

**ESTUDIO DE VIABILIDAD SOBRE LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE
EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES**

**INFORME SOBRE LOS TRABAJOS DESARROLLADOS Y EL POSIBLE PLAN DE TRABAJO PARA
LA ELABORACIÓN DE UN FUTURO INSTRUMENTO**

Nota elaborada por la Oficina Permanente

* * *

*Documento Preliminar N° 7 de marzo de 2009 a la atención
del Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de marzo / abril de 2009*

**ESTUDIO DE VIABILIDAD SOBRE LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE
EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES**

**INFORME SOBRE LOS TRABAJOS DESARROLLADOS Y EL POSIBLE PLAN DE
TRABAJO PARA LA ELABORACIÓN DE UN FUTURO INSTRUMENTO**

Nota elaborada por la Oficina Permanente

ÍNDICE

I.	Introducción.....	3
II.	Trabajos recientes en materia de ley aplicable a los contratos internacionales.....	4
	A. Introducción.....	4
	B. Evoluciones legislativas y jurisprudenciales.....	4
	C. Consultas recientes con los medios interesados.....	5
III.	Plan de trabajo sugerido para la elaboración de un futuro instrumento.....	6
	A. Objetivos.....	6
	B. Metodología.....	6
	<i>Forma del futuro instrumento</i>	
	<i>Método de trabajo sugerido</i>	
IV.	Esquema de un eventual instrumento futuro.....	8
	A. Objeto y forma del instrumento.....	8
	B. Ámbito de aplicación del instrumento.....	9
	C. Libertad de elección por las partes.....	9
	D. Normas a falta de elección por las partes.....	10
	E. Otros.....	10
V.	Conclusiones.....	11

I. Introducción

1. La adopción por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (“la Conferencia de La Haya”) del *Convenio de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro*, supuso un hito importante en los trabajos en curso para la promoción de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales a escala internacional. Si bien el Convenio mencionado garantiza a las partes la libertad de elegir una jurisdicción competente, no aborda, sin embargo, la cuestión de la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales. Ésta es la dimensión de la autonomía de la voluntad que estudia la Oficina Permanente desde 2006.

2. En efecto, la Oficina Permanente emprendió en 2006 un estudio sobre la viabilidad de la elaboración de un instrumento relativo a la elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales. Se prepararon dos estudios de Derecho comparado: el primero describe y analiza las reglas existentes que se aplican generalmente en los procesos judiciales¹ y el segundo se centra en la situación existente en el marco del arbitraje internacional². Además, se envió un cuestionario a los miembros de la Organización, a la Cámara de Comercio Internacional y a un importante número de centros y organismos implicados en el arbitraje internacional (el “Cuestionario”). Este Cuestionario tenía por objeto analizar las prácticas actuales sobre la utilización de las cláusulas de elección de la ley aplicable y la medida en que se respetan dichas cláusulas, así como identificar las eventuales mejoras, problemas y lagunas de las prácticas actuales³. Las respuestas al Cuestionario de los tres grupos a los que se dirigió han sido compiladas y analizadas en la Nota de seguimiento elaborada a la atención del Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya (en adelante “el Consejo de abril”) de 2008⁴.

3. Durante esta reunión del Consejo, la Oficina Permanente fue conminada a profundizar en el estudio de la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales entre profesionales en cooperación con las organizaciones internacionales implicadas y los expertos interesados⁵, precisando que este estudio debería centrarse en la promoción de la autonomía de las partes y en la posibilidad de redactar un instrumento no vinculante en la materia, examinando asimismo la forma que podría adoptar.

4. En el marco de la ejecución de este mandato, el presente Documento Preliminar persigue un doble objetivo. Por un lado, presenta un resumen de los trabajos desarrollados desde el Consejo de abril de 2008 y, por otro lado, propone un posible plan de trabajo para la elaboración de un instrumento no vinculante sobre la ley aplicable a los contratos internacionales.

5. La estructura de esta Nota retoma ese doble objetivo. La Parte II completa la información sometida a la atención del Consejo de abril de 2008, con la situación jurídica actualizada sobre la ley aplicable a los contratos internacionales, así como las consultas realizadas por la Oficina Permanente a lo largo del año. A continuación, las Partes III y IV presentan el análisis preliminar de la Oficina Permanente sobre el método de trabajo recomendado para la elaboración de un nuevo instrumento, así como un esquema de las principales cuestiones a abordar durante el proceso de elaboración.

