

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL EN LATINOAMERICA

Delia Revoredo de Mur
Profesora de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica del Perú

Estando el contrato internacional vinculado a varios países, surge el problema de determinar qué legislación debe regularlo.

Por otra parte, ciertos contratos están sujetos a una jurisdicción estatal, mientras que otros están sometidos a un arbitraje internacional. Por lo tanto, tiene que considerarse si la ley aplicable es la misma para ambos casos.

Siguiendo el esquema del autor uruguayo Quintín Alfonsín, en teoría, el régimen internacional de los contratos internacionales puede quedar establecido de varios modos:

1. A través de una **norma de conflicto** que señale el Derecho sustantivo **nacional** aplicable al contrato, utilizando diversos criterios vinculatorios con los países, tales como la celebración del contrato, o la ejecución del mismo, en cuyos casos será el Derecho del país donde se celebró el contrato o donde éste se ejecutó, el aplicable.

La norma de Derecho Internacional Privado puede estar contenida en un Derecho nacional estatal (punto 1.1 de este trabajo) o en un tratado multinacional (punto 1.2).

Debemos considerar, al lado de la posición mencionada, una que, regulando el contrato igualmente con un Derecho **nacional**, resulta distinta: la teoría de la autonomía de la voluntad que, de permitir a las partes elegir un Derecho **nacional** completamente ajeno al contrato para que lo regule, hace innecesaria la norma de conflicto que sirve para asignar al contrato una ley determinada por el legislador.

La globalizada economía mundial y la cada vez más frecuente celebración de contratos privados internacionales plantean a los distintos gobiernos una nueva disyuntiva: brindar plena autonomía a las partes contratantes para determinar la jurisdicción y la legislación aplicable o, por el contrario, establecer un marco normativo en el que las partes puedan desarrollarse con una libertad limitada.

En el ámbito de esta disyuntiva, el presente artículo pretende afirmar la importancia de reconocer a los agentes privados plena libertad para determinar la normativa y jurisdicción aplicables, postura ésta que acertadamente es reconocida en el Código Civil peruano de 1984.

Para ello, luego de hacer un análisis de los factores de conexión en la legislación comparada y en los Tratados Internacionales vigentes, vuelve al tema de la libertad y voluntad humana para concluir que la autonomía de las partes debe ser reconocida con la misma intensidad a los ciudadanos de los distintos Estados.

Debe pues, ante todo, averiguarse si las partes que celebran un contrato pueden elegir o no la ley que debe regularlo. Analizamos esta posibilidad a lo largo de todo el trabajo, ya que se trata de la autonomía de la voluntad en la elección de la ley.

Si la ley del contrato no puede ser o no ha sido elegida por las partes deberá ser señalada por el Derecho Internacional Privado.

2. El segundo método consiste en solucionar el problema contractual internacional por medio de un **régimen jurídico sustantivo** de fuente supranacional, elaborado, admitido o propuesto por los países especialmente para solucionar el fondo de los problemas contractuales internacionales entre particulares. Puede funcionar a través de **leyes uniformes** o de **leyes modelos** adoptadas por los Estados, o por el reconocimiento estatal de la *lex mercatoria*. (punto 2 de este trabajo).

3. Hay otra cuestión importante por dilucidar. En el panorama actual, ¿quién decide el método, entre los anteriormente expuestos, que debe utilizarse para asignar al contrato internacional la regulación jurídica que resulte universalmente «ejecutable»? ¿Cada Estado, o las partes del contrato, o una Convención de los Estados?

La posición clásica responderá que es el «juez competente» quien debe decidir, conforme a su propio orden jurídico (incluyendo su Derecho Internacional Privado).

Y, entonces, ¿pueden las partes elegir al juez? Sí, dirán los clásicos, porque el juez seguirá sus propias normas de conflicto para ubicar la ley del contrato.

Modernamente, en cambio, podemos escuchar otras voces: las partes mismas, por sí solas, pueden decidir el método y **pueden elegir al juzgador**, que se llamará árbitro, e indicar a éste o dejar a su criterio las normas de Derecho aplicables al contrato, sean normas de un Derecho sustantivo nacional, sean de una ley uniforme o sea a través de normas de conflicto de algún tratado regional, o de normas de conflicto de un país particular.

Pueden más: pueden diseñar especialmente las reglas de Derecho que mejor convengan y mejor se ajusten a sus intereses, vale decir, pueden crear un nuevo Derecho diseñado exclusivamente para su relación contractual y también pueden delegar estas facultades en manos del juzgador o árbitro elegido por ellas.

