



**DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUENTE DEL DERECHO
APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES: ¿MITO O
REALIDAD?**

Memoria de Prueba para Optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales

Autor

Cristian Eduardo Mateluna Silva

Profesora Guía: Carola Canelo Figueroa

Santiago, Chile

2016.

A mi familia, por el inagotable apoyo que me han brindado desde que nací:

Porque sin su esfuerzo nada de lo que soy sería posible.

A Felipe, por acompañarme incondicionalmente en este largo camino;

A Nahuel, por el cariño y lealtad que sólo alguien como él sabe entregar

Y al Universo, por entregarme la energía necesaria para salir adelante.

ÍNDICE.

RESUMEN.....	iv
INTRODUCCION.....	9
CAPITULO I	
CONCEPTO Y LIMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	
1.1 Origen del principio de la Autonomía de la Voluntad.....	12
1.2 Límites a la Autonomía de la Voluntad	19
1.2.1 Limitaciones impuestas por el Orden Público y las Buenas Costumbres	21
1.2.2 Limitaciones impuestas por el Fraude a la Ley y el Foro de No Conveniencia.....	44
1.3 Evolución del principio de la Autonomía de la Voluntad en el ámbito de la Contratación Internacional.....	63
1.3.1 La Autonomía de la Voluntad en los inicios de la Contratación Internacional.....	65
1.3.2 Iniciativas para dotar de seguridad a los Contratos Internacionales y disminuir costos de transacción	70
1.3.3 Nuevas tendencias respecto a la Autonomía de la Voluntad en el Comercio Internacional.....	73

1.3.4 Autonomía de la Voluntad como fuente de usos comerciales	77
<u>1.4 Alcance de la autonomía de la voluntad en los Contratos</u>	
internacionales	80
1.4.1 Cláusula de elección de ley y cláusula arbitral	81
1.4.2 Fraccionamiento contractual (Dépeçage).....	88
1.4.3 Contratos sin ley.....	94
1.4.4 Derecho a-nacional: UNIDROIT y Lex Mercatoria.....	99

CAPITULO II

INCORPORACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL	
DERECHO COMPARADO	108
2.1 Análisis del Reglamento Roma I sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales	109
2.2 Análisis de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales.....	125
2.3 Análisis de la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías.....	137
2.4 Análisis de la regulación en los países del Mercosur sobre Contratos Internacionales	142
2.5 Análisis del Código de Derecho Internacional Privado	157

2.6 Análisis de Jurisprudencia Comparada.....	164
---	-----

CAPITULO III

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD COMO FACTOR DETERMINAN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN CHILE

3.1 Reglas del Código Civil.....	186
3.1.1 Estatuto Personal	
3.1.2 Estatuto Real.....	
3.1.3 Estatuto aplicable los Actos o Contratos	
3.2 Reglas de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional.....	199
<u>3.3</u> Acogida jurisprudencial de la autonomía de la voluntad.....	227
3.3.1 Jurisprudencia nacional estatal y arbitral.....	
3.3.2 Jurisprudencia de exequatur en Chile	
CONCLUSIONES.....	241
BIBLIOGRAFIA.....	255

RESUMEN

La presente memoria de prueba tiene por objetivo dilucidar si la autonomía de la voluntad, en tanto principio rector de la libertad contractual tanto nacional como internacional, constituye o no una fuente de Derecho aplicable a los contratos internacionales.

Para dilucidar la interrogante acerca de si efectivamente constituye una fuente de Derecho aplicable a los contratos internacionales, echaremos mano de diferentes herramientas:

En primer lugar, se analizará el concepto de Autonomía de la Voluntad desde sus orígenes, pasando por los conceptos primitivos de la misma a las nuevas tendencias respecto a la materia en el ámbito del Derecho Internacional Privado. Así mismo, dentro del mismo capítulo, para conceptualizar de una manera acabada la influencia de la autonomía de la voluntad, no detendremos en las limitaciones de diversa índole que afectan el ejercicio de la autonomía de la voluntad como factor de derecho aplicable, llevándonos a la primera interrogante: ¿Puede ejercerse plenamente la autonomía de la voluntad como factor

determinante de derecho aplicable a los contratos internacionales o padece de límites?

Posteriormente, en un segundo capítulo, nos abocaremos al análisis de la normativa internacional relativa a la contratación internacional, para refutar o confirmar la tesis acerca de si la autonomía de la voluntad en la letra de las normas internacionales vigentes, se encuentra o no acogida y en qué medida se encuentra acogida para su aplicación. Pasaremos por diversos cuerpos normativos, tales como el Reglamento Roma I o la Convención Interamericana sobre contratos internacionales, a fin de lograr un acabado estudio de las normas internacionales al respecto.

Finalmente, nos dedicaremos al análisis de la acogida de la autonomía de la voluntad en nuestro país, dando cuenta de cómo se acoge principalmente en las normas relativas al arbitraje comercial internacional y de qué manera puede en Chile ejercerse la autonomía de la voluntad como factor determinante de Derecho aplicable a los contratos internacionales. Así, también se planteará una crítica a la institución del exequatur, herramienta de cooperación internacional que limita el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Luego de este análisis, llegaremos a la conclusión acerca de si la autonomía de la voluntad como factor determinante de Derecho aplicable a los contratos internacionales es un mito lleno de limitaciones o una realidad concreta, dándonos cuenta que si bien en la letra de la ley es una realidad, muchas veces puede verse mermada su efectividad producto de las barreras que se imponen. Así podremos llegar a una propuesta ideal de una normativa internacional respecto al Derecho aplicable a los contratos internacionales.

INTRODUCCIÓN.

Muchas son las transacciones transfronterizas en nuestros tiempos. El auge de la globalización y la tecnología en los medios de comunicación y transporte han hecho que el comercio internacional haya tenido un acelerado desarrollo en los últimos años. Ya no se necesitan de grandes tiempos para el cumplimiento de este tipo de transacciones y tampoco se requiere que éstas se desarrollen simplemente entre países vecinos o cercanos: en estos tiempos el mundo está interconectado desde el país más lejano hasta el más cercano e inclusive, a través de medios no convencionales, como resulta ser el comercio electrónico, donde las barreras del espacio – tiempo se ven sobrepasadas por la inmediatez de este tipo de contratos que no cuentan ni siquiera con un solo territorio físico en el cual considerarse celebrados y ejecutados.

Sin embargo, dada la cantidad de contratos internacionales que se dan en estos tiempos –en particular contratos de compraventa y aún más, contratos de compraventa celebrados a través de medios electrónicos –es común también que se susciten una serie de conflictos derivados de este tipo de relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, se suele presentar conflicto debido a la demora en el tiempo de llegada de los productos, muy común en la compra de productos al detalle a

través de páginas intermediarias como mercadolibre.com, ebay.com y amazon.com y también en las relaciones más complejas entre empresas trasnacionales, donde el incumplimiento contractual suele revestir implicancias mayores que pueden derivar en litigios entre éstas ante los tribunales.

Ahí surge el principal problema a que atenderá esta memoria de prueba: al suscitarse conflictos surgidos con ocasión de incumplimientos en los contratos internacionales, éstos deben ser resueltos por cierto tribunal que aplique determinada normativa jurídica para dirimir el conflicto. Sin embargo, ¿Qué norma jurídica ha de aplicarse a un contrato que no está sujeto a priori a ningún ordenamiento jurídico específico? En efecto, los contratos internacionales, al contrario de los contratos que se celebran y ejecutan dentro de un territorio nacional –respecto de los cuales ya se encargan los artículos 14, y 16 del Código Civil –no tienen sujeción a un ordenamiento jurídico particular, ya que están en el limbo entre dos o más partes que son asimismo sumisas cada una de una legislación distinta.

Es en ese caso que cabe plantearse la pregunta entonces acerca de cuál es el ordenamiento jurídico o norma de Derecho aplicable a estos casos donde no es determinable por las simples circunstancias de celebración y ejecución del contrato o de la pertenencia de las partes a un determinado Estado soberano.

Y, ¿Por qué es importante determinar esto? Porque es una fuente de conflicto e inseguridad en las relaciones jurídicas. Como señala Javier Carrascosa González: “el principal problema de los contratos internacionales es su incertidumbre: el Derecho Internacional Privado es una rama del Derecho internacional de cada Estado, sus soluciones varían de país a país. De este modo, un tribunal norteamericano aplicará sus propias normas de Derecho Internacional Privado para precisar la ley aplicable a un contrato internacional, mientras que un tribunal español aplicará las normas de Derecho Internacional Privado españolas, que no tienen por qué coincidir con las norteamericanas para precisar el régimen jurídico de ese mismo contrato. Igualmente, dichos contratantes pueden acudir a árbitros u organismos arbitrales internacionales, que pueden aplicar normas distintas a las que aplica un juez estatal. El resultado puede ser diferente según cuál sea el tribunal estatal o arbitral que conozca del asunto”.¹

Como ilustra claramente el autor precedentemente citado, el Derecho aplicable a la solución de conflictos de los contratos internacionales está inserta en una inagotable fuente de inseguridades que derivan en conflictos entre los propios contratantes incluso antes de que se susciten casos de incumplimiento e inclusive previos a la celebración del contrato en la etapa de negociaciones. Y es

¹ CARRASCOSA, González, Javier. 2000. Elección múltiple y elección parcial de ley aplicable al contrato internacional. Anales de Derecho, N° 18. Universidad de Murcia. 7p.

que las partes de la relación contractual deben prever y analizar antes de dar por concluido el contrato respectivo, todas las aristas que éste pueda revestir, inclusive el Derecho aplicable.

Es por ello que en la etapa de negociaciones el conflicto acerca del Derecho aplicable puede dar origen a un sinnúmero de interrogantes al respecto, en particular el factor principal que se tendrá en cuenta en esta memoria: En el contexto de los contratos internacionales, al determinar el Derecho aplicable: ¿Pueden las partes de un contrato autoregularse, dictando ellas mismas la normas jurídicas aplicables a su contrato internacional?

Es de gran interés este problema por lo siguiente: como no se pueden prever las soluciones de los conflictos asociados con ocasión de este tipo de contratos, se da un clima de inseguridad y tensión en las relaciones jurídicas y, además, acarrea un aumento en los costos de transacción. Para determinar el derecho aplicable previo a que se suscite cualquier conflicto se puede recurrir a diversas vías, ya sea simplemente dejarlo a lo que determinen los respectivos tribunales como también llegar a un acuerdo en alguna cláusula de elección de ley. Esto acarrea asimismo que las partes deban invertir tiempo y recursos en conocer las diferentes opciones que tienen para escoger como derecho aplicable al contrato internacional, ya sea un convenio o tratado sobre la materia, un derecho estatal

determinado de algún país del cual una de las partes sea nacional o tenga su domicilio, o también dictar sus propias normas jurídicas ad hoc al contrato de que se trate.

¿De todas estas opciones, cuál es la que convendría más? Se han desarrollado sobre la materia diversos cuerpos normativos y estudios, respecto de los cuales podemos señalar que pueden desprenderse las siguientes opciones:

- 1) Sujetarse derechamente a un derecho estatal de una de las partes del contrato.
- 2) Acogerse a convenios o tratados internacionales, tales como, el Convenio de Roma, la Convención de México, la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías.
- 3) Determinar que el derecho aplicable será un derecho a-nacional como son los Principios de UNIDROIT o los Incoterms, nacidos en el seno de las relaciones comerciales internacionales.

Todas estas opciones, si bien parecen ser la vía de solución cómoda y segura, pueden representar graves problemas: además de los costos de transacción asociados y los acuerdos a que deben arribar para hacerse con una u otra opción como aplicable al contrato, muchas de estas vías de solución descansan en el concepto y alcance de lo que es la autonomía de la voluntad.

Y es que no hay nadie mejor que las propias partes las que son capaces de satisfacer plenamente sus intereses, determinando por sí mismas qué normas aplicar en los casos que éstas estimen conveniente, sea escogiéndolas de un catálogo de opciones de ordenamientos jurídicos o normas de Derecho, o bien creando ellas mismas normas jurídicas aplicables a sus relaciones contractuales. De hecho, bien lo ilustra el Artículo 1560 de nuestro Código Civil al hablar del criterio máximo de interpretación de los contratos: “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, lo cual da cuenta de la enorme importancia que tiene la voluntad de las partes en la determinación de los efectos de los mismos y –por qué no –de la determinación del derecho aplicable a ellos.

Sin embargo, si bien la autonomía de la voluntad parece ser la panacea de las soluciones respecto a la determinación del derecho aplicable, en el sentido de que basta con justificar la elección de un determinado cuerpo normativo en

que es lo que las partes quieren y, por tanto, ha de ser respetado como la mejor solución a los conflictos entre ellas por ser éstas las únicas capaces de conocer la forma en cómo satisfacer sus intereses, no hay que olvidar lo siguiente, tal como lo señala Tonatiuh García Castillo:

“Para que rija dicho contrato la autonomía de la voluntad es necesario que el sistema jurídico que les faculta a contratar se los autorice, es decir, antes de celebrado tenga ya una ley que lo rija, justamente la ley que regula la libertad de contratación de las partes. Con la autonomía de la voluntad, el acuerdo por el cual las partes escogen la ley aplicable queda en el aire, sin ley que le de fuerza obligatoria, ya que la única ley aplicable es aquella que las partes están escogiendo”.²

Lo anterior nos dice que no basta con pregonar que la autonomía de la voluntad es la mejor solución para dar satisfacción a la interrogante acerca del derecho aplicable a los contratos internacionales, ya que si bien en el texto aparece como lo más conveniente, en la práctica puede no ser así. Los tribunales que diriman los conflictos –sean estatales o arbitrales –pueden tener diferentes

² Tonatiuh García Castillo, 2010. La lex contractus en los contratos internacionales. En: Ricardo Méndez Silva (Coord.), Contratación y arbitraje internacionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, p. 63. [En línea] < <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/pl2776.htm> > [Consulta el 23/03/2015]

criterios a la hora de determinar el derecho aplicable a los contratos internacionales. Particularmente en el caso de Tribunales estatales, éstos como bien es sabido, están sujetos a la soberanía de un Estado, por lo que deben sujetarse a la interpretación de su propia legislación; así las cosas, un tribunal chileno puede que acepte la elección de ley por la voluntad de las partes de la manera más amplia posible, permitiendo aplicar tanto una legislación particular como normas de derecho convencionales (UNIDROIT, Tratados internacionales), sin embargo, otro tribunal distinto puede que no la acepte de modo tan amplio y establezca limitaciones a la elección que puedan hacer las partes en ejercicio de su autonomía para determinar el derecho aplicable, en pos de defender su soberanía y territorialismo.

Así ha ocurrido, por ejemplo, que incluso en algunos cuerpos normativos como el Convenio de Roma, si bien se establece a la autonomía de la voluntad como factor determinante, ésta sólo puede tener por objeto la elección de una ley estatal en particular, sin poder hacer aplicables normas de derecho no correspondientes a alguna legislación comunitaria particular. Es por ello que otra interrogante a considerar es: ¿Tiene límites la autonomía de la voluntad o las partes pueden plenamente –en atención a la capacidad de las personas de autoregularse –darse las normas que quieran para regular sus relaciones jurídicas?

Adicionalmente, es necesario considerar el problema de reconocimiento de la autonomía de la voluntad en la ejecución de las sentencias que se pronuncian recogiendo a la autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales. Puesto que si bien un tribunal arbitral o estatal de cierto país puede acogerla plenamente, la sentencia o laudo pronunciado en virtud de ésta probablemente, por su carácter internacional, sea ejecutado en un país distinto al que fue pronunciado. Y ahí entonces se presenta la interrogante: ¿El país de ejecución, va a reconocer y ejecutar el fallo pronunciado que hace aplicable el derecho escogido en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes? ¿O va a denegar la ejecución por considerar aquella elección contraria a sus normas de orden público?

Es de gran interés analizar este tipo de interrogantes, porque de su respuesta depende el éxito de un cliente en sus transacciones internacionales y revisten, por lo tanto, una fuente inexplorada de literatura y asesorías jurídicas, ya que todos estos aspectos han de ser analizados previo a la celebración del contrato, en las tratativas preliminares, para poder dotar al contrato internacional de la seguridad que requiere y también satisfacer a las partes interesadas de manera plena, evitando sorpresas al suscitarse un conflicto posteriormente, como podría ser que se termine aplicando un derecho que las partes no han considerado y

por lo tanto, se les impongan obligaciones que no buscaban, en detrimento de lo que les motivó a contratar en un principio.

Por lo tanto, en virtud de lo analizado puede señalarse que la autonomía de la voluntad, si bien en doctrina y en algunos textos legales es un principio relevante en el derecho de los contratos que da a las partes la facultad de escoger el derecho aplicable, en la práctica podría no constituir realmente un factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales.

La hipótesis entonces de esta memoria de prueba consiste en saber si la autonomía de la voluntad es realmente una fuente del derecho aplicable a los contratos internacionales o si es simplemente un mito y no una realidad.

Para estos efectos, esta memoria analizará el concepto y límites de la autonomía de la voluntad, poniendo énfasis en los límites impuestos por el orden público, el fraude a la ley y el foro de no conveniencia, la evolución que la misma ha tenido en el desarrollo del derecho de los contratos internacionales y cuáles son sus principales manifestaciones. Posteriormente se analizará cómo se ha recogido la autonomía de la voluntad en diferentes instrumentos de derecho internacional, tales como el Convenio de Roma y la Convención de México, para

que acompañado de su respectivo análisis de jurisprudencia pueda determinarse si se acoge o no y en qué medida es fuente del derecho aplicable a los contratos. Finalmente, se analizará la realidad de la autonomía de la voluntad como fuente del derecho aplicable a los contratos internacionales en Chile, para ir luego a las conclusiones y consideraciones de cierre de este trabajo.

CAPITULO I

CONCEPTO Y LÍMITES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

1. ORIGEN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La voluntad de las partes es la máxima que da origen al principal motor de la vida jurídica civil: los contratos, pues fundan su existencia en primer lugar en la autonomía de la voluntad independiente del contrato que sean. ¿De dónde surge la autonomía de la voluntad y a qué se extiende –en teoría –en el ámbito contractual?

Como señala ALESSANDRI, "el principio de la autonomía de la voluntad es la aplicación en materia contractual de las doctrinas liberales e individualistas de la Revolución Francesa, y que alcanzaron su mayor auge durante el siglo pasado. Si los derechos son meras facultades que la ley reconoce existir en el individuo y la libertad es la base de toda actividad humana, es lógico que ella pueda obrar

como mejor le plazca, no siendo naturalmente contra el orden público o las buenas costumbres."³

ALESSANDRI define la autonomía de la voluntad como "la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración", y señala que esta voluntad es soberana, que el contrato nace del acuerdo de voluntades".⁴

Por su parte, LÓPEZ SANTA MARÍA, en su libro sobre "Los Contratos" señala que "El principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce"⁵.

En base a lo anterior, podemos señalar que la autonomía de la voluntad es el gran principio rector de la vida civil en general y, en particular, de los contratos y

³ ALESSANDRI, Arturo, 2004. "De los contratos". Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. p. 11.

⁴ Ibid, p. 10

⁵ LÓPEZ SANTAMARIA, Jorge, 1998. "Los Contratos. Parte General". Tomo I, Segunda Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 233.

todo lo que a ellos circunda. Ya sea en las fases de celebración, cumplimiento y ejecución de los contratos, el máximo ideal siempre responde al ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes involucradas.

En nuestra legislación no cabe duda que los contratos fundan su fuerza obligatoria en la voluntad de las partes. Si bien el artículo 1438 del Código Civil chileno define contrato o convención como "un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa", a continuación el Título II del Libro IV del Código Civil denominado "De los actos y declaraciones de voluntad", que viene a establecer los requisitos para que las obligaciones sean válidas señala en su Artículo 1445 que para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad es necesario que "2° Que consienta en dicho acto o declaración de voluntad y dicho consentimiento no adolezca de vicio". Además, así lo sostiene el Mensaje del Código que señala que su fuente en materia de contratos son los códigos modernos, en especial el francés, que a su vez radica dicha obligatoriedad de los contratos en la voluntad de las partes.