¹ T. Kruger, “Estudio de viabilidad sobre la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales – Resumen y análisis de los instrumentos existentes”, Doc. Prel. N° 22 B de marzo de 2007 a la atención del Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de abril de 2007.

² I. Radic, “Estudio de viabilidad sobre la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales – el contexto del arbitraje internacional” Doc. Prel. N° 22 C de marzo de 2007 a la atención del Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de abril de 2007.

³ “Cuestionario dirigido a los Estados miembros con vistas a analizar la oportunidad de elaborar un instrumento relativo a la elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales” de enero de 2007, elaborado por la Oficina Permanente.

⁴ “Estudio de viabilidad sobre la elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales. Informe sobre los trabajos realizados y conclusiones”, Doc. Prel. N° 5 de febrero de 2008 a la atención del Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de abril de 2008, disponible en el sitio web de la Conferencia de la Haya (http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd05f2008.pdf).

⁵ Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia (1-3 de abril de 2008), <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl08f.pdf>.

II. Trabajos recientes en materia de ley aplicable a los contratos internacionales

A. Introducción

6. Como complemento de los trabajos preparatorios desarrollados desde 2006⁶, el presente Documento Preliminar se centra en los trabajos recientes en Derecho comparado en materia de autonomía de la voluntad, así como en las consultas realizadas por la Oficina Permanente desde abril de 2008 con el fin de evaluar la necesidad de un nuevo instrumento no vinculante.

B. Evoluciones legislativas y jurisprudenciales

7. La autonomía de la voluntad de las partes parece consolidarse progresivamente a escala internacional, aunque persisten en Derecho comparado algunas limitaciones de grado variable y algunas lagunas.

8. En junio de 2008, la Unión Europea completó la "comunitarización" del *Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, mediante la adopción del Reglamento n° 593/2008, llamado "Roma I"⁷. Tras su entrada en vigor en diciembre de 2009, este Reglamento sustituirá al Convenio de Roma en los Estados miembros de la Unión Europea, salvo Dinamarca. En términos generales, el Reglamento Roma I consolida el principio de la autonomía de la voluntad y, en defecto de elección por las partes, enumera reglas más concretas que las contempladas por el Convenio de Roma⁸. Es evidente que la adopción del Reglamento Roma I por la Unión Europea constituye un nuevo factor importante en la reflexión sobre la utilidad, y, en su caso, la naturaleza, de un instrumento en materia de ley aplicable a los contratos internacionales a escala internacional.

9. Por otro lado, parece que persisten las restricciones a la autonomía de la voluntad, como por ejemplo en América Latina. En efecto, un estudio magnífico sobre el Derecho de los contratos internacionales en América Latina, Portugal y España confirma que la autonomía de la voluntad conflictual (la facultad de determinar la ley aplicable) presenta restricciones fundadas sobre la materia en algunos Estados miembros latinoamericanos de la Conferencia de La Haya⁹. La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, que proclama el principio de la autonomía de la voluntad, sólo ha sido ratificada hasta la fecha por México y Venezuela¹⁰. Similares restricciones a la autonomía de la voluntad persisten asimismo en otras regiones del mundo.

10. Las diferencias sobre la admisibilidad de la autonomía de la voluntad constituyen un desafío para la previsibilidad jurídica en las relaciones contractuales a escala internacional. A pesar del aumento continuo de las relaciones comerciales intercontinentales, no existe ningún instrumento universal general relativo a la ley aplicable a los contratos, lo que contrasta con los instrumentos que proliferan a nivel

⁶ Véanse especialmente las referencias de las notas al pie 2, 3 y 4 de este documento.

⁷ Reglamento n° 593/2008 del Parlamento y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, *DOUE* L 177/6 de 04.07.2008.

⁸ Para un análisis detallado, véase, entre las numerosas publicaciones recientes, R. Wagner, *Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung)*, IPRax 2008, pp. 377 y ss; B. Ubertazzi, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 207; P. Lagarde et A. Tenenbaum, *De la convention de Rome au règlement Rome I*, RCDIP n° 4, 2008, pp. 727 y ss.