El contrato internacional sometido a arbitraje adquiere, entonces, verdadera y total autonomía frente a jurisdicciones y leyes estatales, adquiere un carácter auténticamente «supranacional», regulado tan sólo por la voluntad de las partes. Tal consentimiento se muestra eficiente y eficaz y con el tiempo configurará reglas no escritas en la comunidad comercial y plasmadas en usos y costumbres consagrados por la práctica del comercio internacional y del arbitraje (punto 3 de este trabajo: Autonomía de la Voluntad en el Arbitraje Internacional Latinoamericano).

Todo funciona satisfactoriamente hasta el momento de ejecutar la decisión de los árbitros en algún «Estado soberano». Como soberano que es, dicho Estado podrá negarse a reconocer legitimidad -ausencia de fuente legal- a la jurisdicción arbitral, al Derecho seleccionado o creado por las partes en razón de sus intereses y al laudo resultante. Así, la eficacia y ejecutabilidad del laudo arbitral puede caer en riesgo.

De ahí la importancia del **Derecho Convencional Arbitral**: los Estados admiten y regulan la jurisdicción arbitral y establecen **sus límites**, comprometiéndose a reconocer y ejecutar en sus territorios, los laudos resultantes ajustados a la Convención Multinacional de la que son partes (punto 3.1: Textos Convencionales).

Quedan por resolver ciertos asuntos, entre ellos, la incongruencia de que respecto a un mismo contrato internacional las partes pudiesen elegir libérrimamente el Derecho aplicable si lo someten a arbitraje, pero quedasen atadas a determinado Derecho si el contrato se ventilara ante tribunales judiciales (punto 3.2: Panorama Actual y Consideraciones Doctrinarias).

1. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LA LEY APLICABLE EN LAS NORMAS DE CONFLICTO CONTRACTUALES LATINOAMERICANAS

1.1. Reglas de conflicto nacionales (no convencionales)

Revisaremos brevemente varias legislaciones latinoamericanas sobre la ley aplicable a los contratos y a la amplitud de libertad que conceden a los particulares para elegir la ley del contrato.

- El artículo 2399 del Código Civil uruguayo regula la existencia, validez y efectos del acto jurídico por la ley del lugar de su **cumplimiento**. El artículo 2403 del mismo texto legal señala que las reglas de competencia legislativa y judicial determina-

das en ese título «**no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes**. Estas sólo podrán actuar dentro del margen que les confiera la ley competente».

El profesor Antonio Boggiano, comentando el artículo, expresa sin embargo que se está produciendo una derogación o «erosión» del artículo 2403: «La práctica internacional es importante [...] Uruguay participó en la Conferencia Diplomática de La Haya de 1985 y en esa Conferencia [...] el Uruguay **aceptó el principio de la autonomía de la voluntad**»¹.

- El artículo 113 del Código de Comercio chileno también impone la ley del lugar del **cumplimiento**, si éste se realiza en Chile.

- El artículo 17 del Código Civil de Cuba, sancionado en 1987, dispone: «**A falta de sumisión** expresa o tácita de las partes, las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de **ejecución del contrato**».

- El Código Civil de Panamá prescribe en su artículo 6 que los efectos de los contratos otorgados en país extranjero para **cumplirse** en Panamá, se arreglarán según las leyes panameñas.

- El Código de Comercio panameño en su artículo 6, apartado 1, regula la esencia y los efectos mediatos o inmediatos de las obligaciones derivadas de actos de comercio por las leyes del lugar donde se **celebren, salvo pacto en contrario**. El artículo 194 aclara que subsidiariamente rige, en materia de contratación mercantil, **los usos del comercio** generalmente observados en cada plaza.

- El artículo 116 del Código de Comercio venezolano establece que: «Todos los actos concernientes a la **ejecución** de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplidos en Venezuela, serán regidos por la ley venezolana, a **menos que las partes hubieren acordado otra cosa**».

- En El Salvador, el artículo 16 del Código Civil regula los contratos sobre bienes situados en la República otorgados en «país extraño» que deban **cumplirse** en El Salvador, por las leyes salvadoreñas.

- De igual manera reza el artículo 15 del Código ecuatoriano y el artículo 20 del Código Civil colombiano.

- Para Costa Rica, el contrato internacional **celebrado** o por **ejecutarse** en ese país, se rige por la ley costarricense (artículo 23 del Código Civil) y la interpretación del contrato se rige por la ley del lugar de celebración (artículo 27 del Código Civil).

- En Argentina, la regla parece ser que todo contrato celebrado en un lugar para ser cumplido en otro, se rige por la ley del lugar del **cumplimiento** (artículos 1210, 1205 y 1209 del Código Civil).