La voluntad de las partes es la máxima que da origen al principal motor de la vida jurídica civil: los contratos, pues fundan su existencia en primer lugar en la autonomía de la voluntad independiente del contrato que sean.

Y esto no es menor, toda vez que en virtud de este principio, se puede dar plena satisfacción a los intereses perseguidos por los entes participantes de la vida jurídica civil, pues qué mejor que los propios individuos involucrados para regular sus relaciones en pos de sus propios intereses. El escenario ideal en la contratación y en la vida jurídica en general es aquel en que las mismas partes, conscientes de lo que persiguen al celebrar un contrato, cuentan con la facultad de dotar a éste de forma y contenido a la luz de sus propios intereses. Es así como la autonomía de la voluntad se funda en los principios propios de la Ilustración: la libertad y la igualdad que, llevadas al plano jurídico, se traducen en la igualdad y libertad jurídica de las partes.

A su vez, en la libertad jurídica puede distinguirse la libertad para contratar de la libertad contractual, surgiendo de éstas la fuerza obligatoria del contrato⁶.

La libertad para contratar o “de conclusión” es aquella que faculta para celebrar o no el contrato y en caso de contratar, decidir con quién contratar. La libertad contractual o “de configuración interna”, por su parte consiste en la libertad para fijar los términos o contenido del contrato. De esta manera, la

⁶ CONTARINO, Silvia, 2000. Contratos civiles y comerciales. Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 55 y siguientes.

libertad jurídica "comprende las siguientes facultades: celebrar o no celebrar el contrato, elegir la persona del co-contratante, determinar el objeto en todos sus aspectos elegir la forma de instrumentación excepto los casos de los actos solemnes, modificar el contrato, transmitir la posición contractual, extinguir el contrato"⁷ Asimismo, comprende la libertad contractual, que permite pactar cláusulas diferentes u opuestas a la ley, crear contratos tipo diferentes de los de la ley, crear contratos atípicos; en síntesis establecer contratos únicos entre las partes.

Sobre esta idea descansa el tema en análisis en esta memoria de prueba, ya que precisamente la autonomía de la voluntad puede dotar de contenido al contrato y entre los aspectos de ese contenido: el derecho aplicable. De hecho, como señala BARCIA, "independiente de cómo se le denomine, este principio está presente no sólo en la formación del contrato o del negocio jurídico sino, además, permite crear verdaderos estatutos regulatorios".⁸

⁷ Ibid, p. 56

⁸ BARCIA, Lehman, Rodrigo, 2004. La Autonomía Privada como Principio sustentador de la Teoría del Contrato en Chile. En: Cuadernos de Análisis de Colección de Derecho Privado N°3. Universidad Diego Portales. Santiago, p. 165.

De esto se desprenderse entonces que la autonomía de la voluntad da origen a dos tipos de libertades en materia contractual: libertad de contratar o para contratar – o también llamada “libertad de conclusión” –y a la vez la libertad contractual, también llamada “libertad de configuración interna”.

- 1) Libertad de conclusión: la celebración de un contrato queda entregada a la iniciativa de los interesados. Las partes son las que eligen y deciden la oportunidad para contratar y también con quien quieren contratar.

- 2) Libertad de configuración interna: en virtud de ella, las partes fijan el contenido y los efectos del contrato. Así, este elemento pone de manifiesto la función normativa del contrato, como creador de derecho objetivo.⁹

Es decir, la libertad de configuración interna permite crear normas de derecho objetivo nacidas de la voluntad de las partes y obligatorias para las mismas partes, es decir, constituyen en principio una fuente de derecho. Ahora, según el Artículo 1545, todo contrato es una ley para los contratantes y por lo tanto las normas emanadas de un contrato tienen el mismo efecto de la ley, con lo que puede concluirse que la autonomía de la voluntad es una fuente de derecho

⁹ Ibid. p. 173.

equiparable a la misma. ¿Es factible poder señalar que la voluntad de las partes puede alcanzar los mismos efectos obligatorios que una ley? ¿Puede actuar de modo tan amplio la autonomía de la voluntad?

Al respecto puede señalarse que, sin perjuicio de que pueda tener como función normativa crear normas de derecho objetivo, no hay que olvidar que es una fuente normativa de carácter limitado. En efecto, sus límites no sólo se aprecian en su jerarquía, es decir, como una fuente normativa de rango inferior a la ley –que precisamente la ley es la que dota de este alcance a la voluntad de las partes en los conocidos Artículos 1545 y 1560 del Código Civil –sino que también en su alcance: el contrato produce efectos relativos, a diferencia de las normas jurídicas emanadas de la ley que tienen efecto erga omnes.

Lo señalado nos lleva a un interesante e importante tema, el cual es que, a pesar de considerarse a la autonomía de la voluntad en su esfera de libertad de configuración interna de los contratos como la gran fuente del derecho aplicable a un contrato, pues satisface todas las aristas que puedan interesar a las partes involucradas, no hay que olvidar que es el Derecho, el ordenamiento jurídico, el que da aquel efecto a la voluntad de las partes y, en ese sentido, esta libertad puede no ser absoluta. De hecho, incluso la ley tiene sus limitaciones en el respeto por los derechos fundamentales, por lo que la voluntad de las partes

también ha de tener ciertos límites para poder tener como efecto real ser fuente del derecho aplicable a los contratos.

2. LÍMITES A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Tal como se ha señalado, la autonomía de la voluntad, al igual que la ley como fuente de normas jurídicas, no puede ser absoluta, ha de estar sujeta a diversas limitaciones; es así como en el ámbito de los contratos internacionales, como fuente del derecho aplicable a los mismos, no es de extrañar que esté sujeta a limitaciones. La ley chilena contiene algunas normas que exigen imperativamente la aplicación de la ley chilena a ciertos contratos y que, por ello, prohíben o limitan el ejercicio de la autonomía respecto de ellos. Por ejemplo, los contratos que siendo nacionales, deben ser gobernados por la ley chilena, tal es el caso de los contratos laborales entre empleador y trabajador de nacionalidad chilena, cuya prestación de servicios haya de realizarse exclusivamente en territorio nacional; o los contratos entre proveedores y consumidores con completa ausencia de factores de conexión que lleve a la consideración de una ley aplicable distinta a la nacional, donde de modo insoslayable ha de ponerse en marcha la legislación protectora de los derechos de los consumidores.

En base a ello, podemos decir que la autonomía de la voluntad debe hacer frente a diversas limitaciones derivadas de la condición o estatus de los contratantes y de los distintos lineamientos que tienen las diversas sociedades, más aún en los tiempos actuales en los que el Estado ha intervenido cada vez más en los aspectos de la vida privada, elevando parámetros por sobre lo que puedan pactar los particulares en sus relaciones jurídicas.

Así las cosas, podemos señalar a groso modo que las principales limitaciones de la autonomía de la voluntad relacionadas con el objeto de estudio de este trabajo, es decir, la autonomía de la voluntad como una fuente del derecho aplicable a los contratos internacionales, son: el Orden Público y las Buenas Costumbres, el fraude a la ley y el foro de no conveniencia. Los primeros dos son conceptos vagos y difíciles de dotar de contenido, pero también de gran importancia para la eficacia que la autonomía de la voluntad pueda tener en los contratos nacionales como los internacionales. Por tanto, la primera pregunta que cabe plantearse es el contenido de estos conceptos de orden público y buenas costumbres y en qué sentido los mismos limitan el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

A. Limitaciones impuestas por el Orden Público

Para situarnos en un origen histórico, Eduardo Novoa Monreal señala que el concepto de orden público tiene su origen en una doctrina empírica aparecida en la Edad Media, según la cual los estatutos odiosos debían quedar restringidos en su aplicación a su propio territorio, sin que pudieran ser aplicados en el extranjero. Posteriormente se lo vinculó a las leyes imperativas internas de orden público, que no podrían ser sustituidas por leyes extranjeras¹⁰.

Se lo fundamenta en la idea de la existencia de una comunidad de civilización de los pueblos de occidente, sentada en el cristianismo y en el Derecho Romano, la que conduciría a que preceptos extranjeros que pugnen con los principios básicos de esa civilización no deben recibir aplicación por los tribunales del foro ni aun en el caso de que la regla de conflicto de leyes les imponga su aplicación; pues esos principios reflejarían la moral y la justicia objetivas y no podrían ser vulnerados ni preteridos por la vía de admitir la aplicación de preceptos extranjeros que los desconocen, por el efecto perturbador y profundamente disociador que esto tendría sobre el ordenamiento jurídico interno¹¹. Por lo tanto,

¹⁰ NOVOA Monreal, Eduardo, 1976. Defensa de las Nacionalizaciones ante tribunales extranjeros. México D.F. Dirección General de Publicaciones Universidad Autónoma de México, p. 67.

¹¹ SAVIGNY F.C, 2006. EN: Tratado de la posesión según los principios del derecho romano, con Estudio preliminar, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 2006, XXVIII. [En línea] <

en ese sentido, el concepto de orden público como limitación surgiría para evitar la contraposición de principios entre los diversos ordenamientos jurídicos involucrados.

Esto se vio confirmado posteriormente por la doctrina francesa, según la cual el orden público se opone a la aplicación de una ley extranjera “que pugne con las disposiciones sociales o jurídicas francesas a tal punto que el tribunal rehúse aplicarla” en atención a que vendría a constituirse como “un elemento perturbador” (Battifol) o que “entre en contradicción grave con los principios esenciales del derecho francés” (Munch), o que esté en desacuerdo con aquellos “principios comunes a las naciones civilizadas, que son expresión de la moral y la justicia objetivas” (Lerebours-Pigenere y Loussouarn).

Sin embargo, queda en claro más allá de estas ideas de la doctrina francés que el orden público es una “reacción de defensa” que protege el orden jurídico del país y sus intereses vitales, evitando elementos perturbadores extraños e impidiendo un debilitamiento profundo del orden establecido.

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100056> [Consulta: 23/03/2015]

Ahora bien, la doctrina moderna ha buscado determinar cuál es el contenido de esta limitación a la autonomía de la voluntad.

CREMADES señala que “La autorregulación por las partes en cuanto al régimen normativo sustancial aplicable al contrato, debe reconocer o compatibilizarse con limitaciones o atenuaciones heterónomas, que tutelan intereses más allá del de los intervinientes en el contrato, debiendo, en todo caso, la elección del derecho aplicable efectuarse de buena fe y no contrariar el orden público¹².

El concepto de orden público es difícil de definir. Un camino seguido por la doctrina francesa ha sido el de utilizar la distinción entre leyes imperativas y facultativas para llegar a la noción de que el orden público impide a los particulares derogar por su propia voluntad las leyes imperativas, es decir, aquellas que obligan a hacer algo; y, a contrario sensu, la autonomía de la voluntad podría derogar las leyes facultativas, es decir, aquellas que otorgan alguna facultad para hacer algo. En ese sentido, el orden público estaría compuesto por aquellas leyes imperativas y limitaría la autonomía de la voluntad

¹² CREMADES, Bernardo, 2003. “El Convenio Arbitral”. En: Revista de la Corte Española de Arbitraje. p. 43-70. [En Línea] < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3471> > [Consulta 25/03/2015]

porque ni aun las partes en el libre ejercicio de la búsqueda de satisfacer sus propios intereses podrían obviar su cumplimiento, siendo por tanto la autonomía de la voluntad incapaz de ser fuente de normas que atenten contra el orden público.

Sin embargo, esto no resuelve mucho la interrogante acerca del contenido del orden público y la forma en que limita la autonomía de la voluntad, ya que esta distinción nunca es clara si el legislador no ha establecido expresamente cuál norma es imperativa o facultativa, queda a la interpretación. Por lo tanto, como no se llega a una respuesta satisfactoria tomando eso en cuenta, la doctrina francesa también ha recurrido a buscar en un criterio más amplio que la clasificación de los distintos tipos de leyes, señalando que “el orden público está compuesto por todas aquellas normas que defienden un interés general o social”¹³.

La definición anterior nos lleva a la identificación del principal carácter que reviste el concepto de orden público: éste es flexible y a la vez variable en el tiempo. En efecto, los intereses generales o sociales que protege un Estado no

¹³ ESPIN, Canovas, Diego, 1980. Los Límites a la Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado. Pág. 17. [En línea] <biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/876/14.pdf>. [Consulta: 20 de mayo de 2015]

son siempre los mismos en un determinado tiempo y lugar: sería el juez en razón de su labor interpretativa quien dotaría de contenido este orden público; como señala Juliot de la Monrandiere: “el juez no es libre de tener una concepción personal de orden público. Debe deducirla del conjunto de textos en vigor el día en que juzga, del espíritu de la ley”¹⁴.

Por otro lado, RAMÍREZ NECOCHEA señala: “La noción de orden público se encuentra ligada a la organización institucional básica y a las ideas morales, políticas, sociales y económicas, que se consideren fundamentales en un país determinado”.

En ese sentido, también podemos señalar que el contenido del orden público no sólo se refiere a la estructura estatal, sino que también llega a amplias zonas del orden económico – social. Así, por ejemplo, en Chile podemos encontrar normas de orden público tanto en los derechos fundamentales que rigen en nuestro país, en el sentido de que nadie puede sobrepasar los lineamientos que éstos trazan, como también en normas más locales y acotadas, como serían aquellas que regulan y otorgan derechos a los consumidores, entre otras, tales como, las normas de derecho de familia, las normas sobre capacidad para

¹⁴ Ibid. p. 21

contratar, las normas sobre educación y salud pública, las normas que establecen los requisitos de validez de los actos jurídicos, entre otras.

De ello se concluye que hay normas de orden público tanto de Derecho Público –entendido éste como aquel que mira al interés general, regulando las relaciones entre el Estado, cuando actúa con imperio, y los particulares –como también de Derecho Privado, que son aquellas que regulan las relaciones entre los particulares y que interesan para efectos de dilucidar las limitaciones a la autonomía de la voluntad. Así podemos señalar que constituyen una limitación a la autonomía de la voluntad en virtud de su carácter de orden público aquellas normas referidas a la capacidad de las partes, a los requisitos de validez de los actos jurídicos, las normas sobre derecho del consumidor como la garantía legal de los productos, las normas de cláusulas abusivas, entre otras. Y son tales normas de este carácter en virtud de diversos fines prácticos, tales como dotar de seguridad jurídica a sus ciudadanos, viendo protegidos los principios que rigen su ordenamiento jurídico propio frente a normas foráneas que puedan tener aplicación, y también mantener la institucionalidad del Estado en el cual se pretenden aplicar normas extranjeras al ver protegidos los principios que rigen al Estado y a sus ciudadanos.

Sin embargo, lo anterior constituye un orden público interno que regula las situaciones de contratos regidos localmente por el Derecho chileno. Pero ¿Qué sucede en el caso de los contratos internacionales? Si la autonomía de la voluntad se ve limitada de ese modo en un determinado país, ¿Cuál sería entonces el orden público que limitaría a los contratos internacionales? La respuesta a esta interrogante podemos encontrarla en el concepto denominado “Orden Público Internacional”.

Según expone González de Cossio: “El orden público internacional incluye las siguientes áreas:

- (i) Principios fundamentales relativos a justicia y moralidad que el Estado desea proteger aun cuando no esté directamente involucrado;
- (ii) Reglas designadas para servir los intereses políticos, sociales y económicos de dicho Estado, conocidos como leyes de policía o reglas de orden público;

- (iii) Deber del Estado de respetar sus obligaciones ante otros Estados u organismos internacionales”¹⁵.

Si bien esta enumeración de áreas resulta sumamente vaga, puede desprenderse de ella que el contenido del orden público internacional y, por tanto, el limitante a la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, está compuesto por la protección de diversos intereses económicos, morales y sociales que importan a los Estados en general y, por ende, los respetan entre sí como comunidad internacional. Como señala Adriana Dreyzin en una exposición más detallada acerca del contenido de este contenido: “Es válido mencionar el principio de equidad que refleja el equilibrio de la justicia distributiva de conformidad a las circunstancias particulares de cada caso, tratando de atemperar el rigor de la letra fría de la norma; el principio de buena fe, que se traduce en el deber de lealtad, fidelidad y corrección, recogido en todos nuestros códigos y en tantas leyes y, sin embargo, muchas veces es el gran desconocido y en no pocas ocasiones, maltratado; el principio de primacía de la realidad, donde la verdad de los hechos prima sobre la apariencia; el principio de no discriminación, conocido también como principio de igualdad, de raigambre

¹⁵ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco 2008. Orden Público y Arbitrabilidad, Dúo dinámico del arbitraje. *Revista Jurídica Auctoritas Prudentium*. p. 4. [En Línea] <http://works.bepress.com/francisco_gonzalez_de_cossio/14/> [Consulta el 19 de agosto de 2015]

constitucional; no admite que se otorgue un trato desigual por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religión, política gremial, o edad; los principios de humanidad y dignificación del ser humano, receptados universalmente en tratados y convenios internacionales”¹⁶.

Ahora, relacionado con el tema del derecho aplicable a los contratos internacionales, cabe decir que el respeto por el orden público cobra enorme importancia en la eficacia de la cláusula de elección de ley aplicable, que es donde se concreta el ejercicio de la autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable al contrato. En efecto, el conocimiento del asunto y la sentencia dictada han de ir de la mano con el respeto por el orden público frente al cual se han sometido las partes o bien, si no se han sometido a ninguno en particular, al orden público internacional en el sentido de su vasto e indeterminado contenido como hemos señalado anteriormente.

Así, se han presentado casos en los cuales por no respetar el orden público no se ha aplicado una determinada cláusula de elección de ley por atentar ésta contra el orden público, ya sea porque pasa por alto las normas internas de un

¹⁶ DREYZIN, Adriana, 2003. El orden público internacional en el área del Derecho internacional. Anuario N°6 (2001 – 2002), CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba. p. 248. [En Línea] <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/cijs-unc/20110807070544/sec6002b.pdf>> [Consulta el 19 de agosto de 2015]

Estado como las relativas a la capacidad o de objeto ilícito, o por no ser procedente esta elección de ley por no permitirlo tal ordenamiento en ese caso en particular.

En Chile, la ley elegida no es aplicable, por ejemplo, cuando viola los principios básicos de la ley chilena o se elige con la intención de evadir fraudulentamente sus normas. Aunque no existe norma general al respecto, la protección de estos principios básicos se ha deducido de las normas que declaran inexistente o nulo los contratos que contienen un objeto o causa contraria al orden público interno chileno o a la moralidad. La Corte Suprema ha aplicado esta solución en algunos casos, en particular en sentencia de 31 de julio de 1962 y 04 de abril de 1960 y sosteniendo que “constituyen disposiciones de orden público en la esfera del Derecho Privado las normas de la legislación que gobiernan el estado y la capacidad de las personas, sus relaciones de familia y, en general, aquellas reglas dictadas en interés de la sociedad y que resguardan la integridad de las instituciones jurídicas básicas”¹⁷, todas las cuales no pueden ser desestimadas por las partes”¹⁸.

¹⁷ Revista Derecho y Jurisprudencia, 1997. Tomo LVI. Sección 1º. p. 213.

¹⁸ VIAL Undurraga, María Ignacia, 2013. La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado. En “Revista Chilena de Derecho”, Vol. 40 N 3, Santiago, Chile. p. 917.

Por otro lado, siguiendo a la profesora Carola Canelo en su libro de Derecho Procesal Internacional, se sostiene que “en general, son materias de orden público aquellas que miran al interés de la sociedad y en las que los derechos en disputa no son disponibles para las partes, tales como los asuntos de familia, laborales, de protección al consumidor y penales”¹⁹. Según el texto, se seguiría la regla del derecho común establecida en el Artículo 12 del Código Civil Chileno, según la cual “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia”, lo cual viene a reafirmar que el orden público es aquel que protege el interés social de la comunidad y por lo tanto, no puede ser objeto de la disposición de la autonomía de la voluntad de las partes.