⁹ C. Esplugues Mota, D. Hargain y G. Palao Moreno (dir.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, Edisofer-Editorial BdeF, 2008. A título de ejemplo, el Capítulo sobre Brasil precisa que la autonomía de la voluntad conflictual no es todavía una realidad legal en ese país, aunque algunas decisiones jurisprudenciales muestran una actitud a favor de la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales por parte de ciertas autoridades judiciales (pp. 137-138). Véase el Proyecto de Ley de Brasil que incorporará la autonomía de la voluntad como criterio de conexión en materia contractual, por medio de la modificación de la actual Ley de Introducción del Código Civil brasileño de 1942. Cf. el Proyecto de Ley n° 269, de 16 de septiembre de 2004, *Dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas*, a consultar en el sitio web del Senado brasileño:

<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2004/09/16092004/29717.pdf> >.

¹⁰ Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, adoptada en México el 17 de marzo de 1994 por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) en el marco de la Organización de Estados Americanos.

regional. Se trata de determinar si, más allá de las normas regionales, la Conferencia de La Haya debería implicarse en el refuerzo de la autonomía de la voluntad por medio de un instrumento global que responda a las expectativas de los operadores del comercio internacional.

C. Consultas recientes con los medios interesados

11. Efectivamente, la Oficina Permanente se interesa por las necesidades reales de los operadores del comercio internacional. Desde abril de 2008, ha intensificado el diálogo con los colectivos potencialmente interesados en la elaboración de un instrumento relativo a la ley aplicable en materia de contratos internacionales.

12. La Oficina Permanente también ha contactado regularmente con organizaciones internacionales que trabajan en la coordinación internacional de las normas aplicables a los contratos internacionales.

13. En primer lugar, la Oficina Permanente quiere agradecer a sus organizaciones "hermanas" –la CNUDMI y UNIDROIT- la atención que han consagrado a las múltiples preguntas discutidas a lo largo del año. La Oficina Permanente se ha beneficiado de la experiencia de UNIDROIT y, en particular, del Grupo de Trabajo encargado de la elaboración de una tercera edición de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales. Se han tratado los métodos de trabajo adaptados específicamente a la elaboración de un instrumento no vinculante, así como las interacciones entre un instrumento que contenga normas materiales y un instrumento futuro con normas de conflicto aplicables a los contratos internacionales. De la misma manera, la Oficina Permanente y la CNUDMI han analizado las sinergias entre el proyecto en curso de la CNUDMI sobre la reforma de su Reglamento de arbitraje y un futuro instrumento de la Conferencia de La Haya¹¹. Sería deseable que se mantuviera el diálogo durante las próximas etapas de ambos proyectos.

14. En segundo lugar, la Oficina Permanente consultó a la Cámara de Comercio Internacional, a la *International Bar Association* (Asociación Internacional de la Abogacía) y a otras organizaciones implicadas en el comercio internacional y en la resolución de diferencias internacionales, con el fin de determinar qué instrumento respondería mejor a las necesidades prácticas de los profesionales del comercio internacional. La Oficina Permanente agradece sinceramente haber sido invitada a presentar su Proyecto con ocasión de numerosos coloquios y seminarios organizados en estos medios y agradece profundamente los comentarios de los organizadores, participantes y otros intervinientes. En efecto, la Oficina Permanente pretende involucrar a los colectivos interesados en la elaboración de un futuro instrumento en materia de contratos internacionales.

D. Conclusiones preliminares

15. La promoción de la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales, no sólo a nivel nacional y regional, sino también a escala internacional, se corresponde con una necesidad real de los actores del comercio internacional. Las consultas realizadas en el marco de la ejecución del mandato conferido por el Consejo, así como la evolución del marco legal y jurisprudencial en materia de contratos internacionales, confirman la importancia del reconocimiento cuasi-universal de la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales¹².

16. A la luz de esta constatación, ¿cuál podría ser la aportación de un instrumento a desarrollar por la Conferencia de La Haya? La Oficina Permanente considera que la elaboración de un modelo universal de normas de conflicto aplicables a los contratos sería, en efecto, deseable, y propone a continuación algunas ideas para la reflexión

¹¹ Para una visión actual de la situación de los trabajos, véanse los documentos recientes del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y conciliación) de la CNUDMI, disponibles en: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/2Arbitration.html.

¹² Ello se desprende tanto de las respuestas al Cuestionario de enero de 2007 (Doc. Prel. N° 5 de febrero de 2008 sobre el estudio de viabilidad relativo a la elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales: informe sobre los trabajos realizados y conclusiones (nota de seguimiento), n° 5 p. 4) como de las consultas directas con los operadores del comercio internacional y las organizaciones internacionales especializadas en este ámbito.

acerca de la forma y el contenido que podría revestir en este ámbito un eventual instrumento de La Haya futuro, así como la metodología sugerida para su elaboración. La Oficina Permanente espera que estos datos sean útiles para discutir el programa de trabajo de la Conferencia de La Haya en los próximos años (o el futuro programa de trabajo), así como para los recursos consagrados a los diferentes proyectos en curso de la Oficina Permanente¹³.

