando que dicho Artículo 27 de la ley de arbitraje panameña —de acuerdo a los árbitros—, “ordena al tribunal” a tomarlos en cuenta(40).

Tribunales arbitrales con sede en otros países latinoamericanos también se valieron del derecho no estatal o de los Principios UNIDROIT, por ejemplo, en el caso de dos laudos dictados en Costa Rica, uno de ellos refiriéndose a su Artículo 7.4.8 relativo a “mitigación de daños” (41) y el otro expresamente señalando que los Principios UNIDROIT son “el componente principal de las reglas y los principios generales regulando las obligaciones contractuales internacionales y gozando de un amplio consenso internacional” (42). A su vez, un tribunal arbitral con asiento en Colombia decidió aplicar derecho colombiano “como también las provisiones del contrato y los usos Comerciales y prácticas relevantes de acuerdo con el Artículo 17.2 de las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, refiriéndose repetidamente a los Principios de UNIDROIT, en particular, tanto a las reglas como a los comentarios relativos a los Artículos 5.3, 1.7, 7.4.3, 7.4.8 y 7.4.4” (43). Además, en Brasil, los Principios UNIDROIT fueron invocados en favor de los argumentos basados en el derecho brasileño en dos

(39) K. GONZÁLEZ ARROCHA / L. SÁNCHEZ ORTEGA, “Arbitraje Comercial Internacional en Panamá: Marco Legal Jurisprudencial”, en C. Conejero Roos y otros (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial*, p. 554.

(40) Laudo arbitral del 24.02.2001, Tribunal Arbitral de la ciudad de Panamá, citado en www.unilex.info.

(41) Laudo arbitral del 29.07.2002, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, citado en www.unilex.info.

(42) Arbitraje Ad Hoc en Costa Rica, 30.04.2001, citado en www.unilex.info.

(43) ICC Corte Internacional de Arbitraje, Barranquilla, Colombia, 00.12.2000, citado en www.unilex.info.

casos relativos a *hardship* (44); y en Argentina, un tribunal arbitral en un caso ya referido más arriba los hizo prevalecer sobre el derecho aplicable argentino, al sostener que ellos constituyen usos y costumbres internacionales y prácticas que deberían prevalecer sobre cualquier derecho doméstico (45).

Las referencias a los Principios UNIDROIT no se limitan a los tribunales arbitrales. En Venezuela, la Corte Suprema, en apoyo de la interpretación amplia del concepto de contratos internacionales, se refirió, *inter alia*, al preámbulo, comentario 1 de los referidos principios (46). Una referencia puede también ser encontrada en una decisión de la Cámara Argentina de Apelaciones en lo comercial, la que, entre otros argumentos, se refiere al Artículo 2.1.4 de los Principios UNIDROIT para determinar cuestiones relativas a la precisión de la oferta (47).

Aunque estos desarrollos no pueden ser ignorados, uno podría argüir que, en la práctica, no se tiene noticia de muchos asuntos litigiosos en la región en que se aplica el derecho no estatal, directamente o con el objetivo de interpretar provisiones del derecho nacional; a lo que uno podría responder que los sistemas de reporte de casos en países latinoamericanos son, en general muy primitivos e inadecuados, lo que matiza tal aserción. A ello debe sumarse el hecho de que la confidencialidad, que normalmente acompaña a los arbitrajes, deriva en que muchos laudos jamás salen a la luz pública, por lo que resulta muy difícil hacer un diagnóstico de si se encuentra extendido o no el recurso al derecho no estatal en las contiendas resueltas en la región por esta vía.

Como sea, el hecho es que el continente ha incorporado numerosas convenciones y leyes aceptando el derecho no estatal, y que el resultado de estos desarrollos queda aún por verse, particularmente una vez —cuando ocurriera— que la cultura jurídica en general esté en sintonía con la evolución que se está llevando

(44) Laudo de arbitraje Ad Hoc del 21.12.2005 y laudo arbitral del 09.02.2009, N° 1/2008, de la Cámara FGV de Conciliación y Arbitraje (San Pablo, Brasil), en Delta Comercializadora de Energía Ltda. v. AES Infoenergy Ltda.

(45) Laudo de arbitraje Ad Hoc del 10.12.1997.

(46) 09.10.1997, Bottling Companies v. Pepsi Cola Panamericana, citado en www.unilex.info.

(47) “Benítez, Elsa Beatriz” contra “Citibank N.A.”, Cámara de Apelación en lo Comercial en y para la ciudad de Buenos Aires, Sala B, Caso N° 80.808. 10.06.2004, citado en www.unilex.info.

a cabo a nivel regulatorio. Cabe reconocer, sin embargo, que el pensamiento jurídico latinoamericano en su conjunto debe aún evolucionar bastante para que exista una adecuada toma de conciencia de todo lo que esto significa en lo relativo a la admisión del derecho no estatal y sus consecuencias.

Conclusión

En suma, los países latinoamericanos generalmente adoptaron numerosas convenciones aceptando el derecho no estatal e incluso el juzgamiento de tribunales supranacionales que los aplican. El instrumento regional relativo al derecho aplicable al contrato internacional, cual es la Convención de México, se encuentra claramente orientado en esta dirección, y su escasa ratificación no puede opacar el hecho de que otros textos convencionales, abiertos al derecho no estatal, han sido masivamente adoptados en la región; a lo que debe sumarse los desarrollos generados en bloques regionales como el MERCOSUR y, último pero no menos importante, la masiva adopción de leyes de arbitraje en el continente que expresamente aceptan la aplicación del derecho no estatal —lo que ya fue reconocido incluso en la práctica arbitral— y hasta extendiéndolo, en algunos casos, al derecho doméstico.

La progresiva consolidación en el pensamiento y en la práctica jurídica regional de esta tendencia regulatoria, no hará sino coadyuvar a las partes en la atención de sus expectativas, como así también a la comunidad comercial internacional en su conjunto, viviendo hoy en un mundo pluralista bajo una innegable coexistencia de derecho estatal y no estatal, lo cual, de modo alguno, puede ser soslayado o minimizado.