Entonces, podemos concluir que el orden público constituye una limitante al ejercicio de la autonomía de la voluntad en todo orden de cosas, sea en la actividad legislativa (limitado por el orden público constitucional) como en las relaciones entre privados; sea en el contenido del contrato, en la forma del mismo y también en el caso de los contratos internacionales, en el derecho aplicable escogido por las partes. En efecto, la cláusula de elección de ley ha de respetar

¹⁹ CANELO Figueroa, Carola, 2014. Derecho Procesal Internacional. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 50.

el orden público al cual están sometidas las partes involucradas y, en caso de no estar sometidas a ningún orden particular, al orden público internacional que todos los Estados han de respetar en virtud de la cooperación internacional. De otro modo, incluso un laudo arbitral puede ser anulado en su lugar de ejecución en caso de no respetarse el orden público respectivo.

Con todo, esto aún es un terreno indeterminado, pues no hay certeza todavía de su contenido preciso y en qué medida constituye una limitante; todo sería en este caso dejado a la interpretación del juez que resuelva el litigio, pareciendo lo importante eso sí, que se respete el orden público del Estado donde se va a ejecutar la sentencia respectiva, dado que en ese lugar es donde cobrará importancia en última instancia la ley aplicable y el modo en que la han establecido las partes en el mismo contrato.

Como señala Elina Mereminskaya: “Según la jurisprudencia comparada, la institución del orden público se emplea para negar la eficacia de un laudo arbitral que viola, en su aspecto procesal o sustantivo, los valores socio-jurídicos fundamentales de la *lex fori*. Es decir, el vicio que se ataca con el orden público tiene relación con una sentencia arbitral gravemente ofensiva para el derecho doméstico.

Como lo dice la profesora Meremimskaya: “Si bien, un tribunal arbitral no debe ninguna lealtad a las normas legales de un Estado en particular, esto es, no tiene una obligación directa de cumplir con sus dictámenes legislativos. Sin embargo, está obligado a cumplir con la intención de las partes”²⁰. Lo anterior, a mi juicio, se entiende respecto a los arbitadores comerciales y civiles, no podemos decir lo mismo respecto a los mixtos o de Derecho, que según nuestra legislación han de atenerse obligatoriamente a la legislación chilena.

Así mismo concuerda Julio César Rivera, quien señala: “los árbitros están obligados a aplicar las normas que reflejan una international public policy, aunque sean ajenas a la lex contractus, pues de otro modo podría frustrarse el reconocimiento y ejecución del laudo. En esta orientación el International Law Institute en la Resolución de Santiago de Compostela estableció: “en ningún caso el árbitro debe violar principios de orden público (international public policy) que tengan un amplio consenso en la comunidad internacional”.²¹

²⁰ MEREMINSKAYA, Elina, 2007. La relación entre arbitrabilidad y orden público en la jurisprudencia comparada. En: Arbitrabilidad y Orden Público. Ed. Legis Editores, Santiago, Chile, 2007. p. 128.

²¹ RIVERA, Julio César, 2008. Arbitraje comercial internacional: la cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto. p. 29 [En línea] <<http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/eleccion-de-la-ley-aplicable-al-fondo-del-asunto.pdf>> [Consulta: 20/08/2015].

En definitiva, los riesgos provenientes de la globalización imponen la necesidad de buscar la efectividad de un orden público también "globalizado" que sea aplicable y respetado por todos los participantes del comercio internacional, con el objeto de frenar el desbordamiento que supone la internacionalización, que en muchos casos, podría traducirse en la excesiva autorregulación y el favorecimiento de los poderes económicos en la resolución de sus controversias.

Si tomamos solamente como referencia el Código Bustamante, del cual nuestro país es parte, podríamos señalar que el orden público internacional contiene los siguientes lineamientos enunciados en su articulado:

- “Art. 194. Son de orden público internacional las disposiciones relativas a enajenación forzosa por utilidad pública”.
- “Art. 195. Lo mismo sucede con las que fijan los efectos de la posesión y de la inscripción entre varios adquirentes, y las referentes al retracto legal”.
- “Art. 175. Son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto”.

- “Art. 179. Son de orden público internacional las disposiciones que se refieren a causa ilícita en los contratos”.

Esto da luces de lo que sería un orden público internacional, en el sentido de que establece claramente las normas que son de este carácter y, por tanto, debiendo respetarse en su totalidad por los contratos internacionales y no pudiendo las partes dejarlas sin efecto por ejercicio de su autonomía de la voluntad. Así, por ejemplo, un contrato internacional que permita los pactos sobre sucesión futura (prohibidos en nuestro ordenamiento en virtud del Art. 1462 del Código Civil) no podría ejecutarse en Chile porque atentaría contra una norma de orden público.

A modo ejemplar, puede señalarse que es posible que la ley declarada aplicable por la norma de Derecho Internacional Privado, puede hallarse en pugna con las ideas y principios morales, jurídicos y políticos esenciales en el territorio donde se la ha de cumplir. Así, por ejemplo, una ley que consagra la esclavitud o la poligamia, no se aplica, en virtud del remedio que se conoce con el nombre del orden público internacional²².

²² DE VASCONCELOS, Francisco, 2013. La autonomía de la voluntad en el reglamento “Roma I” y en la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable, de 17 de marzo de 1994 (CIDIP – v). La situación en Brasil. Facultad de Derecho, Universidad de Valencia. Valencia, p. 93.

Por tanto no es simple señalar en qué sentido el orden público constituye una limitación, así como tampoco es posible considerar a la autonomía de la voluntad de un modo absoluto; como concluye Marta Gonzalo Quiroga: “se aboga por conseguir un equilibrio entre la autonomía de la voluntad de las partes (ligada a la libertad del comercio y a la autonomía contractual) y el orden público (que garantiza el desarrollo del mercado y el uso adecuado de las transacciones privadas de carácter internacional), este último entendido en una noción acotada que debiera ser "transnacional" o "supranacional”²³.

Sencillamente, el orden público actúa como instrumento hábil a priorizar un interés colectivo frente al privado, eludiendo la posible perturbación derivada de la ejecución de la norma de derecho convenida por las partes.

B. Limitaciones impuestas por las Buenas costumbres

En relación con las buenas costumbres, podemos señalar que al igual que el concepto de orden público, constituyen un concepto indeterminado y difícil de

²³ GONZALO Quiroga, Marta, 2003. Orden público y arbitraje en el marco de la globalización comercial, Ed. Dykinson, S.L., Madrid. [En Línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200016> [Consulta 20 de agosto de 2015]

precisar. Ya se hablaba de éste en el Artículo 6 del Código Napoleónico, interpretándose como “normas que saltan de la letra de la ley”, sin embargo, no señala precisamente en qué se fundan éstas, es decir, si esas normas emanan de un determinado ideal ético absoluto y perpetuo, o si por el contrario han de ser registradas como consecuencia de un mero acaecer social y fáctico. El dilema es trascendental, porque en el primer caso las buenas costumbres se identifican con un sistema normativo con existencia apriorística al cual han de someterse los particulares en el ámbito de su vida jurídica, mientras que en el segundo las buenas costumbres se reducen a un sistema limitador que surge a posteriori por consecuencia de ciertos hechos sociales como consecuencia de su generalizada observación.

Respecto a dilucidar este punto, la Escuela Exegética señalaba que no son directamente las buenas costumbres, sino tan sólo las leyes que las sancionan, con lo cual es en definitiva tan sólo la ley escrita la que viene a limitar dicha libertad. Por otra parte si repasamos las grandes figuras de la escuela exegética, apenas encontramos vagas referencias a esta noción de las buenas costumbres, como algo de escaso relieve junto a la omnipotente ley.

En otro lado más preciso dentro de esta corriente de pensamiento está *Hue*, quien cree consisten en los «hábitos adquiridos por el bien en tanto en cuanto están protegidos o determinados por la ley positiva». Según este autor, la ley positiva entendería proteger a través de sus disposiciones, los siguientes hábitos o costumbres:

1° En relación con la concepción de la familia, el matrimonio, reprobando por el contrario el concubinato. Se deduciría este principio del trato inferior concedido por la ley al hijo natural, frente al legítimo.

2° En relación con la moral, el decoro público. Se deduce este principio de los textos que sancionan el ultraje al pudor.

3° Respecto al empleo de la propia fortuna, se protegería su buen empleo, como hay que deducir de las disposiciones que incapacitan al pródigo, prohíben los juegos de azar, apuestas, etc.

4° Los principios triunfantes en la Revolución francesa.

5° Respecto a la contratación, los principios de la buena fe y de la libertad, como lo demostrarían los textos que reprimen el dolo y la violencia y aseguran la libertad de comercio e industria²⁴.

Sin embargo, esta enumeración de *Hue* es limitada y ha sido poco recogida en la doctrina, pues se queda simplemente en lo establecido por el legislador respecto a lo que serían las buenas costumbres, lo cual actualmente es anacrónico e irreal, considerando la constante evolución de la sociedad, pues se cristalizaría la costumbre en la ley, impidiendo sus ulteriores modificaciones. La costumbre es una cuestión de hecho distinta a la normativa. La costumbre es conducta y no se debería cristalizar, porque atentaría contra la autonomía de la voluntad posterior, dejando a la sociedad estática.

En otra línea de pensamiento, la escuela sociológica con *Demogue*, considera que las buenas costumbres “no se determinan según un ideal religioso o filosófico, sino según los hechos o la opinión corriente”²⁵. En otro autor de

²⁴ HUE, 1955. *Commentarie theorique et pratique du Cod. Civ.*, I, N° 194. Pág. 39 y ss. En “Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado”, Diego Espin Canovas, Universidad de Murcia, Murcia, España. p. 23.

²⁵ DEMOGUE. 1955. *Commentarie theorique et pratique du Cod. Civ.*, I, N° 194. Pág. 39 y ss. En “Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado”, Diego Espin Canovas, Universidad de Murcia, Murcia, España. p. 27.

nuestros días, *Hémard*, se sigue también esta dirección, señalando que “la concepción de las buenas costumbres no es abstracta, no se deduce de un ideal de moral. Es concreta, corresponde a la conciencia pública, a la moral consuetudinaria de un país en un momento dado. Es variable, porque es sumisa, por su misma naturaleza, a la evolución de las ideas en materia de moral privada. El juez no la buscará en los simples convencionalismos, sino en los verdaderos usos del término medio de las personas honestas. Las buenas costumbres comprenden los principios que este término medio hace de la lealtad en los negocios, del respeto de la moralidad en la vida jurídica”²⁶.

Finalmente, otros creen que dicha noción no puede encontrarse ni en la propia ley, ni tampoco en la simple repetición de hechos sociales, sino que solamente ha de encontrarse en la moral. Pero mientras que para unos, la mayoría, se trata de la moral consuetudinaria o moral social, otros con mayor rigor, la identifican con la moral cristiana. Aunque también los partidarios de la moral social, reconocen que ésta se basa en la moral cristiana.

Según Ferrara, bajo este término de buenas costumbres, no se comprende los buenos usos de la vida social, ni tampoco, se interpreta con sentido

²⁶ HEMARD, 1955. *Commentarie theorique et pratique du Cod. Civ.*, I, N° 194. Pág. 39 y ss. En “Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado”, Diego Espin Canovas, Universidad de Murcia, Murcia, España. p. 35.

restringido, como la moral sexual, sino todas las reglas de la moral social. Pero, a su vez, esta equiparación de las buenas costumbres con la moral social, exige la aclaración de qué ha de entenderse por esta moral a que se alude. El mismo Ferrara, nos responde a esta pregunta, señalando que la moral social es «la moral dominante en la generalidad de los ciudadanos, en un determinado momento histórico y en un determinado país», añadiendo que «la moral es un concepto relativo en el tiempo y en el espacio»

Ahora bien, todas estas consideraciones hacen referencia a limitaciones de contenido del contrato, es decir, particularmente a las prestaciones contenidas en el mismo. Es así como podríamos encontrar la referencia a las buenas costumbres en los casos de objeto ilícito establecidos en el Código Civil chileno en los artículos 1462 y siguientes, refiriéndose en particular a todo acto prohibido por las leyes por tener un objeto o causa ilícitas.

Así también, el Código Bustamante, señala en su Artículo 178 que: “es también territorial toda regla que prohíbe que sean objeto de los contratos, servicios contrarios a las leyes y a las buenas costumbres y cosas que estén fuera del comercio”, recogiendo expresamente a las buenas costumbres como una limitante en la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales, toda vez que señala que son leyes territoriales, es decir, han de

respetar las leyes de los contratantes que determinen ciertas prohibiciones respecto al objeto de los contratos. De ese modo, por ejemplo, no podría ser objeto de un contrato internacional el contratar un sicario, haciendo aplicable a éste la ley de un país donde se permita tal contrato, puesto que ha de respetar el ordenamiento jurídico chileno en el cual se establece que el mismo es delito y, por tanto, atenta contra los principios de moralidad y por ende, objeto ilícito a la luz del derecho chileno.

Según lo expuesto, cabe señalar que las buenas costumbres no constituyen una limitación clara a la autonomía de la voluntad en cuanto a contenido se trata, ya que son conceptos indeterminados como hemos podido ver, habiendo diversas posturas respecto de su contenido, sin embargo, a juicio del autor cabe sostener que estamos ante ordenamientos jurídicos impregnados de un fuerte sentido legalista, es decir, donde la letra de la ley es la única a interpretar, tomando como factores otras circunstancias. En ese sentido, podríamos concluir que las buenas costumbres que limitan a la autonomía de la voluntad, en particular la contractual, son las normas que las recogen legalmente, sin perjuicio de que el reconocimiento de las mismas es tan amplio y difuso, que ha de quedar a criterio del juez establecerlas.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso del ejercicio del derecho privado contenido fundamentalmente, en el Código Civil vigente; toda persona está obligada a respetar el orden público y las buenas costumbres, en todos los convenios y en todos los actos de su competencia ya que por el ejercicio de su libre voluntad no podrá atentar contra la regularidad social de la comunidad que está resguardada por normas de Derecho Público el cual es el sostén del orden público y el que marca la línea de las buenas costumbres.

Como deja claro lo anterior, la diferencia marcada entre orden público radica en que, si bien ambas limitaciones persiguen resguardar la estabilidad entre los ciudadanos y las normas que los gobiernan en pos del bienestar social, protegiendo a los individuos y dotándolos de seguridad jurídica, el orden público pareciera resguardar los principios jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico, mientras que las buenas costumbres “serán un límite que combinará la moral individual media del hombre y la moral social, imponiendo al hombre –en el ejercicio de sus derechos –el cumplimiento de aquellos deberes que provienen de una instancia superior a la humana y que constituyen las reglas primordiales de toda vida social. Sólo una moral que reconozca normas válidas siempre y para todos, sin ninguna excepción, puede garantizar el fundamento ético de la convivencia social”²⁷. O sea, persiguen lo mismo, pero apuntan a objetos

²⁷ LAPALMA, Juan Carlos, 2004. Moral y Buenas Costumbres: ¿Un límite poco delimitado? Colección Derecho Privado, N° 1 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario,

diversos: el orden público a los principios jurídicos y las buenas costumbres pareciera tratarse de una limitación de orden más valórico, que toma forma una vez recogida dentro de los principios fundamentales del ordenamiento.

C. Límite del “Fraude a la Ley”

Otro límite que puede tener la autonomía de la voluntad es el Fraude a la Ley, pues viene a poner una limitación clara a que las partes no pueden hacer lo que se les antoje, sino que muchas veces van a ver aquellos deseos coartados por esta institución.

Es unánime la doctrina al exponer que el fraude a la ley consiste en burlar la aplicación de una norma desfavorable y buscar y obtener que sea otra disposición favorable la que se aplique. En otras palabras, el fraude a la ley consiste en la conducta totalmente voluntaria realizada con el exclusivo fin de obtener un fin ilícito a través de un medio lícito. El fraude a la ley radica en evitar la aplicación de una norma imperativa, mediante el cambio de punto de contacto, por lo que

Universidad Católica Argentina. [En Línea] < <http://www.saij.gob.ar/juan-carlos-lapalma-moral-buenas-costumbres-limite-poco-delimitado-dasf070038-2004-10/123456789-0abc-defg8300-70fsanirtcod> > [Consulta 28/08/2015]

es necesario determinar cuándo se está ante una norma imperativa y que es un punto de contacto²⁸.

Ahora, se habla siempre desde el prisma de la “norma imperativa”, porque como se ha señalado en doctrina, las normas prohibitivas son a su vez un tipo de norma imperativa, en el sentido de que no puede soslayarse su aplicación, radicando en ello la esencia de su imperatividad. Como señala Pablo Palma: “Frente a estas dos clases de leyes -imperativas y prohibitivas- es preciso señalar que, en algunos casos, es difícil reconocer si una ley cae en una u otra clasificación por la fórmula empleada por el legislador en su redacción. Es necesario, entonces, analizar con atención los términos utilizados para no incurrir en confusiones.

Los artículos 393, 396, 397 del Código Civil son normas imperativas, por cuanto imponen ciertos requisitos para realizar el acto. Por su parte, el artículo 402 del Código Civil es prohibitivo en su primer inciso e imperativa en el segundo²⁹.

²⁸ MANSILLA Y MEJÍA. María Elena, 2010. Fraude a la Ley: Fraus legis facta. Cultura Jurídica I, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. p. 105. [En Línea] <[http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ\(Art_7\).pdf](http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ(Art_7).pdf)> [Consulta: 30/12/2015]

²⁹ PALMA, Pablo, 2013. “La ley”. [En Línea] <<http://www.derecho-chile.cl/la-ley/>> [Consulta: 29/03/2016].

El fraude a la ley se puede analizar bajo dos aspectos:

1° DESDE LA PERSPECTIVA DEL EVASOR: Es el acto doloso y voluntario con el fin de evitar la aplicación de una ley imperativa mediante la realización de uno o varios actos lícitos, para obtener un resultado contrario a la norma imperativa y por lo tanto ilícito. Bajo esta perspectiva, el Fraude a la Ley tiene la naturaleza de un acto ilícito.

2° DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO AGREDIDO: es un medio de defensa creado por la institución estatal con el fin de prevenir o sancionar las conductas que tiendan a burlar la aplicación de una ley imperativa. Bajo este último enfoque, el fraude a la ley es un medio de tutela, de protección de las normas imperativa de un Estado soberano.

Como señala ALBÓNICO: “El fraude es la conjunción del elemento intencional y el material, del corpous, esto es, la efectiva realización de actos aisladamente válidos, pero que en su conjunto llevan un resultado absolutamente prohibido por la ley, y el animus, la intención que mueve al agente a realizarlos, el deliberado

propósito de sustraerse a la norma que se le veda, refugiándose en el texto de la ley para violarla en su espíritu”³⁰.

Otro elemento del fraude a la ley es el “factor de conexión”, pues básicamente esta institución se trata de que ante un conflicto derivado de un contrato internacional, donde hay varios puntos de conexión con diferentes ordenamientos jurídicos, las partes han decidido ignorarlos y pactar un derecho aplicable que resuelva el conflicto sin ninguna relación con el contrato, para evadir las normas imperativas de los ordenamientos que gobiernan los contratos.

Hay, en el fraude a la ley un elemento anímico, un animus de mentir, de una absoluta ausencia de sinceridad al momento de invocar la aplicación de una ley distinta a fin de burlar la ley original y verdaderamente aplicable, todo ello para obtener los fines deseados y no para regirse en forma normal y definitiva bajo el imperio de la nueva ley. De acuerdo con lo anterior, lo determinante para la existencia del fraude, es la intención de burlar la ley, intención que deberá ser apreciada y determinada por el juez³¹.