III. Plan de trabajo sugerido para la elaboración de un futuro instrumento

A. Objetivos

17. El objetivo principal de un futuro instrumento sería establecer un modelo universal de normas de conflicto aplicables a los contratos. Con esta finalidad, los trabajos de la Conferencia se dirigirían u orientarían necesariamente hacia una directriz: promover el principio de la autonomía. La elección de la ley por las partes constituiría entonces el *leitmotiv* del futuro instrumento.

18. De hecho, este tema interesa sobremanera a la Conferencia desde hace tiempo: en efecto, la idea nació en 1980¹⁴. Sin embargo, tras un estudio realizado en 1983¹⁵, los miembros de la Conferencia consideraron que las perspectivas de ratificación de un Convenio sobre la materia eran escasas¹⁶. Hoy, la Conferencia debería poder dar un nuevo impulso a este proyecto, basándose en una nueva metodología.

B. Metodología

19. La metodología a seguir para el futuro desarrollo del instrumento previsto se vincula intrínsecamente a la forma que revestirá. Así, estas dos cuestiones se abordan sucesivamente a continuación.

Forma del futuro instrumento

20. Aunque tradicionalmente la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sólo haya dirigido trabajos tendentes a la adopción de convenios, varias consideraciones justifican un proceso alternativo para la elaboración de un instrumento en materia de contratos internacionales.

21. Recordemos, de entrada, que la unificación internacional por la vía de instrumentos menos vinculantes que un convenio internacional fue avalada por los Estados miembros de la Conferencia de La Haya en 1980¹⁷.

22. Por otro lado, la idea de elaborar un instrumento no vinculante con vistas a unificar las normas relativas a la ley aplicable a los contratos internacionales no es una idea nueva. En 1980, un Grupo de Trabajo constituido por la Comisión de Derecho y Prácticas Comerciales de la Cámara de Comercio Internacional presentó a sus Comités nacionales un proyecto de Directivas en materia de ley aplicable a los contratos internacionales. En

¹³ Véase, para una visión general, el "Programa de trabajo de la Oficina Permanente" para el próximo ejercicio financiero (1 de julio de 2009 – 30 de junio de 2010)", Doc. Prel. N° 2 de febrero de 2009 a la atención del Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de marzo / abril de 2009.

¹⁴ Propuesta del Gobierno checoslovaco, Sugerencias de algunos Gobiernos sobre los trabajos futuros de la Conferencia, Doc. Prel. N° 10 de enero de 1980, *Actas y Documentos de la Decimocuarta Sesión*, Tomo I, Materias Diversas, editado por la Oficina Permanente de la Conferencia, La Haya 1982, pp. I-158 n° 18 (únicamente en inglés y francés).

¹⁵ V. H. van Loon, *Étude prospective sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Doc. Prel. E, diciembre de 1983, *Actas y Documentos de la Decimoquinta Sesión*, Tomo I, Materias Diversas, ed. por la Oficina Permanente, La Haya 1986, n° 36 p. 98 (únicamente en inglés y francés).

¹⁶ Acta N° 2 de la Primera Comisión, *Actas y Documentos de la Decimoquinta Sesión*, Tomo I, Materias Diversas, ed. por la Oficina Permanente, La Haya 1986, pp. 199-200 (únicamente en inglés y francés).

¹⁷ "Reconociendo que la utilización de algunos métodos de unificación menos vinculantes que el convenio internacional favorece, en algunos casos, una más fácil adopción de soluciones comunes y su más amplia difusión, admite que la Conferencia, aún conservando por objetivo principal la elaboración de convenios internacionales, pueda utilizar otros medios menos vinculantes, tales como la recomendación o la ley modelo, cuando, en virtud de las concretas circunstancias, parezca especialmente apropiado" [Traducción de la Oficina Permanente], Acta Final de la Decimocuarta Sesión (25 de octubre de 1980), *Actas y Documentos de la Decimocuarta Sesión*, Tomo I, Materias Diversas, ed. por la Oficina Permanente, La Haya 1982, pp. I-63 (únicamente en inglés y francés).

aquel momento, esta Comisión consideró que los litigios entre partes con relaciones comerciales internacionales “dan lugar a menudo a cuestiones relativas a la ley aplicable a los contratos” y que “convendría recomendar a los árbitros que tomen en consideración las normas de conflicto [*previstas*] en los asuntos donde se suscita la cuestión de la ley aplicable a los contratos”¹⁸. Aunque esta idea no tuvo éxito en la época y su ámbito de aplicación se limitaba al arbitraje, parecería oportuno continuar el trabajo desarrollado tres décadas más tarde, extendiéndolo al contencioso judicial del comercio internacional.