Varios países latinoamericanos que han ratificado el Código de Bustamante de 1928, han incorporado las disposiciones de éste a su Derecho nacional. Esto significa que regulan el contrato, en principio, por la ley del lugar de **cumplimiento**.

- Los artículos 2095 y 2096 del Código Civil peruano de 1984 consagran en cambio, de manera clara, una amplia autonomía de la voluntad de las partes en el contrato internacional:

«Artículo 2095.- Las obligaciones contractuales se rigen por la ley **expresamente elegida por las partes** y, en su defecto, por la ley del lugar de su **cumplimiento**. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de la celebración.

Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración».

«Artículo 2096.- La ley competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2095, determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes».

En conclusión, la mayoría de los países latinoamericanos en sus normas de conflicto unilaterales o no convencionales prefieren imponerles a los contratantes internacionales una ley determinada: la del lugar del cumplimiento del contrato y en menor número, la ley del lugar de celebración. Son muy pocos los que acogen el principio de la autonomía de la voluntad en el texto de sus normas de Derecho Internacional Privado. El principio encuentra mayor acogida en los Tratados latinoamericanos de Derecho Internacional Privado y en los Convenios sobre Arbitraje Comercial, como veremos más adelante.

¹ BOGGIANO, Antonio. *Estudio sobre los Contratos Internacionales requerido por la OEA*, 1988. p. 19

1.2. Normas de conflicto convencionales

Veamos someramente lo señalado en los acuerdos internacionales más importantes de Latinoamérica sobre la ley aplicable a los contratos internacionales.

1.2.1. Tratado de Lima

El Tratado de Lima de 1878² reguló las obligaciones contractuales por la **ley del lugar de su celebración**, pero si se tenían que cumplir en la República, se sujetarían a la ley de ésta (artículo 4). Lamentablemente la guerra entre el Perú y Chile impidió la suscripción del tratado por un número significativo de delegados estatales.

1.2.2. Tratado de Montevideo de 1889

El Tratado de Montevideo de 1889³ ordenaba regular las obligaciones contractuales por la **ley del lugar donde los contratos deben cumplirse** (artículo 33). El texto parece negar a las partes la selección de la ley aplicable al contrato, y más bien, parece imponerles necesariamente la ley del lugar de cumplimiento.

Sin embargo, de las Actas del Congreso de Montevideo puede inferirse que los delegados de los países americanos tuvieron la intención de conceder a las partes contratantes una amplia autonomía de voluntad, entendiendo por ésta la facultad de elegir libremente la ley o el Derecho regulador de su contrato⁴.

Debemos anotar que no todos los países que ratificaron Montevideo entendieron así, en su práctica jurisprudencial, el artículo 33 del Tratado de Montevideo de 1889.

El Perú, por ejemplo, consideró que la norma del Tratado no tenía carácter subsidiario a la voluntad de las partes, pues ella misma no lo indicaba así en su texto.

1.2.3. Tratado de La Habana

El Código de Bustamante de 1928 o Tratado de La Habana⁵ reguló los contratos internacionales por

la **ley personal común de los contratantes** y en su defecto por la **del lugar de celebración** (artículos 185 y 186).

«Artículo 185.- Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en adelante se consignen para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara».

«Artículo 186.- En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior, se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración».

El texto del articulado parece igualmente imponer a los contratantes una ley determinada o determinable: la personal común, y en su defecto, la del lugar de celebración. Sin embargo, don Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, autor del proyecto, explicaba que su obra reconocía a las partes contratantes la libertad para elegir la ley de su contrato internacional. Pese a ello, jurisprudencia y doctrina latinoamericanas no interpretaron siempre así los artículos 185 y 186 del Tratado de la Habana.

1.2.4. Tratado de Montevideo de 1940

El artículo 5 del «Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940» expresa textualmente que «la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida que lo autorice dicha ley».

Concede, entonces, autonomía de voluntad a las partes sólo en caso que también se las conceda el Derecho señalado como aplicable por el Tratado. Es decir, y a modo de ejemplo, si el Derecho señalado por el Tratado es el peruano, las partes pueden elegir la ley del contrato pues el artículo 2095 del Código Civil Peruano les permite dicha elección.

1.2.5. Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, La Haya, 1986

Ya en 1985, varios países latinoamericanos partici-

² Ratificado por Perú, Guatemala y Uruguay.

³ Ratificado por Argentina, Bolivia, Perú, Paraguay, Colombia y Uruguay.