³⁰ DÍAZ, Robledo, Fabián, 1999. Conflicto y Autonomía de la voluntad en los contratos mercantiles internacionales. En: II Jornadas Argentino-Chilenas de Instituto de Derecho Comercial, Mendoza, Argentina.

³¹ MANSILLA Y MEJÍA, María Elena Op. Cit. Pág. 117.

“Niboyet sostiene que en el fraude a la ley existe: “...la intención, es decir, la voluntad de burlar una ley que contiene una disposición que prohíbe realizar el acto proyectado. “Se trata, es verdad”, sostiene el autor...” de una intención; pero no va acompañada del propósito de causar perjuicio a un tercero, sino tan sólo, del de no respetar la ley”³²

Pero si bien las partes logran a través de este actuar doloso un fin lícito totalmente acorde a sus intereses, ¿Es condenable el fraude a la ley? ¿Es posible perseguirlo, considerando que en los hechos no se causa un perjuicio concreto con su realización, sino que más bien, causa un beneficio a las partes? ¿Es realmente sancionado el fraude a la ley?

“La doctrina francesa fue la primera en hablar de la teoría del fraude a la ley siendo el primer caso emblemático el llamado “affaire” de los esposos Vidal y el proceso de la Princesa de Beaufremont. El primero, referido a dos cónyuges franceses que se naturalizan en un cantón suizo para divorciarse inmediatamente: el tribunal decretó la nulidad del segundo matrimonio de la señora Vidal con fundamento en la comisión de fraude a la ley francesa que

³² NIBOYET, Jean Paulin, 1957. Principios de Derecho Internacional Privado, Selección de la Segunda Edición Francesa. Editora Nacional, México, p. 445.

impedía el divorcio vincular. El segundo caso, trata de la Princesa de Beaufremont, quien va a Alemania para naturalizarse y casarse con el príncipe Bibesco: en resumen, el Príncipe de Beaufremont solicita y obtiene de la Corte de Casación francesa la nulidad de la naturalización como de las segundas nupcias, fundándose en la intención de defraudar la ley francesa”³³.

Hay diversas posturas respecto al fraude a la ley, algunas que la niegan y otras que afirman su existencia.

1. Teorías Negatorias:

Se señala la inexistencia del fraude a la ley por aquellos autores que entienden que tal concepto atentaría contra el principio de seguridad en el comercio jurídico, ya que esta noción entra a analizar la intención del autor del acto en cada caso particular, indagando los móviles que han tenido las partes para cambiar los puntos de conexión en cuestión. Esto daría pie a situaciones abusivas ya que quedaría a criterio de los jueces determinar la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, pasando a depender la aplicación de la mera voluntad del mismo

³³ MORAGA, Pamela. y ORTIZ, Susana, 2002. Orden Público y Fraude a la Ley como Limitaciones al Derecho extranjero normalmente competente. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, Chile. p. 71.

juez. Así, Lepaulle señala que “sin ventaja para nadie, la excepción del fraude a la ley perturbaría los negocios de escala internacional en los que no se puede operar ni buscar la ley más favorable en cada momento”.

A su vez, MIAJA DE LA MUELA señala que la noción de fraude a la ley responde a un supuesto particular de orden público: “ambos tienen por finalidad conservar la absoluta imperatividad de ciertas leyes materiales del foro cuando falla... el mínimo de equivalencia entre las instituciones de diversos países y proclamar la ineficacia de actos perfectamente lícitos porque de ellos se deduce una consecuencia contraria a las finalidades de las leyes que han servido para crearlos. Se aproxima el concepto de fraude a la ley al de abuso del derecho”³⁴.

Como argumento de cierre para las teorías negatorias del fraude a la ley se utiliza el concepto de autonomía de la voluntad, en el sentido de que las partes son perfectamente libres de elegir la legislación que les sea más favorable. El acto de acogerse a los beneficios de una regla de Derecho Internacional Privado como es la autonomía de la voluntad es totalmente lícito: el que lo hace ejercita un derecho y no viola la ley eludida. Como señala TAVERS: “Dado que los sujetos de derecho gozan de perfecta libertad para cambiar de nacionalidad y domicilio,

³⁴ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. “Derecho Internacional Privado”, 5ª Edición, Madrid, 1969, Tomo I, p. 350.

no puede considerarse que cuando lo hacen efectúen un acto fraudulento o que deba ser castigado de alguna forma por el derecho”³⁵.

2. Teorías Afirmatorias:

Las teorías que afirman la existencia del fraude a la ley y por lo tanto su sanción se bastan en que el principio de autonomía de la voluntad no es absoluto. Autores como Niboyet, Messia, Battifol y Lerebours-Pigeonnière lo señalan.

Asímismo MALUENDA PARRAGUEZ señala que “en relación a los contratos internacionales, la teoría del fraude a la ley es actualmente aplicable a la materia, por la vía de elaborar en las relaciones jurídicas internacionales pactos de electio iuris que vulneran normas de aplicación necesaria que les pudieran afectar”³⁶.

Por lo tanto, el fraude a la ley sería sancionable y se configuraría cuando hay normas de aplicación necesaria a los contratos que pretendan eludirse

³⁵ TAVERS M, 1930. La Nationalité de Sociétés Commerciales, Tomo II. En: FAUNDEZ L, 1963. “El fraude a la ley en el Derecho internacional privado”. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Editorial Universitaria S.A. Santiago. p. 25

³⁶ MALUENDA Parraguez, Rodrigo, 1998. Contratos Internacionales, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile. p. 97.

deliberadamente por las partes en pos de una mejor satisfacción a sus intereses. Así, se da cuenta de que el fraude a la ley actúa como una limitación a la autonomía de la voluntad como fuente del derecho aplicable a los contratos internacionales.

3. Teorías eclécticas o de admisión parcial

Autores como Battifol, Aminjon, Lagarde, exponen que existe el fraude a la ley haciéndolo aplicable únicamente a los contratos y la forma de los actos, pero la rechaza en todos los casos de cambio de nacionalidad, pues consideran que tal hecho responde a un específico interés de las partes y no de modo antojadizo.

Sin embargo, tal circunstancia también cabría dentro de los argumentos que niegan la existencia del fraude a la ley, pues daría pie a la mayor interpretación del juez en búsqueda de la voluntad real de las partes para efectuar tales cambios, haciendo depender de ello la aplicación o no de las normas jurídicas escogidas.

4. Situación actual de la teoría del fraude a la ley

En el Derecho Internacional, la conferencia interamericana de Montevideo de 1979 aprobó la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, ratificada por países tales como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, en cuyo Artículo 6° señala que “no se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un estado parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas”, lo cual da plena aceptación al fraude a la ley.

En Chile, si bien no existe una reglamentación uniforme que recepte el fraude a la ley y lo sancione en forma expresa, DOMINGUEZ SEÑALA: "Así entonces, a lo largo de todo el Código Civil volvemos a encontrar esa repugnancia al fraude: para impedir el provecho que su descubrimiento pudiere implicar, o para castigar con inhabilidad o con cesación en cargos si el titular ha actuado con fraude; para sancionar patrimonialmente al fraudulento, para obligarle a indemnizar los daños causados, aunque a él se le deba algo equivalente por parte del defraudado, para

anular el acto fraudulento en perjuicio de terceros. Si pues el fraude no se admite en todas esas y en otras hipótesis, ¿cómo admitir que fuera de ellas, el fraude no haya de recibir sanción- ¿Cómo entender que tales reglas sean sólo la consagración de sanciones específicas y sujetas, por lo mismo a un verdadero principio de especialidad, y no las demostraciones de un principio general, que las informa todas, principio que, por lo mismo, es posible extrapolar a todo caso de fraude- Porque ¿Qué justificaría que pudiera sancionarse legislativamente al guardador fraudulento, por traicionar la confianza que en él se ha depositado, mas no al mandatario que con tanto o mayor confianza ha recibido el encargo de su mandante, o al promitente vendedor que burla su obligación?

No es pues necesario ir más lejos para descubrir también en el Derecho Positivo la consagración del principio "fraus omnia corrumpit", porque no es por mero capricho o casualidad legislativa que el Código Civil sanciona en no menos de veinte disposiciones, maniobras fraudulentas en instituciones diversas y sin que entre ellas exista otro elemento común que el fraude"³⁷.

Así, podemos ver normas que sancionan expresamente el fraude a la ley en el Artículo 83 de la Ley de matrimonio civil, en virtud de la cual se sanciona el

³⁷ DOMINGUEZ, Ramón, 1992."Fraus omnia corrumpit": Notas sobre el fraude en el Derecho Civil, en Revista de Derecho y Jurisprudencia N°89, Santiago, p. 3.

fraude a la ley en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras en materia de divorcio, sin perjuicio de las críticas que pueda recibir la misma disposición³⁸.

Así, en doctrina se ha recurrido al espíritu de la legislación que rige esta materia. *DUNKER BIGGS* señala que “el proyecto de Código Civil de 1853 disponía que los chilenos, no obstante tengan su domicilio, residencia o naturalización en el extranjero... negando los efectos de la naturalización del chileno en lo relativo a su estatuto personal”³⁹. Es decir, se desconocían los efectos del cambio de nacionalidad o naturalización del chileno, siendo el único motivo que explicara tal decisión el temor al fraude a la ley, admitiendo implícitamente la institución al menos en el estatuto personal.

Posteriormente el artículo 11 fue modificado por el actual artículo 15 respecto al estatuto personal, señalándose que el chileno que se naturaliza en otro país deja de estar sujeto a las leyes chilenas, independiente de su motivo, lo cual explica *DUNKER* que obedece al deseo muy plausible de evitar actos fraudulentos. Esta posición es apoyada por *ALBÓNICO*⁴⁰.

³⁸ CANELO, Carola Op. cit. Pág. 51.

³⁹ *DUNKER BIGGS F*, 1950. Derecho Internacional Privado, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 428.

⁴⁰ *ALBÓNICO*, Fernando, 1950. Manual de Derecho Internacional Privado, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, p. 293 y ss.

Según señala LEON STEFFENS, “la práctica internacional apunta al desarrollo del fraude a la ley en el campo de la jurisdicción, configurando para estos efectos la manipulación de criterios de competencia judicial mediante la figura del fórum shopping”⁴¹.

D. Límite del “Foro de No Conveniencia”

Una actitud que pueden tomar las partes al ejercer su autonomía de la voluntad en virtud de la cláusula de elección de ley es el fórum shopping: práctica adoptada por las partes para que sus conflictos sean vistos por un foro en el cual el Derecho sea más conveniente y favorable para ellos.

En cuanto a esta figura, hay que señalar que es propiciada por concebir a la autonomía de la voluntad de una forma plena –como señalarían las tesis subjetivas de la misma –pues representa totalmente la satisfacción de los intereses de las partes en los contratos, ya que no es sólo elegir el derecho

⁴¹ MORAGA, Pamela y ORTIZ, Susana. Op. cit. Pág. 111.

aplicable al contrato, sino que también escoger el tribunal adecuado para que ésta sea totalmente aceptada.

Como señala REINOSO BARBERO: “Los cuerpos legales atribuyen al juez de cualquier Estado miembro de la UE, y demás vinculados convencionalmente con ella en esta materia, la responsabilidad de establecer, conforme a sus propias normas de conflicto, la ley que resulte aplicable a la obligación de la que derive el proceso en cuestión. El forum-shopping y el law-shopping son prácticas ya detectadas y constatadas que demuestran la envergadura del problema, en las que el demandante elige el juez en atención a los beneficios que le reporta la ley aplicable que aquél impondrá.”⁴²

Esta práctica, si bien no es ilegal per se, está prohibida en ciertos lugares, como es en el Convenio de Roma –cuyo contenido de sus disposiciones se analizará en un capítulo aparte –puesto que así se evita el fraude a las leyes de los ordenamientos jurídicos conexos al contrato: en efecto, las partes pueden escoger entre diversos ordenamientos jurídicos aplicables en razón del ejercicio de su autonomía privada, pero el derecho aplicable finalmente escogido, en razón del foro que conocerá del asunto, por ser más conveniente y favorable para ellos,

⁴² REINOSO, Fernando, 2009. Foro de Conveniencia, Derecho de Conveniencia y Nulidad. Revista de Derecho UNED, N°4. p. 322.

puede llevar a sobrepasar los límites del orden público internacional que rige al contrato. Es por ello que se limita la autonomía de la voluntad en ese sentido, señalándose en el Convenio de Roma que el Derecho aplicable a la cláusula de elección de ley ha de guardar relación con el negocio de que se trata⁴³.

Así, el Reglamento de la UE sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales que, aunque sea de forma indirecta, afecta a la competencia territorial. Esto es, el juez ante el que se presenta una demanda debe examinar su propia competencia, para lo que resulta indispensable determinar cuál es el lugar de cumplimiento de la obligación contractual, lo que implica establecer previamente, conforme a sus normas de conflicto, la ley que resulta aplicable a esa obligación. Dada la extraordinaria importancia de las obligaciones contractuales resulta obligado un breve comentario a esta cuestión.

En este estado de cosas el Reglamento establece criterios que el Juez ha de tener en cuenta para poder determinar si es o no competente. El primer criterio de determinación de la ley aplicable será la elegida por los contratantes y, en su defecto, el juez la determina con cargo a unos criterios específicos para cada tipo particular de contrato. Si el contrato no puede catalogarse como uno de los tipos

⁴³ GARCÍA Castillo, Tonatiuh. Op. cit p. 71.

específicos, o si sus elementos corresponden a más de uno de los tipos especificados, «debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad». Si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos, se prevén 'cláusulas de escape'.

Forum non conveniens o "Foro de no Conveniencia" es el nombre con el cual se ha denominado a la doctrina que permite a una corte declinar su competencia por considerar que los intereses de la partes y la justicia estarían mejor atendidos si la controversia se decidiera en otro foro, lo cual es expresión clara de que la autonomía de la voluntad podría limitarse en base a esto⁴⁴. En efecto, si bien las partes pueden escoger un foro determinado para que resuelva sus conflictos, a través de la doctrina del foro de no conveniencia un tribunal o Corte escogidos podrían declinar de conocer el asunto por no tener una conexión con el contrato en conflicto.

⁴⁴ *Johnson v. Spider Staging Corp.*, 87 Wash.2d 577, 555 P.2d 997, 999, 1000. En: Black's Law Dictionary, Sexta Edición, p. 655. Traducción de GONZÁLEZ Rivas, Eugenia. La Doctrina del Forum Non Conveniens.

La doctrina de *forum non conveniens* tiene dos propósitos. Primero, proteger a las partes, especialmente al demandado, evitando que la defensa se dificulte en razón de la distancia que lo separa del lugar en que se lleva a cabo el juicio. Naturalmente, el argumento de interés de las partes se debilita cuando el demandante, por considerar que conviene a sus propios intereses, decide entablar la demanda en el lugar donde tiene su domicilio el demandado. El segundo propósito es de interés público: procurar que toda controversia sea resuelta por las cortes de la comunidad que resulte más afectada por la sentencia, o que tenga mayor interés en el caso. Se considera injusto que las cortes y los ciudadanos del foro “inconveniente” gasten tiempo y recursos en un juicio que no tendrá trascendencia en su comunidad. Este razonamiento se basa no sólo en la carga de trabajo de las cortes, sino también en la obligación que tienen los ciudadanos de servir como jurado. Como se puede apreciar, es un instrumento del que disponen los jueces para evitar el “forum shopping”.

Por regla general, las cortes estadounidenses respetan la elección de foro hecha por las partes expresamente en el texto de un contrato. Sin embargo, aún en presencia de una cláusula de selección de jurisdicción, puede un juez utilizar su facultad discrecional y abstenerse de resolver una controversia con base en

la doctrina de *forum non conveniens*. Las opiniones a este respecto varían de un estado al otro, e incluso de una corte federal a otra.⁴⁵

En los Estados Unidos de América se han desarrollado paralelamente dos líneas de precedentes jurisprudenciales. Por una parte, en 1972 la Suprema Corte estableció que las cláusulas válidas de selección de foro deben, en principio, ser respetadas por las cortes.⁴⁶ Por otro lado, la doctrina de *forum non conveniens* sigue vigente, y las cortes se han basado en ella para declinar su competencia incluso en presencia de una cláusula de selección de foro. Esto es porque a menos de que se haya establecido expresamente la exclusividad, se presume que la elección de las partes no excluye la competencia de otras cortes. La redacción de la cláusula de selección de foro resulta, pues, sumamente importante.

Sin embargo, no hay criterios certeros respecto al foro de no conveniencia y aún más, no se tiene claro en qué medida se ha de respetar la elección de foro de las partes, tanto en Europa como en los Estados Unidos de América. En Chile

⁴⁵ En su artículo "*Forum Selection and Forum Rejection in US Courts: one Rationale for a Global Choice of Court Convention*", el profesor Ronald A. Brand hace un análisis detallado de los precedentes que existen en diferentes estados y cortes federales en materia de cláusulas de selección de foro y *forum non conveniens*.

⁴⁶ Suprema Corte de Estados Unidos, 1972. En: Black's Law Dictionary, Sexta Edición, p. 407.

la respuesta puede darse analizando las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales que permiten el sometimiento a jurisdicciones extranjeras, lo cual se ve reforzado por las disposiciones de la ley de arbitraje comercial internacional. Sin embargo, la práctica también establece que muchos casos de reconocimiento de sentencias extranjeras hacen inaplicables aquellas sentencias en el país por no tener conexión con el contrato o por quebrantar el orden público chileno.

Por lo tanto, de un somero análisis de las cláusulas de elección de ley puede desprenderse que están limitadas por el orden público internacional, las buenas costumbres y las normas imperativas del foro que han de aplicarse necesariamente por los tribunales que resuelven los conflictos, y aún más, por el reconocimiento o no del foro que resuelve los conflictos de las partes, demostrándose que la autonomía de la voluntad expresada en la cláusula de elección de ley no es absoluta y está siempre sujeta a cierto tipo de limitación.

3. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Para dar respuesta a la pregunta de investigación formulada es necesario el estudio de la evolución que ha tenido el concepto de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales.

El concepto de autonomía de la voluntad sienta las bases de la contratación en el mundo occidental. Esto es así, dado que se sigue la máxima en el derecho privado según la cual puede hacerse todo lo que no esté expresamente prohibido, por tanto, la autonomía de la voluntad juega un papel preponderante en la regulación de las transacciones entre particulares. El propio Código Civil chileno recoge esta máxima señalando que en su Artículo 1545 que “Todo contrato válidamente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Aún más, un sinnúmero de instituciones propias del derecho civil y sus ramas relacionadas se fundan en el principio de autonomía de la voluntad, tales como, por ejemplo, las reglas de interpretación de los contratos.

En ese sentido, también la autonomía de la voluntad alcanza el ámbito de los contratos internacionales. Señalándose ya su concepto y aparentes “límites”, puede darse cuenta de que si bien la autonomía privada es una máxima ideal, ésta no es absoluta, viendo mermada su eficacia por al menos dos limitaciones ya analizadas: el orden público y las buenas costumbres, lo cual tras un análisis detallado de las mismas nos lleva a concluir que finalmente lo importante es cómo recogen los ordenamientos jurídicos estas limitantes en su derecho interno para poder saber en qué medida van a actuar para coartar el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En este punto corresponde extrapolar el concepto de autonomía de la voluntad al ámbito de la contratación internacional, para ver primero en qué medida se ha recogido a lo largo de la historia de la contratación internacional y, en segundo lugar, qué manifestaciones reviste la misma en la práctica de la misma.

1) LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS INICIOS DE LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

En cuanto a los orígenes históricos, pueden señalarse diversos autores que exponen sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales. Así, podemos encontrar según expone Javier Carrascosa González, a:

1. Estatutarios y canonistas, los cuales señalaban que los contratos internacionales deben regularse por la ley del lugar de celebración. Estatutarios y canonistas se basaron en la Ley Si fundus del Digesto, la cual señala como fundamento a la regla “Ley del país de la celebración del contrato” la Soberanía estatal: los actos celebrados en el territorio de un país deben quedar sujetos a la Ley de ese país. Así se respeta la Soberanía de dicho Estado sobre su territorio.
2. Pero posteriormente en los orígenes históricos de la autonomía de la voluntad, se da cuenta de que la ley de celebración del contrato puede ser casual, lo que haría aplicable una ley estatal imprevisible para los contratantes.