23. Además, las experiencias positivas de otras organizaciones como UNIDROIT o la CNUDMI en materia de comercio internacional justifican la adopción de tal vía. Es incuestionable que los Principios, las Leyes Modelo o las Guías de Buenas Prácticas elaboradas por estas organizaciones internacionales gozan de una alta credibilidad y utilidad práctica entre los colectivos interesados. Consciente de ello, la Conferencia de La Haya está dispuesta a poner toda su reputación y sus 115 años de experiencia al servicio de la consolidación de las normas de conflicto en materia contractual.

24. Existen asimismo otros argumentos que justifican el recurso a un instrumento no vinculante. En primer lugar, hoy día es casi imposible que los Estados se pronuncien positivamente acerca de la necesidad de un instrumento vinculante a nivel mundial. Muchos Estados, ya vinculados por instrumentos regionales, no sienten la necesidad de invertir su esfuerzo en un proyecto de ámbito internacional. Consideran también que algunos convenios específicos de Derecho material son adecuados para resolver todos los problemas. Ahora bien, un instrumento no vinculante podría constituir una etapa previa que, en un futuro más lejano, permitiera facilitar la adopción de un verdadero convenio internacional en la materia en el seno de la Conferencia de La Haya. En otras palabras, la adopción de un instrumento no vinculante podría formar parte de un proceso convencional tendente a identificar las normas sobre las que debería construirse un convenio sobre la elección de la ley aplicable.

25. En segundo lugar, un instrumento de este tipo podría ser elaborado en un primer momento sin las limitaciones y los compromisos inherentes a las negociaciones de tratados. El instrumento se desarrollaría progresivamente fuera del marco convencional, fundándose sobre la objetividad y la calidad científica de los expertos implicados y las soluciones propuestas. Además, la ausencia de fuerza vinculante del futuro instrumento evitaría todo riesgo de conflicto entre normas. Por ejemplo, no habrá interferencias directas con el Convenio de Roma¹⁹ ni con el Reglamento Roma I en el seno de la Unión Europea, ni con el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, el Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales o el relativo a los Valores Depositados en un Intermediario²⁰. De hecho, el instrumento futuro tendría como vocación principal el convertirse en una fuente de inspiración constante para el desarrollo progresivo de normas uniformes en materia de ley aplicable a los contratos internacionales.

Método de trabajo sugerido

26. Si el Consejo confirma que prefiere un instrumento de naturaleza no vinculante, se impone un método de trabajo *ad hoc*. Sobre la base de experiencias anteriores, parece que el método utilizado por UNIDROIT para la elaboración y revisión de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales es asimismo adecuado para elaborar un instrumento paralelo en materia de ley aplicable a los contratos internacionales.

¹⁸ O. Lando, *Conflict-of-Law Rules for Arbitrators*, in Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1981, p. 157 [Traducción de la Oficina Permanente].

¹⁹ Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que entró en vigor el 1 de abril de 1991, DOCE C 27 de 26.01.1998, p. 34.

²⁰ *Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación; Convenio de La Haya de 22 de diciembre de 1986 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y Convenio de 5 de julio de 2006 sobre la Ley Aplicable a ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario.*

Ver además *infra* el párrafo 25 *in fine* en lo respectivo a la articulación del nuevo instrumento con el “acerjo” de la Conferencia de La Haya en materia contractual.

27. Más concretamente, la Oficina Permanente sugiere la creación de un grupo de trabajo de expertos en este ámbito, que representen a los principales sistemas legales a escala internacional. Bajo la supervisión de la Oficina Permanente, el grupo de trabajo podría reunirse en varias ocasiones, con el fin de debatir y redactar un texto que contenga un conjunto coherente de normas relativas a la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales. Una vez terminada la fase de redacción, será oportuno consultar con los Miembros de la Conferencia y someter posteriormente el texto al Consejo.