⁴ BOGGIANO, Antonio. *Estudio sobre los Contratos Internacionales requerido por la OEA*, 1988, p.19

⁵ Ratificado por Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

paron en la revisión de la Convención de La Haya de 1964 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, entre ellos Argentina, Chile, Colombia, Méjico, Uruguay, Venezuela y Perú. En las sesiones de la Comisión Especial se discutió y aprobó el principio de la autonomía de la voluntad, con la participación de estos países.

En la Conferencia de La Haya de 1985 estuvieron representados varios países latinoamericanos, a saber, Argentina, Chile, Honduras, Méjico, Uruguay y Venezuela. La Conferencia aceptó el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, plasmado en el artículo 7 de la Convención de 1986 que dice textualmente:

«Artículo 7.-

1. El contrato de compraventa se regirá por **la ley que elijan las partes**. El acuerdo de las partes al respecto deberá ser expreso o quedar de manifiesto en el contrato y la conducta de las partes en su conjunto. La elección podría limitarse a una parte del contrato.

2. En cualquier momento, las partes podrían acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a una ley distinta de aquella por la que se regía anteriormente, haya sido o no elegida por las partes. El cambio de la ley aplicable que acuerdan las partes una vez concertado el contrato no obstará a la validez formal de éste ni a los derechos de terceros.»

Como se ve, admite claramente tanto la elección expresa por las partes del Derecho aplicable, como la elección tácita, y es potestativo de las partes regular todo el contrato por una sola ley o seleccionar diversos Derechos Privados para regular determinados aspectos del contrato internacional.

Sólo si las partes no eligieron la ley aplicable, la Convención atribuye al contrato la ley del Estado en el cual **tenga su establecimiento el vendedor** al momento de celebrarse el contrato (salvo los casos que enumera el artículo 8 en que el contrato se rige por la ley del lugar donde tenga su establecimiento el comprador).

Excepcionalmente, y cuando el contrato tenga **vinculaciones manifiestamente más estrechas** con una ley distinta a la de los establecimientos del vendedor o del comprador, según sea el caso, el contrato se regirá por esa ley.

No tendrán relevancia, sin embargo, estas «vinculaciones manifiestamente más estrechas» con otra ley, y por ende no se aplicará ésta, sobre cuestio-

nes reguladas por la Convención de Viena de 1980, si al celebrarse el contrato, comprador y vendedor tenían sus establecimientos en Estados partes de dicha Convención (párrafo 5, artículo 8).

1.2.6. La Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a los Contratos Internacionales

La aproximación más moderna en el ámbito latinoamericano sobre este tema la constituye la novísima Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a los Contratos Internacionales.

Esta Convención, recientemente aprobada en Méjico en marzo de 1994, consagra el principio de la autonomía de la voluntad y lo reglamenta en sus artículos 7 al 10.

«Artículo 7.- El contrato se rige por el **Derecho elegido por las partes**. El acuerdo de las partes sobre esta selección 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.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del Derecho aplicable».

«Artículo 8.- 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.»

«Artículo 9.- 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».

«Artículo 10.- 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».

Comparando este régimen con el señalado en la Convención de la Haya de 1986, llegamos a las siguientes conclusiones:

La regla general para determinar el Derecho aplicable al contrato es el reconocimiento de una amplia autonomía de la voluntad de las partes contratantes en ambas convenciones. Es decir, las dos convenciones permiten a los contratantes elegir el Derecho que deseen, sin exigir que el Derecho elegido tenga alguna vinculación objetiva con el contrato.

Ambas exigen el acuerdo expreso, pero aceptan el acuerdo tácito «evidente» o «manifiesto». Ambas permiten que el acuerdo sea sobre la totalidad o una parte del contrato.

Tanto la Convención de Méjico como la Convención de La Haya permiten que las partes puedan acordar en cualquier momento el sometimiento de todo o parte del contrato a un Derecho distinto de aquel por el cual se regía anteriormente, haya sido este elegido o no por las partes, sin que esto afecte la validez formal del contrato original ni derechos de terceros.

Las disposiciones de las convenciones que analizamos se diferencian en los casos en que las partes no eligieron el Derecho aplicable.

El artículo 8 de la Convención de La Haya impone la ley del Estado en el cual tenga su establecimiento el vendedor al momento de celebrarse el contrato. La Convención Interamericana de Méjico, en cambio, impone el Derecho del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos.

Este Derecho más vinculado al contrato le es aplicable según la Convención de La Haya, sólo a modo **excepcional** «y cuando a la luz de un conjunto de circunstancias, por ejemplo una relación comercial existente entre las partes, las vincula-

ciones con esa otra ley son manifiestamente más estrechas que con la ley del establecimiento del vendedor o del comprador» (artículo 8, acápite 3).