3. Bartholo propuso una distinción:

- Ley aplicable a la conclusión del contrato: ley del lugar de celebración

- Ley aplicable a los efectos del mismo: ley del lugar de ejecución si hay acuerdo entre las partes. A falta de ella, ley material del tribunal que conoce el asunto (lex fori). La sostuvieron también autores como U. Huber, Burgundus y Boullenois⁴⁷.

4. Rouchus Curtius señaló que se aplicaba la ley del lugar de celebración porque esa era la voluntad implícita de las partes. (Lo apoya De Ganey).

5. DuMoulin señala que rige el pacto tácito del lugar de celebración o la elección de las partes⁴⁸.

No sería sino a fines del siglo XIX con el prometedor surgimiento del comercio internacional en otros lugares gracias al avance de la tecnología, que

⁴⁷ CARRASCOSA, González, Javier. Op. cit. p. 10

⁴⁸ Ibid. p. 11.

surgen las teorías respecto a la autonomía de la voluntad como rectora del derecho aplicable a los contratos internacionales, pudiendo distinguir dos tipos: teorías subjetivas y teorías objetivo-localistas.

1ª Teorías subjetivas según las teorías puramente subjetivas de la autonomía de la voluntad, a fines del siglo XIX, se señalaba que la voluntad constituye una ley por sí misma.

Es por ello que en esa lógica liberal, podía sostenerse que la autonomía de la voluntad era plena y por tanto, la única fuente de fuerza obligatoria en los contratos. Así, una cláusula de elección de ley, por ejemplo, podía establecer el derecho aplicable que se le antojara a las partes sin más limitaciones, dando por satisfechos los intereses de las partes de la forma más cómoda posible. Es por ello que cuando las partes en el contrato incluyen una cláusula de elección de ley, ésta se torna en una norma material que tiene fuerza obligatoria por sí misma, porque las partes han escogido darle tal fuerza, siendo esto parte integrante del contrato y no estando sujeta a ninguna autoridad superior más que a la misma voluntad de las partes.

2° Teorías objetivo-localizadoras: esta teoría parte su posición doctrinaria desde una crítica a la teoría subjetiva. Según las teorías objetivo-localizadoras: si consideramos a la autonomía de la voluntad por sí sola como una fuente de normas materiales de derecho aplicable a los contratos internacionales, produce varios problemas. Así, pueden las mismas resultar contrarias al orden público del ordenamiento jurídico aplicable a las partes y además convertirse en cláusulas sin un sustento que les de fuerza obligatoria por sobre la voluntad de las partes, lo que ocasionaría una ingobernabilidad del contrato, toda vez que al ser la cláusula de elección de ley una mera cláusula contractual, la misma quedaría sin posibilidad de ser aplicada por la nulidad del contrato en su totalidad.

Por ello ya en el siglo XX, la autonomía de la voluntad plena comenzó a verse con malos ojos, dados los regímenes totalitarios que se instauraban particularmente en Europa. En el ámbito contractual, la tesis objetivista señaló que al igual que en los contratos nacionales, en la contratación internacional la ley aplicable es la designada por el legislador y, en su defecto, por el juez mediante las normas de conflicto del foro⁴⁹. Es decir, las cláusulas de elección de ley, donde se expresa la autonomía de la voluntad, se reducen a una mera

⁴⁹ BOUZA Vidal, Nuria, 2013. Aspectos actuales de la Autonomía de la Voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 40, N° 3. p. 9 [En Línea] <http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf> [Consulta 25/08/2015]

incorporación de sus disposiciones al contenido del contrato, localizando al contrato en un determinado ordenamiento jurídico que el juez ha de aplicar, teniéndose las normas de aquel ordenamiento incorporadas al contrato en virtud de la cláusula.

Así las cosas, las partes no crean ya derecho material con sus cláusulas de elección de ley, sino que solamente fijan qué derecho ya establecido y dotado de autoridad ha de aplicarse al contrato, todo aquello con el fin de aplacar la desmedida amplitud e ingobernabilidad que pudiesen tener las normas escogidas una por una por las partes. Además esta postura tiene un importante impacto en cuanto a la disminución de los costos de transacción, toda vez que es más simple para las partes escoger tal o cual ordenamiento jurídico a crear normas autónomas ad hoc a las relaciones contractuales que tienen entre ellas.

En esta misma línea de ideas, también fueron surgiendo las diferentes limitaciones al ejercicio de la autonomía de la voluntad, pues no es que la cláusula de elección de ley cumpla una función meramente localizadora, sino que también la misma tiene límites en su ejercicio, sin poder verse comprometidos en la misma el orden público, las buenas costumbres, y en definitiva, las normas imperativas a las cuales han de estar sujetas las partes.

En ese sentido, si seguimos la idea de la tesis objetivo – localizadora, si la autonomía de la voluntad expresada en la cláusula de elección de ley no cumple con las limitaciones impuestas por la ley del foro, el juez que conoce del litigio la dejará sin efecto, teniendo que aplicar por lo tanto, el derecho que considere aplicable siguiendo diversos criterios, sea determinando el mismo en consideración al contexto del contrato (el del lugar de ejecución, celebración, el de la nacionalidad de alguna de las partes, entre otros) o ateniéndose a las normas generales de derecho internacional privado.

La tesis objetivo – localizadora llevaría a la peligrosa situación –para las partes – de ver su contrato regulado por un ordenamiento jurídico que no es el que va acorde a sus intereses.

2) INICIATIVAS PARA DOTAR DE SEGURIDAD A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES Y DISMINUIR COSTOS DE TRANSACCIÓN

1º) Diferentes Estados han generado un régimen jurídico material que regula ciertos contratos internacionales en particular, como la venta internacional de mercaderías y/o el transporte de mercancías. Numerosos Convenios internacionales siguen este sistema de Derecho uniforme lato sensu.

“Pero el Derecho uniforme lato sensu es una técnica que presenta graves inconvenientes: sus costes de elaboración son elevadísimos, –es difícil un consenso internacional amplio para elaborar un Convenio de normas materiales, vistas las grandes diferencias entre los Derechos de los Estados partes–, es difícilmente modificable, no permite la competencia entre Derechos estatales, reduciendo las opciones de los contratantes para elegir The Better Law, e incluso puede aumentar los costes de los contratantes, que deben conocer sus Leyes nacionales, aplicables a los contratos internos, y la nueva normativa internacional, aplicable a los contratos internacionales”⁵⁰.

2º) Cuando la unificación de las normas materiales aplicables a los contratos internacionales no ha sido posible, ciertos Estados han conseguido generar Convenios internacionales que contienen normas de conflicto comunes a todos los Estados partes en tales Convenios. De ese modo, al menos, la Ley estatal aplicable a los contratos internacionales será siempre la misma con independencia del tribunal que conozca del asunto, siempre que se trate de un tribunal de un Estado parte en el Convenio de que se trate. Esta solución es más sencilla de alcanzar; permite la competencia entre Derechos estatales y además

⁵⁰ CARRASCOSA González, Javier. Op. cit. p. 8.

puede no aumentar los costes jurídicos de las empresas, que pueden sujetar todos sus contratos, internos e internacionales, a una misma Ley.

3º) Pero junto a los Estados, los protagonistas de las transacciones internacionales (comerciantes) han generado reglas que rigen ciertos aspectos de la contratación internacional y que han cristalizado en diferentes realizaciones. Así, existen determinados usos mercantiles internacionales, cláusulas y prácticas comerciales comunes en el comercio internacional (INCOTERMS 2000, AFTD, condiciones generales de la contratación, Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, entre otros.), que afectan a numerosos tipos contractuales, y muy especialmente, a la compraventa internacional de mercancías. Las reglas creadas por la sociedad internacional de comerciantes cobrarían una auténtica vinculación jurídica para tales sujetos. Es la “Nueva Lex Mercatoria”, un “Derecho” que pretende ser independiente de los Derechos estatales, que los comerciantes consideran “inadaptados” para regular el comercio internacional. Un Derecho contractual de auténtica raíz internacional y que se aplicaría al margen de los Derechos estatales⁵¹.

⁵¹ Ibid. p. 9

Estas tres iniciativas coexisten en la regulación actual de los contratos internacionales. Los contratantes las utilizan para trazar el “mejor régimen jurídico” de su contrato internacional. Pero cómo se ve, todas acarrear inconvenientes, sobre todo para los costos de transacción asociados y en particular, la incertidumbre acerca de la aplicación efectiva de estos cuerpos normativos: Los tribunales tanto nacionales como supranacionales e incluso arbitrales, pueden dirimir acerca de la aplicación o no de ciertos cuerpos normativos en razón de que pueden ellos mismos estar limitados en su decisión según el lugar donde haya de producir efectos la sentencia que éstos dicten o la ley que les da fuerza para actuar como tribunales, lo cual es un problema de reconocimiento de sentencias extranjeras o laudos arbitrales para su ejecución en un país determinado.

3) NUEVAS TENDENCIAS RESPECTO A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Entre las nuevas tendencias en el comercio internacional respecto al derecho aplicable, varios esfuerzos se han reunido para hacer surgir diversos cuerpos normativos que hagan más simple la tarea de determinar el derecho aplicable, recogiendo muchos de ellos, en mayor o menor medida, a la autonomía de la voluntad como uno de los factores determinantes del mismo.

Así, podemos encontrar entre estos cuerpos normativos al Convenio de Roma de 1980, elaborado en el creciente desarrollo económico y la ideología del Estado de bienestar dominante en Europa. Este cuerpo normativo pretende equilibrar la voluntad individual y a la vez, proteger y promover las políticas económicas y sociales de cada Estado perteneciente a la Unión Europea.

En éste, la cláusula de elección de ley deja de ser vista únicamente como un mecanismo de incorporación de las disposiciones de la ley elegida al contenido del contrato (“autonomía material”), como pretendían tanto los “subjetivistas” como los “objetivistas, para pasar a tener un significado más amplio. La elección de ley se convierte en un punto de conexión de la norma de conflicto susceptible de desplazar los puntos de conexión previstos por el legislador. Al elegir la ley aplicable, las partes no solo seleccionan las disposiciones que deberán integrar o completar las estipulaciones contractuales; sino que además designan el Estado cuyas leyes dotarán de fuerza obligatoria al contrato y, en definitiva, sancionarán su validez y eficacia. Esta concepción de la autonomía de la voluntad, se diferencia claramente con las doctrinas anteriormente mencionadas. Frente a las tesis subjetivistas, el Convenio mantiene la supremacía de la ley estatal sobre la voluntad de las partes; frente a los objetivistas, no solo el legislador, sino también los particulares pueden

resolver los “conflicto de leyes “ que susciten los contratos vinculados a distintos ordenamientos, eligiendo la ley aplicable (*lex contractus*). Sin embargo, la normativa respecto a lo que establece el Convenio de Roma será analizada en el capítulo siguiente de modo más detallado, para ver en qué medida recoge realmente la autonomía de la voluntad en sus diversas manifestaciones.

En cuanto a la regulación de los contratos internacionales en Latinoamérica, pueden verse diversos esfuerzos, tales como, la Convención de México, escasamente ratificada en el continente –de hecho, Chile no la tiene ratificada ni es partícipe de ella –y también la regulación que se da en el ámbito del MERCOSUR, dentro de cuyos países participantes está Chile como “Estado asociado”.

Podemos destacar, a groso modo, que la Convención de México también recoge la autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales, señalando que “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes” ocupando un término más amplio que el de Ley, lo que da pie para que pueda pactarse la aplicación de la *lex mercatoria* o derecho trasnacional y los principios de UNIDROIT, siendo por lo tanto más amplio que el Convenio de Roma.

En cuanto a la reglamentación del MERCOSUR, ésta sigue casi la misma orientación de la Convención de México, en el sentido de que establece con amplitud la posibilidad de las partes de poder elegir un derecho aplicable a sus relaciones contractuales internacionales, dando la posibilidad de que se escojan diversos cuerpos normativos que no constituyen derecho positivo perteneciente a un determinado Estado. Con todo, es un proyecto que no ha causado gran impacto, a pesar de consagrar diversas directrices respecto a la reglamentación de la contratación internacional.

De más alto impacto, contando con 85 Estados parte y utilizada por gran parte de los agente del comercio internacional⁵², es la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual da la posibilidad de que las partes puedan hacer aplicable la Convención y a su vez, alterar la aplicación de cualquiera de sus cláusulas, dando acogida a una autonomía plena dentro del ámbito establecido por la Convención.

⁵² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2016. Situación actual
Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980 [En Línea] <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> [Consulta: 07/10/2016]

4) AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUENTE DE USOS COMERCIALES

En este último punto de la evolución de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales me referiré a lo que está más en boga en la materia: la *lex mercatoria*. Es importante analizarla porque constituye a mi parecer una vuelta de tuerca en lo que es la autonomía de la voluntad como generadora de normas materiales en los contratos internacionales en el sentido de que es posible sostener que rompe con todo lo que se había sostenido anteriormente sobre el alcance de la autonomía de la voluntad. Aún más, en el debate suscitado por la Comisión de la Unión Europea sobre la actualización del Convenio de Roma de 1980 y su transformación en un instrumento comunitario, una de las cuestiones planteadas ha sido la eventual aceptación de la autonomía de la voluntad como *lex contractus* y no como simple cláusula de incorporación contractual de una normativa no estatal por parte de los Estados miembros.

Esto es así por el gran avance que ha tenido la *lex mercatoria* en cuanto a la complejidad de las normas que establece, pues las relaciones comerciales internacionales han ido acompañadas de una mayor regulación dentro de las mismas, formándose una verdadera “costumbre entre comerciantes” que regula de modo más cabal los posibles conflictos que puedan suscitarse entre ellos. Así, la autonomía de la voluntad se ha convertido en una fuente material de usos y

prácticas que se han tornado obligatorias dentro del rubro del comercio internacional.

Además, como se ha analizado previamente, los nuevos instrumentos multilaterales relativos a la contratación internacional han ido ampliando las opciones para los agentes del comercio, quienes no sólo pueden “escoger una ley”, sino que también toda otra norma de Derecho que consideren apropiada para dirimir sus eventuales conflictos. De esa forma podemos sostener que hay tratados internacionales que van aceptando la *lex mercatoria* expresamente como el derecho aplicable al contrato, en virtud de la autonomía de la voluntad.

A pesar de que el Convenio de Roma no habilita a los contratantes a elegir como *lex contractus* una normativa no estatal, ello no significa que las partes no puedan incorporar al contenido del contrato diversos elementos de la *lex mercatoria* o que dichos elementos no puedan ser aplicados por el juez en aquellos supuestos en que la *lex contractus* remite expresamente a los mismos para regular determinados aspectos de la relación contractual, por ejemplo, declarando aplicables los usos y prácticas regularmente observados por los operadores económicos que realizan un mismo tipo de contratos en un determinado sector del comercio internacional. La libertad de elección sin límites que el Artículo 3 del Convenio de Roma reconoce a los contratantes se refiere

únicamente a la ley que rige el poder de autorregulación de que disponen para establecer el contenido de sus mutuas relaciones.

Cuando están en juego intereses distintos a las propias partes contratantes el Artículo 3 no resulta aplicable. Los efectos del contrato frente a terceros o la incidencia del mismo sobre objetivos de interés general son cuestiones que se hallan reguladas por otras normas de conflicto o por las normas internacionalmente imperativas o leyes de policía del foro o, eventualmente, de un tercer Estado.

Esto nos lleva a importantes conclusiones, ya que según lo comprende el Convenio de Roma, si bien la autonomía de la voluntad puede recoger la *lex mercatoria*, es necesario que ésta se encuentre también incorporada en la *lex contractus*, es decir, en la “ley” escogida por las partes para la regulación del asunto en cuestión, no puede establecerse la *lex mercatoria* por sí sola.

Ahora bien, así como se ha analizado el problema, puede verse que en un primer momento, la autonomía de la voluntad pudo haber sido el factor determinante con total plenitud del derecho aplicable a los contratos internacionales – según las teorías subjetivistas – pasando luego a limitarse por

otro sector a un papel meramente localizador de un derecho estatal aplicable no determinado por las mismas partes.

4. ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

El ejercicio de la autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales puede revestir diversas figuras. En efecto, la elección que hagan las partes de la ley, además de escoger entre ordenamientos jurídicos distintos también puede contar con diversas modalidades. Así, la cláusula de elección de ley se vuelve la principal forma de dotar de derecho aplicable a un contrato, pudiendo llevar la misma a diversas alternativas: desde la elección de diversos ordenamientos jurídicos para regular un mismo contrato, pasando por la elección del derecho más conveniente aunque éste no tenga ninguna conexión con el mismo ni con las partes y hasta contratos sin una ley en particular aplicable, formando las mismas partes las normas de resolución de sus conflictos en el mismo contrato.

1) Cláusula de elección de ley y cláusula arbitral

Como hemos señalado anteriormente, la autonomía de la voluntad en cuanto a la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales se concreta en una cláusula del contrato denominada “cláusula de elección de ley”, que no es más que una parte accesoria del contrato en virtud de la cual las partes plasman el derecho aplicable a los conflictos que se susciten entre ellas con ocasión del contrato.

Ahora bien, como hemos analizado a lo largo de este trabajo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad puede tener límites, pudiendo ser tantos, que el ideal de autonomía de la voluntad como es concebido –como el máximo principio rector de la contratación –podría no verse reflejado en esta elección de las partes, pudiendo llevar incluso a que la cláusula carezca de valor práctico y los contratos terminen rigiéndose por normas que las partes no han tenido a la vista y ni siquiera han considerado aplicables a sus relaciones jurídicas.

En efecto, el ejercicio de la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, de la cláusula de elección de ley, ha de respetar ciertas limitaciones, aunque claro, éstas dependen de en qué contexto esté inserta esa elección de ley: para algunos

autores, la limitación no existirá en virtud del pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad; para otros, la limitación consistirá en el respeto por las normas de orden público y de las normas imperativas de los países en los cuales son nacionales las partes del contrato y para la gran mayoría, las normas que deberá respetar la cláusula de elección de ley serán las normas del foro donde se conocerá el asunto, es decir, la *lex fori*. Como dice Tonatiuh García Castillo: “antes de que las partes determinen qué ley regirá el compromiso, ya existe alguna que le da vida y validez. Normalmente se establece el requisito de que la ley que gobierna la norma convencional guarde relación con el negocio que se trata”⁵³.

Esto ocurriría particularmente cuando las partes no han escogido el foro que conocerá la resolución del conflicto, ni tampoco han establecido una cláusula arbitral al respecto, ya que en este caso no pueden prever ante qué jurisdicción va a recaer éste en caso de conflicto y no pueden adaptarse a las normas de conflicto del foro al que luego se acceda. Los pactos de jurisdicción son desde luego un medio probado para contrarrestar esto y lograr claridad jurídica, pero no está claro que siempre sean eficaces. Sin embargo, y debido a las inseguridades en materia de derecho internacional privado existentes en muchos países, incluso cuando la jurisdicción se haya determinado de antemano al celebrar el

⁵³ GARCÍA Castillo, Tonatiuh, *Lex contractus en los contratos internacionales*. [En Línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/7.pdf>] Consulta el 25 de agosto de 2015. Pág. 75.

contrato, esto no constituiría una garantía de que el derecho al que las partes sometieron su contrato fuera el efectivamente aplicado por el tribunal del Estado de la jurisdicción.

La única solución podría ser una unificación internacional del derecho internacional de los contratos, pero todos los Estados entienden los factores de conexión de modo diferente, por lo que es difícil que se pongan de acuerdo en ello.