28. Sería también posible la convocatoria de una Comisión Especial para que un grupo de expertos designados por los Miembros de la Conferencia examinen el instrumento. A pesar de la naturaleza no vinculante del futuro instrumento, se justifica su discusión en una Comisión Especial ante el eventual papel del instrumento adoptado, esto es, como modelo para los legisladores de los países que carecen de regulación sobre la ley aplicable a los contratos internacionales, o cuya regulación es parcial, o que simplemente se encuentra a la espera de ser reformada.

IV. Esquema de un eventual instrumento futuro

29. Según la metodología propuesta anteriormente, la progresiva elaboración de un instrumento futuro, así como las discusiones centrales sobre su forma y contenido, deberían confiarse principalmente a un grupo de trabajo, el cual desarrollará el texto del nuevo instrumento con la colaboración de la Oficina Permanente. La Oficina Permanente sólo pretende presentar en este momento de una manera muy preliminar algunas reflexiones sobre las cuestiones que debería abordar necesariamente la elaboración de un futuro instrumento.

A. Objeto y forma del instrumento

30. Tal y como se ha comentado con anterioridad, el objeto principal del instrumento a elaborar sería establecer un modelo universal de normas de conflicto aplicables a los contratos. Así, el instrumento constituiría una fuente de inspiración para los profesionales del ámbito del comercio internacional, ya sean redactores de contratos, abogados, especialistas en contenciosos arbitrales o juristas de empresas. Además, el hecho de que los árbitros internacionales sean especialmente susceptibles de asimilar un cuerpo de principios no vinculantes en la toma de sus decisiones, hace que el desafío inmediato del instrumento a adoptar sea colmar las expectativas de este colectivo. Por el contrario, un instrumento no vinculante no se aplicaría directamente ante los tribunales estatales, ya que, en tanto instrumento de *soft law*, no formaría parte del ordenamiento jurídico del foro. La Oficina Permanente es perfectamente consciente de esta limitación. No obstante, desde un punto de vista estratégico, se podría prever la utilización posterior del instrumento como fuente de inspiración de futuros instrumentos vinculantes, tanto a nivel nacional como regional o internacional.

31. La Oficina Permanente considera, sobre la base de un estudio comparado de instrumentos de *soft law*, que el instrumento debería adoptar la forma de una recopilación de normas formuladas de una manera similar a las normas vinculantes ("*black letter rules*"), acompañadas de comentarios e ilustraciones, que contribuyan a su comprensión.

32. Esta forma es, de hecho, la forma escogida, entre otros, por el *American Law Institute* (Instituto de Derecho Americano) para los *Restatement* o para su reciente recopilación sobre propiedad intelectual (*Principles of the law, Intellectual property, principles governing Jurisdiction, Choice of law, and Judgments in Transnational Disputes*, 2008) o por UNIDROIT (*Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*)²¹.

²¹ De la misma manera, una de las obras de referencia en Derecho internacional privado, el *Dicey & Morris Conflict of Laws*, sigue una estructura similar, en la que se enuncia la norma y a ésta le siguen comentarios, ilustraciones si es necesario y referencias jurisprudenciales en notas al pie.

B. Ámbito de aplicación del instrumento

33. Tal y como se ha mencionado con anterioridad, el mandato conferido consiste en examinar la cuestión de la ley aplicable a los contratos del comercio internacional. La aplicación del futuro instrumento se subordinaría entonces a la presencia de dos elementos: en primer lugar, el carácter internacional del contrato y, en segundo lugar, su carácter comercial.

34. El contrato internacional se define generalmente como un contrato que se vincula con varios sistemas legales. Ello puede derivarse del hecho de que las partes contratantes tengan su residencia habitual en Estados diferentes o incluso que el/los lugar/es de ejecución no coincida/n con el lugar en que residen las partes contratantes, etc.

35. Por ello, resultaría conveniente que el futuro instrumento no imponga ningún criterio específico para definir el carácter internacional del contrato²². En lugar de ello, se recomienda una interpretación lo más amplia posible, de manera que sólo se excluyan los contratos en los que todos los elementos de la situación contractual se localicen en un único país.

36. La restricción a los contratos mercantiles (o concluidos entre profesionales) no persigue en ningún caso afectar a la distinción tradicional existente en algunos sistemas legales entre transacciones civiles y comerciales²³.