La Convención de Méjico descartó pues el criterio o factor de conexión del lugar de establecimiento del vendedor o del comprador preferido por la Convención de La Haya.

Los delegados de los Estados miembros de la OEA optaron por otorgarle al juzgador amplia libertad para determinar según su criterio dónde se encuentran los vínculos más estrechos y regular el contrato por la ley de ese lugar (artículo 9).

La nueva Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, propugnada por la Organización de Estados Americanos, se acerca así a las soluciones que promueve la moderna regulación del arbitraje comercial internacional, y otorga a la *lex mercatoria* la validez de fuente legal.

2. LEYES UNIFORMES Y LEYES MODELOS SOBRE LA CONTRATACION INTERNACIONAL

Si todos los Estados tuviesen idénticas normas sustantivas que resuelvan los problemas de fondo de la contratación internacional, no habría conflicto de leyes y no existiría el dilema de la «ley aplicable al contrato internacional».

Estas normas sustantivas especiales existen en cierta medida, plasmadas en leyes uniformes, leyes modelos, reglamentos internacionales, con aspiraciones de vigencia universal al ser adoptados como propios por todos los países.

Entre las leyes uniformes cabe destacar, a estos efectos, la Ley Uniforme sobre la Formación de los Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías (LUFC) y la Ley Uniforme para la Venta Internacional de Mercaderías (LUCI), ambas aprobadas por la Conferencia de La Haya de 1964.

En América se intentó la uniformidad bajo los auspicios de la Unión Panamericana. La VII Conferencia Internacional Americana (Lima, 1938) creó una «Comisión Permanente de Juristas encargada de estudiar y preparar la unificación de las leyes civiles y mercantiles de América», pero nada práctico se obtuvo⁶.

⁶ Más éxito tuvieron los esfuerzos europeos de la Sociedad de las Naciones y del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

La solución, aunque buena en teoría, dista mucho de lograrse, pues las diferencias de tradición, realidad y proyecciones de tipo político, religioso, económico, etc. de los países obstaculizan la adopción universal de estas leyes.

En realidad, son pocos los países latinoamericanos que han adoptado leyes uniformes y leyes modelos. Por otro lado, son pocas las materias que dichas leyes abarcan. Queda, pues, un número muy grande de relaciones contractuales internacionales sin regulación uniforme universal.

Como podemos ver, la llamada *lex mercatoria* tiene una mayor aceptación, dado que los usos y costumbres establecidos en la práctica comercial son considerados fuentes anclares de Derecho en la mayoría de países latinoamericanos.

3. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LEY APLICABLE AL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LATINOAMERICA

Seleccionar libérrimamente las normas jurídicas aplicables al fondo del litigio sometido a arbitraje equivale a crear Derecho y a elegir jueces.

Crear Derecho y elegir jueces fueron tradicionalmente prerrogativas reservadas al Estado, quien debía adecuarse, además, a los cauces establecidos por la Constitución.

Los países latinoamericanos han demostrado interés en la regulación convencional del Arbitraje Internacional (ver cuadros), ya sea como protagonistas o copartícipes en Congresos y Conferencias y ratificando Tratados y Convenciones de la región y del mundo.

A pesar de todo, no puede afirmarse que el arbitraje internacional es sólido y próspero en Latinoamérica: «no obstante tantos instrumentos de Derecho Internacional suscritos y/o ratificados por los países sigue pesando, en un buen número de ellos, el arraigado concepto de la "soberanía nacional" que, en últimas, ha determinado con frecuencia la "inaplicabilidad de los tratados existentes" en un malabar jurídico que no puede ser fácilmente entendido»⁷.

Pero soplan aires nuevos, a favor de la *lex mercatoria* y con el fundamento de la libertad autónoma del hombre, como ciudadano del mundo.

3.1. Textos de Derecho convencional

3.1.1. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, 1889

De acuerdo con el artículo 1, «Los juicios y sus incidentes, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimientos de la nación en cuyo territorio se promuevan».

El artículo 2 establece que «Las pruebas se admitirán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico materia del proceso».

El artículo 5 recoge los requisitos que debe cumplir la sentencia o el fallo arbitral para tener fuerza en los otros países signatarios. La autoridad de cosa juzgada es regida por la ley del Estado donde el fallo fue expedido. La sentencia o fallo arbitral no debe oponerse a las leyes de orden público del país de su ejecución.

3.1.2. Código de Bustamante o Tratado de La Habana

Los artículos 210 y 211 establecen que las disposiciones que prohíben transigir o sujetar a compromiso determinadas materias son territoriales. La extensión y efectos del compromiso y la autoridad de cosa juzgada de la transacción también dependen de la ley territorial.