Ahora bien, también es necesario señalar que la cláusula de elección de ley ha de cumplir ciertos requisitos para ser considerada válida en el contrato y así efectivamente sea aplicado el derecho escogido por las partes. Entre estos requisitos podríamos encontrar los siguientes.

1° Que el contrato tenga efectivamente el carácter de internacional, ya que solamente puede aplicarse una cláusula de elección de ley cuando se presenta un elemento de extranjería en el contrato, pues las leyes nacionales de contratos meramente nacionales son de aplicación necesaria –claramente puede verse la situación en el Código Civil chileno en su artículo 16, que señala que se deben

regir por la ley chilena los contratos y los bienes si los efectos del contrato han de cumplirse en Chile.

2° Que el contrato tenga el carácter de patrimonial: es de suma importancia que el contrato internacional tenga carácter de patrimonial, puesto que las transacciones de derechos extrapatrimoniales están regidas por regla general por normas de orden público aplicables insoslayablemente para las partes en los contratos.

3° Que se respeten las normas de orden público y de policía aplicables a las partes. En cuanto a este punto, queda la duda respecto a cuál sería el Derecho a respetarse en caso de que no se pacte ninguna cláusula de elección de foro o cláusula arbitral. En particular las cláusulas de elección de ley deben insertarse dentro de jurisdicciones en las cuales se acepte cabalmente esta elección de ley.

Así, por ejemplo, si se escoge dentro del contexto del Convenio de Roma, la elección está permitida de cualquier ordenamiento jurídico del mundo, siempre que se trate de un ordenamiento jurídico estatal, limitando la elección que puedan hacer las partes al respecto.

En ese sentido, resulta conveniente que las partes se sujeten a instrumentos internacionales suscritos por los Estados de sus respectivas nacionalidades o por la sede del foro donde resuelvan el conflicto, a fin de saber de antemano los requisitos a los cuales han de atenerse las cláusulas de elección de ley para ser válidas y disminuir los costos de transacción.

Sin embargo, esto no siempre se produce. Las partes pueden ser no del todo diligentes en este punto de la contratación, debiendo deducirse qué norma rige la validez de la cláusula. La perfección y la validez de la cláusula de elección del derecho deben apreciarse conforme al derecho que resultaría aplicable si la elección del derecho fuese válida. Lo mismo rige también cuando el contrato principal resulta inválido desde el punto de vista del derecho elegido⁵⁴.

Una actitud que pueden tomar las partes al ejercer su autonomía de la voluntad en virtud de la cláusula de elección de ley es el *forum shopping*: práctica adoptada por las partes para que sus conflictos sean vistos por un foro en el cual el Derecho sea más conveniente y favorable para ellos.

⁵⁴ LIEBLE, Stefan, 2011. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. Cuadernos de Derecho Transnacional, p. 214 [En Línea] <www.uc3m.es/cdt> [Consulta el 27/08/2015]

En cuanto a esta figura, hay que señalar que es propiciada por concebir a la autonomía de la voluntad de una forma plena –como señalarían las tesis subjetivas de la misma –pues representa totalmente la satisfacción de los intereses de las partes en los contratos, ya que no es sólo elegir el derecho aplicable al contrato, sino que también escoger el tribunal adecuado para que ésta sea totalmente aceptada.

Esta práctica, si bien no es ilegal per sé, está prohibida en ciertos instrumentos, como es en el Convenio de Roma, puesto que así se evita el fraude a las leyes de los ordenamientos jurídicos conexos al contrato: en efecto, las partes pueden escoger entre diversos ordenamientos jurídicos aplicables en razón del ejercicio de su autonomía privada, pero el derecho aplicable finalmente escogido, en razón del foro que conocerá del asunto, por ser más conveniente y favorable para ellos, puede llevar a sobrepasar los límites del orden público internacional que rige al contrato. Es por ello que se limita la autonomía de la voluntad en ese sentido, señalándose en el Convenio de Roma que el derecho aplicable a la cláusula de elección de ley ha de guardar relación con el negocio de que se trata⁵⁵.

⁵⁵ GARCÍA Castillo, Tonatiuh. Op. cit. p. 71.

La obligación del juez de aplicar, de oficio, la *lex fori*, representa también una limitación a la ley elegida por las partes, no pudiendo la decisión quebrantar sus normas materiales imperativas.

Para FERNÁNDEZ ROZAS, este tipo de normas se trata de normas materiales del foro cuya imperatividad es tal, que en ningún caso pueden venir exceptuadas por un derecho extranjero. Según el autor, dichas normas participan normalmente de la imperatividad más estricta y excepcional que se define en la noción de <<orden público internacional>> frente al <<orden público interno>>, agrupando lo que la jurisprudencia entiende, indistintamente, por <<leyes de policía>> y <<leyes de orden público>>⁵⁶

Sin embargo, cuando los jueces pasan a privilegiar sus propios ordenamientos – *lex fori* del Tribunal que conoce del caso –, sin razón justificativa alguna de orden práctico o por su carácter imperativo, en detrimento de la norma más especializada o más conectada al caso, la aplicación de la *lex fori* se convierte en un problema. Así, el principal reproche que se puede dirigir a la tendencia de

⁵⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. 2007. Derecho Internacional Privado. 4. ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, p. 453.

los Tribunales nacionales a la aplicación de la *lex fori*, se da por su destacado carácter nacionalista.

Por lo tanto, de un somero análisis de las cláusulas de elección de ley puede desprenderse que están limitadas por el orden público internacional, las buenas costumbres y las normas imperativas del foro que han de aplicarse necesariamente por los tribunales que resuelven los conflictos, demostrándose que la autonomía de la voluntad expresada en la cláusula de elección de ley no es absoluta y está siempre sujeta a cierto tipo de limitación.

2) Fraccionamiento contractual (Dépeçage)

El Dépeçage es otra de las modalidades que puede revestir el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la elección del ordenamiento jurídico aplicable a los contratos internacionales, siendo ésta la elección de diversos ordenamientos jurídicos para regular una misma relación jurídica⁵⁷.

⁵⁷ CAPUTO, Leonardo, 2012. La elección de múltiples ordenamientos para regir un mismo contrato. *Revista de Derecho Privado, Edición Especial, Bibliotecas Jurídicas UNAM, México.* p. 55.

Esta práctica frecuentemente ocupada por los agentes del comercio internacional por un asunto de interés práctico, ya que permite regular las diferentes cláusulas del contrato de modo que más conforme parezca al interés de las partes, puede ser vista por sus detractores como un peligro para la seguridad en las transacciones en el comercio internacional y a su vez, como una carga para los contratantes y el juez encargado de resolver los asuntos, pues se desmembra el contrato en diferentes partes, perdiendo la unidad entre ellas y haciendo más difícil su comprensión para una posterior resolución de conflictos.

Como señala Lazcano: “las partes no pueden someter un mismo contrato a varias leyes en cuanto a sus efectos y condiciones, porque de lo contrario sería confusa la aplicación del derecho, lo que conspira contra toda seguridad”⁵⁸.

Sin embargo, el Dépeçage se consagra expresamente en el Art. 3.1 del Convenio de Roma, que señala: “Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”. Lo cual quiere decir que actualmente es plenamente aceptada esta libertad de elección del ordenamiento jurídico aplicable, sin perjuicio de que en el Convenio de Roma se entiende que la elección solo puede recaer sobre una ley positiva de algún

⁵⁸ LASCANO, Carlos Alberto, 1965. Derecho Internacional Privado. La Plata, X Editorial Platense, V. p. 421.

Estado, al señalarse por el mismo precepto citado que las partes pueden designar una “ley aplicable”, entendiéndose ésta como derecho positivo y no pudiendo incluir otras normas de Derecho, como serían, por ejemplo, los usos y costumbres mercantiles, constituyendo una clara limitación a la autonomía de la voluntad.

Con posterioridad, la Convención de México de 1994 consagra en el Art. 9.3: si una parte del contrato fuere separable del resto y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esa parte del contrato, lo cual constituye un límite explícito al ejercicio de la autonomía de la voluntad en la elección de derecho aplicable, poniendo como requisito que ha de tratarse solamente si una parte del contrato es separable del resto, teniendo una relación más estrecha con otro Estado, condicionando por tanto, el Dépeçage al factor de conexión de proximidad de esa parte del contrato a un Estado en particular, sin ser las partes libres de escoger el derecho a su conveniente.

Sin embargo, Biocca señala que no sería conveniente que se rijan las obligaciones o cláusulas por derechos distintos, pues de hecho un contrato puede quedar sujeto a distintas leyes imperativas, en cuanto a la capacidad de las partes, por ejemplo. El criterio de unidad abarcaría solamente a cada obligación

en concreto, no a todo el contrato como fuente de creación de las mismas obligaciones⁵⁹.

Ni los tratados de Montevideo (Aplicable a Argentina, Bolivia, Uruguay y Perú) ni el Código de Derecho Internacional Privado (Brasil, Chile) han tratado la cuestión. Con todo, y aun cuando no se trata de una norma material, los Principios de UNIDROIT consagran el Dépeçage en su Artículo 1,5, que señala: “Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente”.

De todos modos, a pesar de la resistencia a aceptarla aun en países donde se reconoce expresamente, la doctrina es conteste en reconocer la vigencia del principio de autonomía material en el derecho internacional privado (autonomía material de segundo grado según Goldschmidt: someter una parte a un derecho y otra a otro diferente⁶⁰. Inclusive la doctrina española sostiene que la libertad de elección en el Convenio de Roma es una prolongación natural del principio de autonomía privada.

⁵⁹ BIOCCA, Stella Maris. 2004. Derecho Internacional Privado, Segunda Edición. Ed. Lajouane, Buenos Aires, p. 21.

⁶⁰ GOLDSCHMIDT, Werner, 1997. Derecho Internacional Privado. Ed. Depalma, Buenos Aires, Depalma, p. 196

De hecho, en muchas ocasiones el mismo sistema de derecho internacional privado propicia un fraccionamiento contractual, como ocurre con las normas imperativas de los Artículos 15, 16 y 17 del Código Civil chileno, donde las normas sobre capacidad se regulan por cierto ordenamiento (el ordenamiento jurídico chileno para los chilenos), otra parte del contrato, como los efectos, se regulan por la ley del lugar donde se producen y las formalidades por la ley del lugar de celebración.

Sin embargo, el fraccionamiento contractual debe recaer sobre distintas partes del contrato, ya que de ese modo se puede realmente desmembrar el contrato sin traer confusiones tanto para las partes como para el intérprete del contrato: deben poder separarse en cláusulas claramente distintas, porque si se regula una misma parte del contrato por ordenamientos distintos llevaría a graves confusiones, como por ejemplo, regular el derecho de ejercicio a la acción indemnizatoria por un ordenamiento jurídico en particular, pero las formas de pago de tal indemnización por otro ordenamiento, o regir la prestación del contrato por un derecho y la contraprestación por otro, siendo que corresponden al mismo efecto del contrato.

Esto nos lleva a concluir que, si bien es aceptada con más o menos limitaciones en diversas reglamentaciones sobre los contratos internacionales, esta forma de ejercer la autonomía de la voluntad tiene también que respetar ciertos límites, en particular dos: el orden público de los Estados vinculados y la coherencia del contrato. Sin eso, el ejercicio de la autonomía privada lleva verdaderamente a la ingobernabilidad de los contratos y finalmente a la incertidumbre jurídica.

Para determinar qué se puede entender como “parte del contrato”, puede recurrirse a la orientación que da el Convenio de Roma, pudiendo afirmarse que una “parte del contrato” es una sección del contrato con autonomía jurídica y económica y separable del resto del contrato. Esa “doble autonomía” y esa “separabilidad” son caracteres que hacen que la “parte del contrato” sea una “operación separable”, –“opération déteachable”–, dentro de un contrato, susceptible de ser regulada por un Derecho estatal propio y diferente al que regula el resto del contrato⁶¹.

⁶¹ CARRASCOSA. Op. cit. p. 63

3) Contratos sin ley

Una modalidad que podrían aplicar las partes a su elección de derecho aplicable podría ser la elección de ningún derecho particular, actuando los mismos como creadores de derecho material. Es así como surgen los llamados “contratos sin ley” o también “contrato autoregulado”, distinguiéndose este último concepto de los verdaderos contratos sin ley, que son regulados por un derecho “no estatal”.

Con la expresión contrato autorregulado se identifica el pacto por el cual las partes excluyen la aplicación al contrato de toda legislación estatal o no estatal, determinando que sólo el contrato habrá de constituir la fuente de derechos y obligaciones de las partes⁶².

Este tipo de contratos también pueden ir acompañados de cláusulas de elección de ley, en virtud de las cuales se señale un derecho a aplicar con un rol subsidiario o en caso de conflicto entre lo que establece el mismo contrato en sus cláusulas.

⁶² RIVERA, Julio César. Op. cit. p. 9.

Por lo demás, en cuanto a esto, cabe señalar que en la materia ha regido durante mucho tiempo el criterio sentado por la Corte Internacional de Justicia, según el cual “todo contrato que no es un contrato entre Estados en tanto que sujetos del derecho internacional, tiene su fundamento en una ley nacional”, de lo cual resulta que el contrato no puede existir sin el socorro de un sistema jurídico que, de una parte, preside el establecimiento de la relación obligatoria y que, por otro lado, confiere a cada contratante el poder de constreñir a la otra parte a cumplir sus obligaciones.

Sin embargo la cuestión no es tan clara en el momento actual, pues alguna parte de la doctrina acepta que la autonomía comprende la exclusión de todo ordenamiento nacional, con el único límite del orden público internacional del tribunal que conocerá del conflicto.

Con todo, podemos señalar del análisis que llevamos hasta ahora, que el contrato nunca está desvinculado de un ordenamiento jurídico y es más, la autonomía de la voluntad de las partes para poder dotar al contrato de contenido en un contrato sin ley o autoregulado descansa de cierta manera en un ordenamiento jurídico que dota a las partes de esta facultad, sea ordenamiento jurídico estatal o en un instrumento internacional como el Convenio de Roma o

la Convención de México. Así, por ejemplo, las partes pueden dotar a su contrato de una determinada regulación sea porque sus propios Estados, o la comunidad internacional a la cual pertenecen esos Estados que suscriben cierto acuerdo o convenio, les permite ejercer determinada elección. Como en el caso de partes europeas que se rigen por el Convenio de Roma, pueden ejercer su autonomía porque el mismo Convenio dota a esa autonomía de la voluntad del efecto de determinar un derecho aplicable al contrato.

Con el ejercicio de la sola autonomía de la voluntad desvinculada de otro ordenamiento, el acuerdo por el cual las partes escogen la ley aplicable queda en el aire, sin ley que le de fuerza obligatoria, ya que la única ley aplicable es aquella que las partes están escogiendo. Por ello Batiffol dice que las partes localizan el contrato en un sistema legal determinado que le da vida de antemano y el juez debe deducir de ello la ley aplicable, vinculando por tanto el contrato de cierto modo a un ordenamiento jurídico en particular, deducido de las circunstancias conexas al contrato⁶³.

⁶³ VILLARROEL Barrientos, Carlos y VILLARROEL Barrientos, Gabriel, 1990. Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales. EN: Revista Chilena de Derecho, Vol. 17, p. 352. [En línea] <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649697.pdf> [Consulta: 15/04/2015]

El contrato por sí solo no puede desde luego ser el único fundamento de los derechos y obligaciones de las partes, ya que se necesita siempre un ordenamiento jurídico que controle el contrato. No es posible, por tanto, un contrato sin ordenamiento jurídico que lo regule. Por consiguiente, incluso si por ejemplo las partes hubiesen rechazado todos los ordenamientos jurídicos, se tendría que determinar el derecho aplicable mediante una conexión objetiva⁶⁴.

Inclusive los contratos sin ninguna ley o norma de derecho que los rija pueden poner en peligro los intereses de las partes contratantes, pues podría llevar a los jueces que resuelvan el conflicto, sean estatales o jueces árbitros, a aplicar con plena libertad y a su mero arbitrio, las normas que consideren apropiadas en el caso en cuestión, cayéndose toda la estrategia armada por las partes para defender sus propios intereses.

Autores como Fouchard- Gaillard-Goldman rechazan la posibilidad del contrato sin ley. Según su juicio, frente a una cláusula contractual que invite a los árbitros a no aplicar ninguna ley nacional, los árbitros tienen sin embargo la libertad de aplicar las normas jurídicas que ellos consideren apropiadas, como si

⁶⁴ Leible Stefan, 2011. La importancia de la autonomía conflictual. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. En: Cuadernos de Derecho Transnacional, año 2011, Universidad Carlos III de Madrid. p. 222. [En Línea] <www.uc3m.es/cdt> [Consulta el 27/08/2015]

las partes no hubieran hecho ninguna elección En esos casos, una vía para dar efecto a la voluntad de las partes, sin ir tan lejos como aceptar que el contrato no se rige por ninguna regla de derecho, sería aplicar los principios generales de derecho antes que las reglas de una ley nacional. Un análisis cuidadoso de laudos que han aceptado los contratos sin ley que los gobierne muestra que en los hechos los árbitros han considerado necesario aplicar los principios generales del derecho⁶⁵.

Por lo tanto, si bien la elección en pos de un contrato no regulado por ninguna norma de derecho en particular, siendo las propias partes las que creen sus normas jurídicas ad hoc al contrato mismo, resulta tremendamente atractivo desde el punto de vista del pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales. Sin embargo, resultan tremendamente peligrosos, puesto que a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia se están abriendo cada vez más a aceptarlos, este tipo de elecciones puede hacer caer verdaderamente la certeza jurídica de las relaciones contractuales en el comercio internacional, e inclusive perjudicar a las mismas partes encareciendo sus transacciones y pudiendo verse inmersos en la aplicación de derechos que no han tenido en vista al momento de contratar.

⁶⁵ RIVERA, Julio César. Op. Cit. p. 11.

4) Derecho a-nacional: UNIDROIT y Lex Mercatoria

Una última opción a la que se dedicará este apartado respecto a las formas en que las partes pueden plasmar el ejercicio de su autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales es el que éstas pacten un contrato regulado por los Principios de UNIDROIT y también por la costumbre mercantil, más conocida en el ámbito del comercio internacional como la *lex mercatoria*.

Además de los esfuerzos de los Estados y comunidades internacionales por reunir en ellos una normativa uniforme respecto al derecho aplicable a los contratos internacionales, los protagonistas de las transacciones internacionales han generado reglas que rigen ciertos aspectos de los contratos, cristalizándose en diferentes cuerpos normativos, tales como, los INCOTERMS, las Condiciones generales de contratación, los principios de UNIDROIT, entre otros, todos los cuales constituyen la “Nueva *lex mercatoria*”, independiente de los derechos estatales y dando una mejor satisfacción a los intereses de las partes en estos contratos

Incluso en Latinoamérica tienen gran acogida, como señala José Fernández de Rozas: “no puede negarse una favorable acogida doctrinal en América Latina, al considerarse que pueden aplicarse cuando las partes así lo hayan acordado expresamente en el contrato o cuando este último se remita a los principios generales del derecho, a la *lex mercatoria* o expresiones semejantes”⁶⁶.

Sin embargo, pactar la aplicación de la *lex mercatoria* a secas en la cláusula de elección de ley puede ser difícil de llevar a cabo para las partes e incluso despierta un sector conflictivo en la doctrina respecto a qué validez puede tener una elección de derecho aplicable que se basa en la costumbre comercial internacional sin tener ningún sustento jurídico.