37. A pesar de que, *a priori*, contaría con un ámbito de aplicación amplio, habrá que analizar si se debería excluir totalmente del futuro instrumento algunos contratos, o si deberían regularse por disposiciones específicas dentro del mismo. Por ejemplo, sería pertinente considerarlo para los contratos de consumo o los de trabajo, que se sujetan a normas especiales, la mayor parte de naturaleza imperativa, destinadas a proteger al consumidor y al trabajador, respectivamente. De una forma más general, la existencia de un poder de negociación entre las partes manifiestamente desigual podría justificar la exclusión o la matización de la aplicación del futuro instrumento²⁴. Cabe pensar, por ejemplo, en el caso de los jóvenes autores o intérpretes, dispuestos a firmar su primer contrato con una productora o una casa de discos. Si se contemplara esta exclusión del ámbito de aplicación, resultaría conveniente que se interpretara restrictivamente el concepto de "poder de negociación desigual"²⁵.

38. De manera general, debería determinarse si prevalecen las soluciones ya contenidas en los Convenios de la Conferencia de La Haya en materia contractual o si, por el contrario, los futuros debates podrán versar sobre aspectos ya examinados y decididos en el marco de dichos Convenios.

C. Libertad de elección por las partes

39. Fiel a su objetivo de promocionar la autonomía de la voluntad, la elaboración del nuevo instrumento debería perseguir el reforzamiento de la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales.

²² Véase la definición de "internacionalidad de una situación" utilizada en el artículo 3 del Convenio de 5 de julio de 2006 sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario.

²³ Véase a efectos de definir el Derecho del comercio internacional, "hay que ser prudentes a la hora de proyectar sobre la relación internacional la definición interna de "comercialidad". El ámbito de la "comercialidad" internacional es mucho más amplia. Incluye sin excepción los ámbitos de actividad calificados en Derecho interno como "civiles", J. Béguin y M. Menjucq (dir.), *Droit du commerce international*, Litec Paris 2005, n° 4 p. 5.

²⁴ Para una definición de la parte débil, véase, por ejemplo, "más que un estado permanente e invariable de uno de los contratantes, válido independientemente de la personalidad del otro contratante, la situación de debilidad traduce la ruptura de la igualdad entre las partes del contrato, constatándose la disparidad de la fuerza de las partes presentes en el seno de la relación contractual", F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 1995, n° 2 p. 2; P. Mayer, *La protection de la partie faible en droit international privé*, en *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaisons franco-belges*, BDP tomo 261, LGDJ Paris, p. 513.

²⁵ Compárese, por ejemplo, con las normas protectoras previstas por el artículo 315 de los "ALI Principles on Transnational Intellectual Property Disputes" para los contratos tipo en materia de cesión o licencia de derechos de propiedad intelectual.

40. Existirá la posibilidad de incluir una cláusula de elección de la ley aplicable al contrato, animando incluso el futuro instrumento a hacerlo. Procede recordar al respecto que la elaboración de este instrumento responde a una necesidad real de reforzar la autonomía de la voluntad a escala internacional²⁶.

41. Ahora bien, cabe reconocer que si bien la libertad de elección de la ley aplicable parece haberse consolidado progresivamente en las relaciones comerciales internacionales, el gran desafío será delimitar el alcance y los posibles límites de esta libertad. Sobre esta cuestión deberán analizarse importantes cuestiones durante la elaboración del instrumento, tales como la oportunidad de reconocer la facultad de las partes de elegir un conjunto de normas no estatales, como los principios UNIDROIT²⁷, o incluso la admisión de la elección implícita de la ley aplicable²⁸. Para resolver estas cuestiones, el futuro grupo de trabajo deberá tomar en consideración tanto las normas aplicadas por los tribunales estatales como las normas específicas del arbitraje internacional.

D. Normas a falta de elección por las partes

42. Con el fin de abarcar los contratos que no contengan elección de ley, el futuro instrumento debería prever normas subsidiarias al principio de autonomía de la voluntad. Estas reglas servirán especialmente de referencia para los árbitros que se enfrenten a una cuestión de ley aplicable cuando las partes no la han designado²⁹. La Oficina Permanente es consciente de la dificultad de adoptar normas para los supuestos de ausencia de elección de la ley aplicable, pero considera, por el contrario, que el valor de la elaboración de un instrumento completo (que contemple contratos con y sin cláusula de ley aplicable) merece que se incluyan normas subsidiarias en el mismo.