3.1.3. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, 1940

La calidad de cosa juzgada es regida por la ley del Estado donde se expidió la sentencia o el laudo arbitral. Estos no deben oponerse al orden público del país de la ejecución (artículo 5, incisos h y d). El procedimiento es disciplinado por la ley local.

3.1.4. Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958

Escapa al ámbito de este trabajo el análisis de la Convención de Nueva York. Pero ante la circunstancia de su importante aceptación en la región latinoamericana, dejamos constancia de los países que la ratificaron.

El Convenio de Nueva York ha tenido acogida entre los países latinoamericanos. Ha sido ratificado

⁷ CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACION MERCANTILES DE LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA. *Panorama y Perspectivas de la Legislación Iberoamericana sobre Arbitraje Comercial*. Bogotá, 1993. p. 191

por Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Méjico, Panamá, Perú y Uruguay.

Si bien sólo se refiere al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, varias causales de denegación de tal reconocimiento y ejecución tienen que ver con las leyes que se aplicaron al arbitraje que produjo esa sentencia.

3.15. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI)

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 1965, ha sido ratificado por varios países latinoamericanos: Argentina, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Paraguay y recientemente por el Perú.

El artículo 37 permite que las partes decidan la forma del nombramiento y el número de los árbitros y, en su defecto, se aplica lo dispuesto por el Convenio.

Según el artículo 42, **las partes acuerdan las normas de Derecho aplicables a la controversia.** En su defecto, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la controversia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieren ser aplicables.

El artículo 44 establece que el **procedimiento** de arbitraje se tramita según lo dispuesto en la Sección 3 del mismo Convenio y salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes a la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje: cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esa sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el tribunal.

En conclusión, las partes deciden la forma de nombramiento y el número de árbitros; las normas aplicables al fondo del litigio (en su defecto, se aplica la ley del Estado parte del litigio, incluyendo sus normas de conflicto) y, por otro lado, el procedimiento se rige por el Convenio, el acuerdo de las partes y las Reglas de Arbitraje.

3.16. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 1975

La Convención Interamericana de Panamá de

1975 sobre Arbitraje Comercial Internacional se refiere a diferencias que pudiesen surgir o hayan surgido entre las partes con relación a un negocio mercantil (artículo 1). Ha sido ratificada por Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

La ley aplicable al **procedimiento** es la que señalan las partes de modo expreso. En su defecto se aplicarán las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (artículo 3).

El inciso 1 a) del artículo 5 expresa que puede denegarse el reconocimiento y la ejecución del laudo si se prueba que las partes en el acuerdo estaban sujetas a **alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable**, o que dicho acuerdo **no es válido** en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado sentencia.

El inciso 1 c) del mismo artículo permite la denegación del reconocimiento si la sentencia arbitral no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia.

El inciso 1 d) permite la denegación del reconocimiento del laudo arbitral si la constitución del tribunal o el procedimiento no se hubieren ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o en defecto de tal acuerdo, no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje.

La arbitrabilidad de la materia se rige también por la ley del lugar del reconocimiento y ejecución del laudo. El inciso 2 a) del artículo 5 de la Convención admite la denegación del reconocimiento y ejecución si el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje o contraria al orden público del Estado ante el cual se pide el reconocimiento y ejecución.

Tenemos, entonces, que según la Convención de Panamá de 1975 las partes deciden: la forma del nombramiento de los árbitros; el procedimiento a seguir (si no lo hacen, rige el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje); la ley aplicable a la validez del acuerdo (si no eligieron, se aplica la del Estado donde se dicta la sentencia arbitral).

Por otro lado, la misma Convención señala determinados aspectos no sometidos a la voluntad de

las partes. Así, la capacidad de las partes, que se rige por la ley que les es aplicable; la validez del laudo en cuanto cosa juzgada, que es regida por la ley del Estado en que se dictó y por la ley del Estado cuya ley se aplicó; la validez del laudo en cuanto materia arbitrable y al orden público, que se disciplina por la ley del Estado donde se pretende el reconocimiento y la ejecución del mismo.

3.1.7. Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial

Al decir del profesor Ulises Montoya, esta institución ha desempeñado una actividad importante en el desarrollo del arbitraje en América Latina en las últimas décadas. La V Conferencia Internacional Americana celebrada en Santiago de Chile en 1923, resolvió «Que con el fin de establecer relaciones más cercanas entre las asociaciones comerciales de las Américas enteramente independientes del control oficial, se establezca una Agencia Comercial Interamericana para efectos de que represente los intereses comerciales de todas las Repúblicas y para que asuma, como una de sus funciones más importantes, la responsabilidad de establecer un sistema Interamericano de Arbitraje».