A propósito de ello, el mismo autor precedente señala: “La autonomía de la voluntad ejerce una función de localización que responde a unas exigencias de seguridad jurídica, de certeza en el resultado y de previsibilidad, y que no son en modo alguno ajenas a otra importante manifestación de dicha autonomía; la designación del concreto procedimiento de arreglo de la eventual controversia surgida del contrato, bien a través de una cláusula atributiva de jurisdicción o por medio de una cláusula compromisoria. Aunque hay veces que las partes escogen

⁶⁶ FERNÁNDEZ Rozas, José, 2009. Un nuevo mundo jurídico: *Lex Mercatoria* en América Latina. Estudios sobre *Lex Mercatoria*. Una realidad internacional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., p. 61

un derecho anacional, consistente en someterlo a una *lex mercatoria*, usos comerciales, prácticas negociales, u otro, éstas no pueden ser aplicadas sino que de manera supletoria cuando hay elección de ley estatal o el contrato guarda relación más estrecha con un determinado Estado”⁶⁷.

En resumen lo que quiere decir el autor nos lleva a concluir que si bien la autonomía cumple un rol importante no es en el sentido de determinar ella misma el derecho aplicable de modo autónomo, sino que localizando el contrato en un ordenamiento jurídico específico para cumplir con las exigencias de seguridad jurídica y previsibilidad. Sin embargo, hay veces en que las partes pueden escoger un derecho a nacional como la *lex mercatoria*, aplicable de modo supletorio cuando hay elección de ley estatal o el contrato tiene un vínculo determinado y estrecho con el derecho de algún otro Estado.

A este respecto cabría cuestionar esta postura si consideramos que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia reconoce como fuente formal del Derecho Internacional la costumbre internacional. Dicho artículo no establece jerarquía u orden de prelación entre las fuentes, ni limita la costumbre sólo a la práctica de los Estados. De hecho varios tratados, por ejemplo, la Convención de

⁶⁷ FERNANDEZ de Rozas. *Ibid.* p. 104.

Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías, se dice, cristaliza costumbre internacional y en este caso la práctica de los propios comerciantes.

Sin embargo, la literatura jurídica al respecto no distingue la costumbre emanada de los particulares en este ámbito, remitiéndose a señalar que la Corte decidirá en base a “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”, sin ahondar respecto al sujeto del cual emana aquella práctica generalmente aceptada, pudiendo interpretarse esto de modo extensivo y comprendiendo no sólo la costumbre emanada de los Estados, sino que también de los particulares.

En cuanto a los convenios internacionales que permiten o rechazan la elección de la *lex mercatoria* como regla rectora del contrato, podemos encontrar un total rechazo en el Convenio de Roma, que determina que sólo puede escogerse una ley aplicable, sin poder escogerse otra fuente formal o material de Derecho. Respecto a la *Lex Mercatoria* en la Convención de México, va siendo objeto de aceptación progresiva, como se puede ver en el Art. 9.2: el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene los vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Pero como

puede verse, esta aplicación de *lex mercatoria* no es directa, sino que se recoge para determinar el derecho del Estado con el cual tenga vínculos más estrechos el contrato⁶⁸.

Con todo, la doctrina ha reconocido que es en los Principios de UNIDROIT, donde las partes y los árbitros pueden encontrar las reglas aplicables, cuando se trata de clarificar conceptos referentes que pueden ser un tanto vagos, tales como los “principios generales” o la *lex mercatoria*, igualmente por su propensión a ser reglas dotadas de neutralidad y a permitir una interpretación basada en reglas comunes. Pueden, citarse varios laudos y fallos internacionales, donde se ha llegado a la conclusión de que efectivamente los Principios de UNIDROIT reflejan la *lex mercatoria*, los usos y costumbres, las prácticas corrientes del comercio, o en algunos casos, que son la manifestación de la “justicia natural” o principios generales del derecho⁶⁹.

⁶⁸ VILLALTA VIZCARRA, ANA, 2013. La Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos internacionales. En: Conferencia pronunciada en las Jornadas de ASADIP. Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, Asunción, Paraguay.

Sin embargo, la Convención sólo ha sido ratificada por México y Venezuela, por lo que no se cuenta con jurisprudencia que se haya pronunciado conforme a ella.

⁶⁹ MORENO, José Antonio. Los principios de La Haya y el derecho no estatal en el arbitraje comercial internacional. Corte Suprema de Justicia, Paraguay. p. 58 [En Línea] <<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Jos%C3%A9-Antonio-Moreno-Los-Principios-de-la-haya.pdf>> [Consulta el 28/04/2015]

Particularmente, se ha acogido la *lex mercatoria* expresada en los principios de Unidroit –que constituyen una sistematización de los diversos usos y costumbres mercantiles –en el seno de laudos emanados de arbitrajes internacionales. Los tribunales arbitrales han usado especialmente los principios de UNIDROIT como ratificación de las normas de derecho nacional, especialmente en las siguientes materias: en las reglas de interpretación de los contratos (casos CCI 9651 y 10.355), los principios de buena fe negocial (casos CCI 9753 y 10346); del nominalismo monetario (caso CCI 8240); determinación de precios (caso CCI 7819); cuantificación de las pérdidas (caso CCI 9950); pérdida de utilidades caso CCI 10.346); mitigación de daños (caso CCI 9594); excesiva onerosidad (caso CCI 9994)⁷⁰.

Uno de los casos más interesantes es el contenido en el laudo 7110 de la Cámara de Comercio Internacional, de 1995: se trataba de un conflicto originado entre dos contratantes, uno de los cuales pertenecía a un Estado no europeo y el otro era una compañía inglesa. El tribunal fue llamado a determinar la ley aplicable. Los contratos no señalaban elección expresa de una ley, pero contenían en la mayoría de los casos referencia a la “justicia natural”.

⁷⁰ CREMADES, Bernardo. Op. cit. p. 43-70.

El tribunal concluyó que la intención razonable de las partes con respecto a la ley substantiva aplicable a los contratos, era tener todos ellos regidos por reglas generales del derecho y principios en materia de obligaciones contractuales internacionales, aunque no necesariamente se refirió a un sistema legal nacional específico. El tribunal determinó que son los Principios de UNIDROIT los que se adaptan especialmente a las necesidades de las transacciones internacionales y disfrutan de acuerdo general internacional aunque no reflejan un sistema nacional específico. El tribunal sostuvo que esos “principios generales” eran principalmente reflejados por los Principios de UNIDROIT sobre contratos.

La Corte decidió que el contrato debía ser gobernado por reglas generales del derecho, y que las reglas generales de derecho aplicables a obligaciones contractuales internacionales que tenían amplio reconocimiento, y consenso internacional de la comunidad mercantil internacional, incluyendo conceptos considerados como pertenecientes a la *lex mercatoria*, y manifestación de principios y reglas generalmente aceptadas, eran los Principios de UNIDROIT.

Así, como vimos en este apartado, será importante que las partes se preocupen si quieren escoger que el contrato se regule a través de la *lex mercatoria* o los principios de UNIDROIT, pactar a su vez una cláusula compromisoria para someter el asunto a arbitraje, habida cuenta de que es en el arbitraje internacional donde más se ha desarrollado la doctrina a favor de la *lex*

mercatoria, pero siempre considerando que la ley del foro, en este caso, la ley que regula el arbitraje, permita que el árbitro pueda aplicar una normativa que no sea derecho positivo.

El problema se torna más complejo cuando se escoge un juez estatal a través de una cláusula de elección de jurisdicción, puesto que la *lex mercatoria* se aplicará por el juez nacional siempre que según el ordenamiento jurídico interno sea aplicable la misma. Esto lleva a que las partes realicen un mayor estudio respecto a las jurisdicciones donde someterán a resolución el conflicto suscitado, lo cual los llevaría a un posible *fórum shopping* y en definitiva, a aumentar los costes de transacción.

Finalmente, podemos concluir al final de este capítulo que la autonomía de la voluntad si bien se concibe como un factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales, pudiendo revestir diversas modalidades, es una zona de conflicto. En particular, en cuanto a sus fundamentos, la doctrina no está aún conteste respecto a la medida en que las partes pueden sustraerse de la soberanía de los Estados para regular sus relaciones jurídicas; es más, pervive la discusión acerca del rol mismo de la autonomía de la voluntad, sea como función localizadora del contrato o más bien como creadora de normas materiales.

Además, también se duda sobre la base en que se asientan las cláusulas de elección de ley y sus diversas modalidades, sin perjuicio de que se cuenta actualmente con instrumentos en la comunidad internacional adecuados para dar respuesta a esto: el ejercicio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales descansa en el derecho aplicable primitivamente a las partes, que dota al ejercicio de esa autonomía de la voluntad de fuerza obligatoria, pudiendo ser tanto los derechos soberanos de las mismas o instrumentos internacionales a los cuales se sujetan esos mismos Estados. También se ha presentado la posibilidad de las partes de someterse a la costumbre internacional o *lex mercatoria* en el caso de los comerciantes.

Sin perjuicio de lo anterior, es claro que la autonomía de la voluntad si bien puede ejercerse, no es plena, teniendo limitaciones que van más allá del orden público y las buenas costumbres: los mismos ordenamientos jurídicos que dan fundamento a las cláusulas de elección de ley limitan en qué medida las partes tienen la posibilidad de optar por las regulaciones que dan a sus relaciones jurídicas.

CAPÍTULO II

INCORPORACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO COMPARADO

Para continuar con el análisis de cómo se recoge la autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales, y dilucidar si efectivamente es factible ejercerla en este ámbito, en este capítulo nos dedicaremos al estudio detallado de diversos textos jurídicos de distintas partes del mundo, para determinar cómo incorporan los mismos el principio de autonomía de la voluntad. Además, se realizará un breve análisis de casos en los cuales se ha fallado en virtud de los mismos textos.

Al efecto, nos limitaremos a analizar principalmente los siguientes cuerpos normativos:

- 1) Reglamento Roma I, en vigor por el Reglamento N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

- 2) Convención de México sobre contratos internacionales.

- 3) Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías.

- 4) Convenio del MERCOSUR sobre contratos internacionales.

- 5) Código Bustamante.

1. ANÁLISIS DEL REGLAMENTO ROMA I SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

El Reglamento Roma I, que sustituyó al anterior Convenio de Roma en virtud del Reglamento N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, se creó para establecer criterios uniformes con el objeto de determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea (UE). Según el Artículo 29 del mismo, el presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

En cuanto a sus orígenes, su antecedente es el “Plan de Acción de Viena” de 1998, el cual reconocía la importancia de armonizar las normas de conflicto de leyes en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las decisiones en materia civil y mercantil. El programa conjunto de la Comisión y del Consejo Europeo del año 2000 preveía medidas para esta armonización. El Programa de La Haya de 2004, con su Plan de Acción, que instaba a la adopción de la propuesta Roma I, reafirmó la importancia de seguir trabajando en las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales. El presente Reglamento sustituye al Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, transformándolo en un instrumento comunitario y modernizándolo⁷¹.

El Reglamento Roma I se compone de cuatro capítulos que comprenden 29 Artículos, entre los cuales se regulan las siguientes materias: ámbito de aplicación, normas uniformes de derecho aplicable para diversos contratos, tales como, compraventa, transporte, consumo, seguro, individuales de trabajo, entre otros. Además, establece en sus disposiciones los criterios que se seguirán en virtud del Reglamento para la elección de ley por las partes del contrato y la relación entre el derecho aplicable con las normas de orden público o de policía.

⁷¹ UNIÓN EUROPEA. Dossier explicativo del Reglamento Roma I, 2009. [En Línea] <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:jl0006>> [Consulta: 28/09/2015]

Finalmente, regula los casos de ausencia de elección, estableciendo factores de conexión, finalizando con la entrada en vigor del reglamento.

El Reglamento Roma I se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen conflictos de leyes, entendiéndose por tal aquellas situaciones en las cuales pueden aplicarse a un mismo caso dos o más ordenamientos jurídicos diferentes.

Con todo, el mismo Reglamento considera situaciones en las cuales no es aplicable, entre las que se cuentan materias fiscales, aduaneras, administrativas, asuntos respecto al estado civil y capacidad de las personas, obligaciones que deriven de las relaciones familiares y sus derivadas, sucesiones, instrumentos de cambio, convenios de arbitraje y cuestiones relativas a personas jurídicas, entre otras⁷².

En cuanto a las normas respecto a la ley aplicable a los contratos internacionales, el Reglamento Roma I es claro en establecer el principio de Libertad de Elección en su Artículo 3, el cual señala que “El contrato se regirá por

⁷² UNIÓN EUROPEA, Artículo 1, Reglamento Roma I de 2008.

la ley elegida por las partes, sea expresamente o que resulte de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias que lo rodeen, permitiendo también una elección parcial, es decir, aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

El precepto acoge, pues, el factor de determinación del derecho aplicable de la “autonomía de la voluntad conflictual”. Dicha autonomía consiste en el derecho subjetivo del que disponen los contratantes, a elegir la Ley que regula el contrato en el que participan⁷³.

Sin embargo, si bien de la sola lectura del artículo puede comprenderse este principio de libre elección como la plena libertad de las partes para pactar el derecho aplicable, de un análisis detenido se desprende que esto no es del todo cierto.

En efecto, lo primero que podemos dar cuenta es que el precepto señala que el contrato se regirá por “La Ley” elegida por las partes. Esto parte limitando desde un principio el espectro de opciones de derecho aplicable que tienen las partes para que rijan su contrato, limitándolo solamente a cierta fuente formal del

⁷³ CARRASCOSA op. cit. p. 13

Derecho positivo, que es la ley, excluyendo desde ya otro tipo de fuentes del Derecho, tales como principios generales, normas no estatales e inclusive normas de Derecho creadas por las partes en virtud de su autonomía material o en base a usos y prácticas comerciales.

Sin embargo, como señala Carrascosa González, las razones estriban principalmente en que "...ello garantiza que el contrato tenga la fuerza vinculante que sólo le puede conferir la Ley de un Estado y que el contrato cuente con un sistema jurídico completo, de calidad, que pueda integrar las lagunas del contrato y proporcionar los criterios de interpretación del mismo"⁷⁴.

Con todo, el Reglamento Roma I acoge el principio de autonomía de la voluntad conflictual en grado muy elevado, ofreciendo a las partes amplias posibilidades de acción a la hora de elegir la Ley que rige su contrato, tales como:

1º) Elegir varias Leyes aplicables al mismo contrato o elegir una Ley aplicable sólo a una parte del contrato: lo cual acoge plenamente el fraccionamiento contractual, logrando dar más amplia libertad a las partes para regular los efectos

⁷⁴ CARRASCOSA. Ibid. p. 13.

del contrato del modo que mejor les convenga según la parte del contrato que se trate.

Así lo declara el Artículo 3.1: “El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

2º) Elegir una Ley estatal sin vinculación con el contrato.

Así lo señala el Artículo 3.3: “... Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

Sin embargo, a pesar de que se pudiera vislumbrar que el principio de autonomía de la voluntad como factor determinante de derecho aplicable no tiene limitaciones, el Artículo 3.4 sostiene:

“... Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

Entonces, si bien se da la posibilidad de que las partes puedan escoger cualquier ley de cualquier país del mundo, sea o no sea perteneciente a la Unión Europea, se establece también una limitación consistente en que, sin perjuicio de aquella elección, van a respetarse las disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo pertenecientes al lugar donde estén situados los elementos que localizan el contrato cuando éste pertenece a la Unión Europea: por ejemplo, normas respecto a algún requisito de forma que ha de respetarse para otorgar el contrato válidamente en el país de celebración, y las disposiciones de Derecho Comunitario que no puedan excluirse mediante acuerdo.

En ese sentido, a mi juicio resulta razonable que estando todos los elementos pertinentes del caso concreto – a excepción de la cláusula de elección – localizados en el momento de la elección en un mismo país, distinto de aquel cuya ley se elige, el negocio quede subordinado a los preceptos fundamentales

de dicho país, sobre todo si se considera que una gran limitación en el Derecho Internacional son las normas de orden público de los ordenamientos jurídicos donde tienen efecto las relaciones jurídicas.

Esto lo apoya RUIZ-CASTELLANOS, señalando que “La regla no supone que el Derecho elegido no se vaya a aplicar al contrato, sino que simplemente se aplicarán aquellas disposiciones de la ley elegida por las partes que no contraríen las normas imperativas del ordenamiento jurídico donde está localizado “todo” el contrato, salvo el Derecho elegido⁷⁵.

3º) también permite elegir la Ley del contrato antes, durante o posteriormente a la conclusión del mismo, así como variar la elección de Ley ya realizada:

Artículo 3.2 señala: “... Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no

⁷⁵ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza., 2012. En: Derecho del Comercio Internacional de CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ. Ed. Colex S.A. Madrid, España. p. 727.

obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros”.

Por tanto, la autonomía de la voluntad no se cristaliza en la cláusula de elección de ley plasmada en el contrato al celebrarlo, sino que puede pactarse la misma en cualquier momento, sin perjuicio de que puede dar pie a inseguridades respecto al derecho aplicable efectivamente al contrato.

Ahora bien, como se ha señalado al inicio de esta memoria, la autonomía de la voluntad debe estar autorizada para poder regirse por tal Reglamento y por tanto, realizar elecciones de ley de esta manera. De este modo, el asunto importante es qué ley rige la cláusula de elección de ley y le da validez a la misma.

A este respecto, el Artículo 11 del Reglamento Roma I señala que:

Artículo 11 Reglamento Roma I. “Un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado”.

De esto resulta entonces que la validez de la cláusula de elección de ley – por ser una cláusula accesoria del mismo contrato – ha de regirse en cuanto a la forma por la misma que ha sido escogida en cuanto a derecho aplicable al fondo del asunto, es decir, se rige por la ley escogida por las partes o en su defecto, por la ley del país en que se haya celebrado el contrato. Por ejemplo, si se escogió la aplicación de la ley francesa, la cláusula de elección de ley también ha de regirse por la ley francesa para ser válidamente otorgada, tanto en la forma como en el fondo. Así mismo, si no se ha realizado tal elección, será aplicable la ley del país donde se celebra el contrato.

A mayor abundamiento, el Artículo 11.2 establece que “... Si se encuentran las partes o sus representantes en distintos lugares... será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley de los países en que se encuentren cualquiera de las partes, o cualquiera de sus representantes, en el momento de la celebración, o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento”.

Finalmente, el apartado 5 del mismo artículo 12 precedentemente citado señala: “... Todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien

inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley:

- a) La aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato, y
- b) Dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo”.

Es decir, dichas normas consagran de todos modos el principio *lex rei sitae* en cuanto al derecho aplicable a los inmuebles, aplicándose estas normas con preferencia a la ley escogida por las partes cuando éstas no puedan excluirse mediante acuerdo – como sucedería con las normas para transferir el dominio de un bien situado en Chile. Esto da luces respecto a que se considera como de orden público y, por lo tanto, una limitación a la autonomía de la voluntad la determinación del derecho aplicable a la forma de un contrato sobre inmuebles. En ese sentido, conveniente es distinguir, las reglas aplicables a la forma del contrato, a las obligaciones derivadas de él y a las formalidades que han de cumplirse respecto a los inmuebles, dominadas por normas de orden público insoslayables.

Ahora bien, esta distinción puede verse claramente entendida en cuanto al ámbito que comprende la ley aplicable escogida, ya que el Artículo 12 del Reglamento señala:

“...La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular:

a) su interpretación;

b) el cumplimiento de las obligaciones que genere;

c) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas;

d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo;

e) las consecuencias de la nulidad del contrato.

En lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento”.

Por lo tanto, la elección de ley no abarca todos los aspectos que comprende el contrato, sino que deja fuera ciertos elementos tales como las modalidades de cumplimiento y las medidas en caso de cumplimiento defectuoso, así como también las normas que rigen respecto a los inmuebles que sean objeto del contrato. En efecto, en el apartado segundo del mismo artículo puede darse cuenta de que se hace un nexo o conexión del contrato con el país donde hayan de tener cumplimiento las obligaciones contractuales para determinar las modalidades de cumplimiento y medidas de apremio en caso de cumplimientos defectuosos.