43. En su caso, cabría examinar varias cuestiones. Por ejemplo, habría que decidir, en primer lugar, si resultaría de utilidad contemplar un párrafo introductorio para mencionar que la norma aplicable en defecto de elección será la ley que presente los vínculos más estrechos con el contrato. En segundo lugar, cabría considerar la oportunidad de contemplar un cierto número de criterios de conexión para cada tipo de contratos comerciales³⁰. Finalmente, habría que analizar la formulación de esos criterios, así como la posibilidad de incluir una cláusula de excepción que prevalecería sobre las conexiones específicas.

E. Otros

44. Ni que decir tiene que el futuro instrumento, para que tenga éxito, debería proporcionar igualmente puntos de referencia relativos a las cuestiones residuales de la

²⁶ Véanse las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas en 2008 por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia, anteriormente citadas.

²⁷ Esta cuestión es debatida actualmente en el seno de la CNUDMI por el Grupo de Trabajo que se encarga de la revisión de su Reglamento de Arbitraje (Proyecto de versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Nota de la Secretaría n° A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 (especialmente los comentarios relativos al artículo 33 del Reglamento de arbitraje), a consultar en <www.uncitral.org>). Esta cuestión ha sido objeto de intensos debates durante la elaboración del Reglamento Roma I. El artículo 3 del Roma I se inclina hacia el rechazo de las cláusulas de ley aplicable relativas a normas no estatales.

²⁸ Véase, por ejemplo, American Law Institute, *Restatement of the law, Second*, ALI publishers St. Paul 1971, vol. 1, § 187, según el cual "Incluso aunque el contrato no haga referencia a ningún país, el juez puede decidir, a partir de las cláusulas, que las partes querían realmente que se aplicara la ley de tal Estado. Así, el hecho de que un contrato contenga términos jurídicos u opiniones jurídicas específicas de la ley interna de un Estado, puede demostrar de manera persuasiva que las partes querían que se aplicara esa ley en particular. Por otro lado, la norma contemplada en la presente Sección no se aplica si no se puede concluir que las partes hayan elegido la ley de un Estado. Resulta suficiente con demostrar que las partes hubieran querido probablemente que se aplicara a su caso la ley de un determinado Estado si hubieran previsto esta cuestión". [Traducción de la Oficina Permanente] Sobre una aplicación reciente en Texas, S.W. 3d, 2008 WL 4958500, *Sonat Exploration Co. c. Cudd Pressure Control, Inc.*, 271 S. W. 3d 228 Tex., 2008.

²⁹ Para una visión de los diferentes métodos utilizados en materia de arbitraje, véase O. Lando, *Conflict-of-Law Rules for Arbitrators*, citado con anterioridad, pp. 164-169.

³⁰ Compárese con las Secciones 189 a 197 del *Restatement Second*, tal y como se describen por S. Symeonides, en *American Private International Law*, citado con anterioridad, n° 490, pp. 226-227. La referencia a una lista de contratos especiales se utiliza también por las normas comunitarias europeas, especialmente en el artículo 4 del Reglamento Roma I. Para el contexto de la adopción de esta disposición, véase R. Wagner, citado con anterioridad, pp. 381 y ss.

ley aplicable a los contratos, tales como la exclusión del reenvío, la inclusión de la excepción de orden público internacional o una norma específica sobre las normas imperativas.

V. Conclusiones

45. Hace muchos años que se perfila la utilidad de un instrumento a escala internacional relativo a la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales a través de los trabajos preparatorios y de las consultas realizadas por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya. La autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales internacionales saldría ampliamente reforzada con la adopción de tal instrumento.

46. Si, tal y como espera la Oficina Permanente, el Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia autoriza que continúe el trabajo y se pronuncia sobre el formato concreto del instrumento, así como sobre el método de su elaboración, las futuras reflexiones en el seno del grupo de trabajo podrían construirse sobre la base de las propuestas contenidas en el presente Documento, en cuanto a la forma y al contenido del futuro instrumento.

47. Considerando lo que antecede, la Oficina Permanente sugiere que el Consejo prevea la adopción de una Conclusión, formulada de la siguiente manera:

- El Consejo invita a la Oficina Permanente a continuar los trabajos para la promoción de la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales. En particular, se invita a la Oficina Permanente 1) a que constituya un grupo de trabajo con expertos en Derecho internacional privado de los negocios, Derecho comercial internacional y Derecho del arbitraje internacional y 2) a que contribuya a la elaboración progresiva de un proyecto de instrumento no vinculante en el seno de este grupo de trabajo.

- Se invita a la Oficina Permanente a que elabore un informe sobre la situación de los trabajos para el Consejo de 2010.