La Unión Panamericana solicitó de la Asociación Americana de Arbitraje y de la Comisión de Comercio del Consejo Interamericano para las relaciones Interamericanas, el establecimiento de dicho sistema hemisférico de arbitraje. La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial inició su existencia en 1934.

La Comisión alcanza un reconocimiento de carácter internacional al ser mencionada en forma expresa en el artículo 3 de la Convención de Panamá⁸.

3.1.8. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Montevideo, 1979

Se aplica esta Convención Interamericana a los laudos arbitrales en procesos civiles, comerciales o laborales dictados en uno de los Estados Parte. También podrá aplicarse a resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto indemnización de perjuicios derivados del delito (artículo 1).

Lo dispuesto en esta Convención tiene carácter subsidiario a lo dispuesto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá en 1975, respecto a laudos arbitrales.

Los laudos arbitrales extranjeros tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las condiciones del artículo 2. Según dicho artículo:

- Las formalidades externas para la autenticidad del laudo se rigen por la ley del lugar de donde proceden.
- La legalización del laudo se rige por la ley del Estado donde debe surtir efecto.
- La competencia en la esfera internacional del tribunal arbitral se sujeta a la ley del Estado donde debe surtir efecto el laudo.
- La notificación o emplazamiento debe ser hecho de modo «sustancialmente equivalente» a la aceptada por la ley del Estado donde el laudo debe tener efecto.
- El carácter de cosa juzgada se rige por la ley del Estado donde fue dictado el laudo.
- El laudo no debe contrariar los principios y las leyes de orden público del lugar donde se pide el reconocimiento y la ejecución.
- Según el artículo 6 los procedimientos para asegurar la eficacia al laudo arbitral se regulan por la ley del Estado en que se solicita su cumplimiento.

Como se ve, la Convención de Montevideo de 1979 establece la ley que ha de aplicarse a diferentes aspectos del arbitraje.

3.1.9. Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)

Entre los Estados latinoamericanos, han ratificado el MIGA Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Perú.

El artículo 4 e) del Anexo II señala que a menos que las partes o el Anexo II dispongan otra cosa, el tribunal determinará su **forma de proceder** y se guiará por las normas de arbitraje adoptadas de conformidad al Convenio sobre Arreglo de Dife-

⁸ MONTOYA, Ulises. *El Arbitraje Comercial*. Cultural Cusco, Lima, 1988. p. 217 ss.

rencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

El mismo artículo 4 en su inciso g) dispone que «En cualquier diferencia comprendida dentro del alcance de este Anexo, el Tribunal aplicará las disposiciones de este Convenio, las de cualquier acuerdo pertinente celebrado entre las partes en la diferencia, las de los estatutos y reglamentos del Organismo, las normas aplicables de Derecho Internacional, el Derecho interno del miembro de que se trate. El Tribunal puede decidir una diferencia *ex aequo et bono* si el Organismo y el miembro interesado así lo convinieren. El Tribunal no dará el veredicto de *non liquet* basado en el silencio u obscuridad de la ley».

3.1.10. Ley Tipo de Arbitraje para los Países Hispano-Luso-Americanos de 1981

Esta ley regula los arbitrajes de Derecho Privado establecidos mediante convenio cuyos laudos se dicten en territorio nacional, y la eficacia en el Estado de los laudos arbitrales extranjeros o internacionales, dejando a salvo lo que establezcan los Tratados internacionales.

No tiene referencia expresa a la ley aplicable al fondo del litigio. Respecto al procedimiento arbitral, las partes pueden elegirlo (artículo 16).

La arbitrabilidad de la materia sometida a arbitraje se rige por la ley del país donde se pide el reconocimiento y ejecución del laudo, al igual que la imperatividad de las normas (artículo 38).

3.1.11. Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985

La Ley Modelo ha tenido hasta el momento poca acogida en América Latina. No sabemos de otro país, salvo el Perú, que a la fecha la haya adoptado.

La Ley Modelo en su artículo 1 inciso 5) cede la determinación de las materias arbitrables a la ley local, congruentemente, el artículo 36 permite denegar el reconocimiento del laudo si el objeto no es susceptible de arbitraje según la ley local.

En lo que atañe a la ley aplicable al fondo del asunto, la Ley Modelo sugiere el texto siguiente en su artículo 28:

«Normas aplicables al fondo del litigio:

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de Derecho elegidas por las

partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere a menos que se exprese lo contrario, al Derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso».

El Perú, en el Título II, artículo 103 de su nueva Ley General de Arbitraje (1993), sigue lo previsto en la ley de UNCITRAL.

En la Ley Modelo, la voluntad concordante de las partes decide la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral, a la composición del tribunal arbitral, al procedimiento y al fondo del litigio, disposiciones que hace suyas la Ley General de Arbitraje peruana de 1993.

3.2. Panorama actual y consideraciones doctrinarias

En verdad, no todos los Estados latinoamericanos reconocen actualmente a sus súbditos la misma amplitud de libertad contractual respecto al sometimiento a arbitraje y a la elección del Derecho que más convenga a sus particulares intereses.

¿Por qué unos comerciantes pueden -y otros no- seleccionar la ley del contrato? ¿Por qué algunos Estados les imponen una ley y otros les permiten escogerla o crearla? ¿Por qué ciertos contratos pueden estar sujetos a arbitraje en algunos países y no en otros?

Tanto en la última Convención Interamericana sobre la Ley Aplicable al Contrato Internacional (México, 1994) y en la más moderna doctrina latinoamericana, sin embargo, ya se viene reconociendo que a las partes de todos los contratos internacionales de la misma clase, debe permitírsele, no sólo respecto a las materias que pueden ser sometidas a arbitraje, sino también respecto a elegir y crear las normas jurídicas que mejor se ajusten a sus intereses.

Esta tendencia refleja el famoso postulado de Hegel: la historia del mundo no es otra que el progreso de la conciencia de libertad, que no alcanzará su clímax hasta que la libertad no esté universalmente desarrollada.

La libertad, porque es parte de la naturaleza humana. El significado de «libertad» como libre elección o libre voluntad envuelve la relación del individuo con el Estado o con los demás individuos; la libertad es un derecho inherente, un derecho *innato e inalienable del ser humano*.

La libertad individual sólo debe ser constreñida por el orden público, porque como Locke dijo, el fin del Derecho no es abolir o restringir, sino preservar y acrecentar la libertad individual.

Stuart Mill escribió que la única libertad que merece el nombre es aquella que persigue nuestro propio bien en nuestra propia manera, mientras no intentemos privar a otros de la suya, o impedir sus esfuerzos para obtenerla, para que en proporción del desarrollo de su individualidad, cada persona se convierta en más valiosa para sí misma, y sea entonces capaz de ser más valiosa para los demás.

Por ello, el corolario es que debe uniformarse el desigual alcance en la autonomía de la voluntad reconocida por los distintos Estados a los comerciantes del mundo. Hemos dicho «reconocida» por los Estados y no «concedida» por ellos porque en la realidad, los comerciantes de hoy no necesitan de autorización o permisos estatales para celebrar y llevar a cabo transacciones válidas y justas en el ámbito internacional. La *lex mercatoria* que ellos van creando, les es eficiente y suficiente. Sólo cuando surge la desavenencia y se requiere ejecución forzosa de la decisión arbitral, es que precisan ese reconocimiento estatal a la autonomía de la voluntad individual.

Recién requieren entonces de la aprobación y de la cooperación judicial de algún Estado. Este impondría su criterio respecto a qué materias pueden ser sometidas a arbitraje, al poder de las partes para elegir la ley aplicable al contrato y respecto al orden público. El laudo no se reconocerá o ejecutará si no está de acuerdo con estos criterios estatales. La «autonomía de la voluntad de las partes» puede volverse ineficaz e inútil.

Es por ello que el profesor argentino Antonio Boggiano expresó ante la OEA (al preparar el Proyecto de Convención sobre Ley Aplicable al Contrato Internacional de 1994) que el problema de la ley aplicable no podía resolverse si la cuestión de la jurisdicción internacional no es resuelta. El planteó contactos mínimos requeridos para la elección del foro contractual y la necesidad de «Acuerdos Interjurisdiccionales» entre los Estados latinoamericanos: «Los tribunales de los Estados contratantes podrán celebrar reuniones para establecer acuerdos sobre sus competencias, la cooperación procesal entre ellos y sobre la solución de fondo o la elección del Derecho aplicable a las acciones derivadas de contratos internacionales».

La conciencia de los Estados del mundo -y no sólo de una región- acerca de la libertad, como característica innata del hombre, la globalización del mundo, y las necesidades de progreso los llevan a convocar congresos y conferencias para solucionar de manera uniforme las interrelaciones entre los Estados soberanos y el hombre como ciudadano del mundo.

En noviembre de 1994 se llevará a cabo en la ciudad de Viena, un Congreso auspiciado por el International Council of Commercial Arbitration con esa finalidad. Especialistas de todas las regiones del mundo preparan sus informes y trabajos para uniformar el régimen jurídico del contrato sometido a arbitraje internacional.