Esto es así y es un haz de luz para las partes en el sentido de que el criterio más conveniente a tener en cuenta al momento de escoger el derecho aplicable a un contrato es conocer bien las condiciones del lugar donde ha de ejecutarse

el contrato – o en otro sentido, donde ha de ejecutarse la sentencia o laudo que resuelve un conflicto respecto al contrato – toda vez que es el lugar de ejecución donde se verán concretados los intereses de las partes plasmados en el contrato.

Finalmente, cabe destacar también como limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad en virtud de este Reglamento las denominadas normas de policía. Artículo 9 señala:

“1. Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.

2. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro.

3. También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal.

Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación”.

Por último, en caso de ausencia de elección de ley, es importante atender que el contrato se regirá por la ley del país con el cual “presente los lazos más estrechos”, sin ser esto absoluto para todo el contrato, pues según el Artículo 4, si las partes del contrato son separables y cada una tiene una conexión estrecha con países distintos, puede aplicarse una ley distinta a esa parte a título excepcional.

Respecto a lo anterior, según señala Carrascosa: “Se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central”⁷⁶. Lo anterior se desprende del Artículo 4.2 del Reglamento: “Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde

⁷⁶ Carrascosa González, Javier. Op. cit. p. 43.

tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato”.

No obstante, lo dispuesto en el apartado segundo, en la medida en que el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización del inmueble, se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble⁷⁷.

Por lo tanto, de acuerdo al Reglamento Roma I, se le da bastante acogida al principio de autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales. Sin embargo, esta autonomía de la voluntad está limitada a poder escoger solamente una fuente formal de Derecho, que es la ley, aun cuando puede ser cualquier ordenamiento jurídico positivo del mundo. Sin embargo, excluye desde ya la elección de principios generales, usos mercantiles, entre otras fuentes.

Además, la autonomía de la voluntad también se encuentra limitada en el Reglamento Roma I por la aplicación de las normas de policía, las normas de orden público del foro y, en general, por las normas que no pueden excluirse mediante acuerdo pertenecientes a los derechos donde se celebre o ejecute el

⁷⁷ *Ibíd*em

contrato o donde los contratantes tengan su residencia habitual o establecimiento comercial. Sin embargo, si bien esto constituye una limitación, entrega luces acerca de lo que pueden o no pueden disponer las partes en virtud de su autonomía en virtud del presente Reglamento, pudiendo concluir que la misma si bien es una realidad que se ejerce, no deja de estar sumamente limitada en diversos sentidos. Con todo, la amplitud de opciones que tiene el ejercicio de esta autonomía privada, como es, por ejemplo, el ejercicio de la misma en cualquier momento del iter contractual o el fraccionamiento del contrato, hacen que la misma sea una realidad, no tan absoluta.

2. ANÁLISIS DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, más conocida como Convención de México, es producto del proceso de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado conocidas como CIDIP'S, siendo suscrita en México, D.F, el 17 de Marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) por lo que pronto llegará a los 20 años de su suscripción.

La Convención tiene como antecedentes directos: El Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980 sobre derecho aplicable a las Obligaciones Contractuales, La Convención de La Haya de 22 de diciembre de 1985 sobre el derecho aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Tratados de Montevideo de 1939-1940 y 1889-1890 en lo relativo a la determinación de la Ley Aplicable en los Contratos Internacionales, el Código Bustamante de 1928 especialmente en su Título Cuarto que contienen normas en materia de Obligaciones y Contratos Internacionales, así como en la legislación de los Estados Miembros. Su finalidad principal tal como se deduce del texto de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, es la conveniencia de armonizar las soluciones relativas al Comercio Internacional, con elementos modernos.

La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales ha sido suscrita por Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela, pero solamente ha sido ratificada por México y Venezuela, entró en vigencia el 15 de diciembre de 1996 de conformidad con el artículo 28 de la misma, no habiendo hasta la fecha ninguna Declaración y Reserva, por parte de ningún Estado Miembro⁷⁸.

⁷⁸ VILLALTA Vizcarra, Ana Elizabeth. Op. cit.

Cuenta con cinco capítulos que comprenden en su totalidad treinta artículos, entre los cuales contamos materias tales como: Ámbito de aplicación, determinación del Derecho aplicable, existencia y validez del contrato, ámbito del derecho aplicable y disposiciones generales, en un símil muy parecido a su par comunitario, el Reglamento Roma I.

En primer término, la Convención deja en claro que se aplica a los contratos internacionales, entendiendo por tales aquellos en los cuales las partes tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte. Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente.

En cuanto a la elección del derecho aplicable al contrato internacional, la Convención es clara en señalar en su Artículo 7 que “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes”.

“Artículo 7. El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

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

En ese sentido, concordándolo con el Artículo 2, que señala que “El derecho designado se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no parte”, podemos concluir dos cosas respecto a la Convención: permite el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la libertad absoluta de elección, sea de un derecho de Estados parte de la Convención o Estados que no son parte de ella. Y aún más, al poner mayor atención a la lectura del Artículo séptimo, puede darse cuenta que la misma ocupa el vocablo “Derecho”.

A diferencia del Reglamento Roma I, la Convención de México permite que las partes del contrato escojan un derecho aplicable y no una “ley aplicable”, lo

cual presenta un avance significativo y abre las posibilidades de elección de las partes. Como señala Villalta: “Hay que tomar en cuenta que la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales se refiere al “derecho aplicable” y no a la “ley aplicable”, el cual no solamente es un término más adecuado al español sino que es más amplio que la ley, ya que comprende en su regulación los usos internacionales, los principios de comercio internacional, la “lex mercatoria” y expresiones análogas⁷⁹.”

Continuando con la elección del derecho aplicable, el mismo artículo 7 señala que “...El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”.

En cuanto a esto, podemos extraer que la Convención, en una expresión más de la amplitud con la que recoge la autonomía de la voluntad, al igual que el Reglamento Roma I, consagra la institución del fraccionamiento contractual, sea

⁷⁹ VILLALTA. *Ibíd.*

escogida por las partes o desprendida de las circunstancias que rodean al contrato.

Por lo demás, también clarifica qué sucede en los casos de la elección de foro, señalando que: "...La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable", dando una protección a la elección del derecho que las partes han escogido, pues el foro no puede desconocerla aun a pretexto de que deba aplicarse la ley de la sede del foro escogido".

Sin embargo, el Artículo 11 señala lo siguiente: "...Se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos".

Constituye lo anterior una limitación a la autonomía de la voluntad en el mismo sentido que enunciamos en el capítulo primero. Como señala Weinberg: "Luego, cualquiera que sea el derecho aplicable al contrato – ya sea por elección de las

partes o por remisión de las normas indirectas –, su aplicación queda encuadrada en las normas imperativas del tribunal que entiende del litigio”⁸⁰.

En defecto, falta o ausencia de elección, la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales, en su artículo 9 establece que el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos, cerrando la puerta a los denominados “contratos sin ley”, constituyendo en ese sentido también una limitación a la autonomía de la voluntad, puesto que las partes deben necesariamente optar por un derecho aplicable, sea o no estatal y, en caso de no determinarlo ellas mismas, la misma Convención suple la voluntad al señalar que ha de seguirse el criterio de la conexión más cercana o significativa, que es lo que algunos juristas denominan el “Principio de Proximidad”.

El Juez además debe tomar en cuenta los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato, tales como el lugar de celebración, el lugar de ejecución del contrato, el domicilio, la residencia, la nacionalidad y como elementos subjetivos tenemos: el equilibrio de intereses, la relación más significativa, los vínculos más estrechos e incluso la prestación más

⁸⁰ WEINBERG, I. M. Op. cit., p. 266.

característica. El Tribunal también tomará en cuenta los Principios Generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por Organismos Internacionales, lo que contribuirá a la aplicación de un derecho uniforme, más acorde con las características internacionales del contrato.

Como señala Fernández de Rozas: “Respecto a la Lex Mercatoria en la Convención de México, va siendo objeto de aceptación progresiva, como se puede ver en el Art. 9.2: el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene los vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Este precepto permite también el Dépeçage del contrato entre varias leyes”⁸¹.

Reafirmando esta posibilidad, Julio César Rivera señala: “si ella misma remite, para cierto casos, a las costumbres y principios del derecho comercial internacional, no puede sino concluirse que las partes han de tener la libertad de elegir esos principios para regir su contrato, pues sería absurdo que estos principios pudieran regir el contrato en caso de ausencia de elección y no cuando

⁸¹ FERNANDEZ DE ROZAS, José, 2004. Un nuevo mundo jurídico: Lex mercatoria en América Latina. Anuario Español de Derecho Internacional Privado. IPROLEX, España. p. 35.

las partes los hubiesen individualizado específicamente para regir su relación jurídica”⁸².

En definitiva, según el somero análisis de lo que establece la Convención de México, podemos concluir que ésta constituye una regulación avanzada en cuanto a la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales en el MERCOSUR, incluso más avanzada que la normativa establecida en el Reglamento Roma I, aun cuando este último ha entrado en vigencia más de 10 años antes de que se creara la Convención de México.

Sin embargo, aun así ha sido visionaria la Convención, en el sentido de que permite una amplia gama de posibilidades para que actúe la autonomía de la voluntad como factor determinante del Derecho aplicable a los contratos internacionales que regula. En efecto, como se ha dicho ya, permite la elección no sólo de una ley, sino que también de toda fuente de Derecho, sean principios –como los principios UNIDROIT –, usos y costumbres mercantiles, etc.

Con todo, establece de todas maneras ciertas limitantes al ejercicio de la autonomía de la voluntad, como son las normas de orden público del foro –

⁸² RIVERA, Julio César. Op. cit. p. 12

siempre que el foro considere pertinente aplicarlas –y los aspectos del contrato que no pueden disponer las partes, como ocurre con las normas sobre capacidad o de sucesiones, excluidas en el Artículo cinco de la Convención:

“Artículo 5. Esta Convención no determina el derecho aplicable a:

a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes;

b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia;

c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito;

d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores;

e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro;

f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general”.

Un punto importante a atender es lo que señala el Artículo 12 de la Convención: “Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”.

Lo anterior nos quiere decir, junto con las normas de aplicación necesaria a criterio del foro, que para determinar derecho aplicable en virtud de esta convención en ejercicio de la autonomía de la voluntad es necesario poner atención a las normas que rigen a los contratantes (donde tengan su residencia habitual o establecimiento, sea persona natural o jurídica) y también las normas del foro. Esto se une a la atención que debe ponerse a las normas de orden público y de ejecución en el lugar donde han de producirse los efectos del contrato o la sentencia, para poder tomar la más óptima decisión posible.

La Convención interamericana es un instrumento con disposiciones novedosas que permite unificar el derecho de los contratos internacionales en la región al igual que su par europeo. En ese sentido, nos podemos quedar con las palabras de Villalta, que señala: “lo más conveniente sería un análisis profundo por parte de los Expertos de la región, de cómo aprovechar y beneficiarse de las soluciones novedosas propuestas en la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales, la cual como se ha dicho anteriormente ha realizado una integración de las normas del common law y del civil law, quizás lo más adecuado fuera la adopción de un mecanismo de seguimiento que pueda determinar la aplicación de una uniformidad en su interpretación y ejecución, lo que contribuirá a enriquecer el régimen jurídico de la Contratación Internacional en el Continente. Sería también necesario, una adecuada difusión y comprensión de la Convención en los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), especialmente en las oficinas y dependencias de los Estados que se encargan de la adopción de los Instrumentos Internacionales en el Continente, para así poder obtener una cantidad mayor de ratificaciones por los Estados Miembros o bien su Incorporación por la vía legislativa, con el objeto de adecuar las legislaciones de los Estados que integran el Sistema Interamericano a las exigencias de la contratación internacional del mundo actual”⁸³.

⁸³ VILLALTA. Op. cit.

Por lo tanto, la Convención de México calza perfecto en la hipótesis de esta memoria de prueba: la autonomía de la voluntad se presenta como un factor determinante de derecho aplicable importante en el texto de la misma, sin embargo, no ha logrado trascender para convertirse en un instrumento realmente determinante de las normas de derecho aplicables a los contratos internacionales de la región.

3. ANÁLISIS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

La Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías fue adoptada el 11 de abril de 1980 y entró en vigor el 1 de enero de 1988, con la finalidad de prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías, por lo que contribuye notablemente a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones.

Como antecedentes de la misma, podemos señalar que Los primeros intentos de regular la Compraventa internacional de mercaderías se produjeron en 1929,

cuando el UNIDROIT comenzó el estudio de un proyecto que regulase la Compraventa Internacional, sin embargo, quedó truncado por la Segunda Guerra Mundial.

Posteriormente, en 1951, se retomaron los esfuerzos por generar una ley uniforme, redactándose dos textos: Ley uniforme de compraventa internacional y Ley uniforme sobre formación de los contratos de compraventa internacional. Sin embargo, los Estados más importantes no ratificaron estos textos y no se consideraron tampoco a los países en vías de desarrollo.

Es así como en 1976, las Naciones Unidas, convocó a un grupo de juristas para analizar un derecho uniforme aplicable al a compraventa internacional, generando un nuevo texto o mejorando los anteriores. Así nace la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Entre sus características, encontramos que dicha Convención se compone de cuatro capítulos, que abarcan desde el ámbito de aplicación de la convención, formación del contrato y derechos y obligaciones de las partes. Cabe señalar también que ésta, más que ser una normativa que permita que las partes escojan cierto derecho aplicable a sus transacciones, da soluciones completas a los

posibles conflictos, constituyéndose como un derecho aplicable en sí mismo. En ese sentido, puede ser escogido como derecho aplicable por las partes en virtud de la Convención de México, por ejemplo, además de ser directamente aplicable para los contratantes que accedan a él según las formas de acceso establecidas en la misma Convención.

La Convención consagra autonomía de la voluntad para determinados aspectos del contrato, tales como:

1° Excluir la aplicación de ciertos aspectos de la Convención, en su artículo 6: Al permitir a las partes excluir la Convención o estipular en contra de sus disposiciones, los autores del instrumento afirmaron el principio en virtud del cual la fuente primordial de las reglas que rigen los contratos de compraventa internacional es la autonomía de las partes. De ese modo, reconocieron claramente el carácter no vinculante de la Convención y la función central que desempeña la autonomía de las partes en el comercio internacional y, concretamente, en la compraventa internacional.⁸⁴

⁸⁴ Caso CLOUT No 229. Bundesgerichtshof, Alemania, 4 de diciembre de 1996. En: Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Segunda Edición, 2010. p. 25.

2° Posibilidad de efectivamente sujetarse a las normas que establece la convención.

3° La convención es un derecho aplicable a la forma y derechos y obligaciones de comprador y vendedor.

4° No se aplica a la validez ni tampoco a los efectos sobre la propiedad de las especies vendidas (De eso se ocupa la ley interna)

Las materias no comprendidas se dirimen de conformidad a los principios generales o de conformidad a la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado. Esto es peligroso, porque puede llevar a decisiones contradictorias dentro del mismo contrato, en razón de que las normas de conflicto pueden desviar a la aplicación de ordenamientos jurídicos no vistos previamente por las partes.

La aplicación de principios como instrumento legislativo al alcance de los tribunales es inobjetable aunque se reconoce que subsisten ciertas áreas de incertidumbre que ni el derecho estatal podría solucionar con facilidad⁸⁵.

La Convención de Viena de Compraventa internacional de Mercaderías consagra por lo tanto plenamente la autonomía de la voluntad, en el sentido de que, a pesar de ser un derecho aplicable en sí misma, dentro de ese mismo derecho, las partes pueden disponer de él. Como señala Vial Undurraga: “la Convención de Viena, 1980, autoriza esta autonomía al permitir a las partes excluir total o parcialmente la aplicación de la Convención a un contrato, o modificar sus normas, o someter el contrato a cualquier costumbre o uso acordado por las partes”.

Además, la misma autora agrega que: en todo caso, la autonomía sustantiva tiene límites: las partes no pueden dejar sin efecto normas de policía del foro o protectoras del orden público chileno en relación a contratos internacionales. No existe, sin embargo, impedimento para excluir normas imperativas de terceros Estados conectados con el contrato⁸⁶.

⁸⁵ VIS, Willen C, 1983. Aspectos de los Contratos de compraventa internacional no comprendidos en la Convención de Viena. Anuario Jurídico X. UNAM, México. p. 13.

⁸⁶ VIAL UNDURRAGA, María Ignacia. Op. cit. p. 907.

Asimismo señala el Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías que, “si bien la Convención no lo indica expresamente, las partes no pueden apartarse de las disposiciones de derecho internacional público de la Convención (a saber, los artículos 89 a 101), porque esas disposiciones regulan cuestiones que afectan a los Estados Contratantes y no a las partes en un contrato de derecho privado. No obstante, esta cuestión aún no ha sido objeto de jurisprudencia”⁸⁷.

4. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR SOBRE CONTRATOS INTERNACIONALES

Como se ha visto, la Convención Interamericana o Convención de México no ha tenido tanto éxito entre los Estados latinoamericanos, es más, sólo dos la han ratificado y han hecho aplicables sus normas.

⁸⁷ UNCITRAL. Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Segunda Edición, 2010. p. 26

Por otro lado, en el Mercosur hay tres tratados que se refieren a temas contractuales internacionales: Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo y los Acuerdos sobre arbitraje comercial internacional. Sin embargo, si bien estos instrumentos son de carácter más bien procesal y no de derecho sustantivo, tomados en conjunto puede verse que recogen en el Mercosur la autonomía de la voluntad como piedra angular de la contratación. Por tanto, para analizar la realidad en el MERCOSUR será necesario analizar cada una de las normas establecidas en los ordenamientos jurídicos respectivos.

De los términos del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, se desprende la posibilidad de que las partes elijan entre los tribunales nacionales de los Estados parte del Mercosur, aquél a cuya jurisdicción pueden someter sus controversias. Los contratos de venta al consumidor, a su vez, quedaran fuera del ámbito de aplicación del Protocolo de Buenos Aires. Así, restó exactamente al Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, regular el tema, llenando dicho vacío⁸⁸.

⁸⁸ DE VASONCELOS, Francisco José. 2013. La autonomía de la voluntad en el Reglamento "Roma I" y en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable, de 17 de marzo de 1994

En cuanto al ámbito arbitral, los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur facultan a las partes el sometimiento de sus casos a una jurisdicción privada, diferente de los aparatos de jurisdicción estatal. El artículo 10 del Acuerdo sobre Arbitraje expresa: “Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes.”

En este mismo sentido, de recoger la autonomía de la voluntad, se inclina el Convenio del Mercosur sobre Contratos Internacionales de Consumo de 18 de octubre de 2012, que señala en su Artículo 4.1: “Los contratos internacionales celebrados estando el consumidor en el Estado de su domicilio, especialmente en caso de contratación a distancia, se rigen por el derecho elegido por las partes, quienes pueden optar por el derecho del domicilio del consumidor, del lugar de celebración o cumplimiento del contrato o de la sede del proveedor de los productos o servicios. El derecho elegido será aplicable siempre que fuera más favorable al consumidor”, consagrando, por lo tanto, el principio de

(Cidip – V). La situación en Brasil. Tesis Doctoral en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Valencia. Valencia.

autonomía de la voluntad y asimismo de protección al consumidor, parte más débil en ese tipo de contratos.

Fuera de los instrumentos señalados, y tal como expone sucintamente María Mercedes Albornoz: “de los Estados miembros del Mercosur, sólo el sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna de la República Argentina acoge claramente, para todos los contratos internacionales, la autonomía de la voluntad”⁸⁹, lo cual nos lleva a concluir que en los Estados del Mercosur no se tiene una tendencia clara al respecto.

Es más, como señala Hargain: “El Tratado de Montevideo de 1889 guarda silencio al respecto, lo cual ha sido tradicionalmente interpretado como rechazo a la autonomía de la voluntad para escoger la ley aplicable a los contratos internacionales – esta fue la opinión de la mayoría de los delegados nacionales que se ocuparon de discutir la redacción de los instrumentos convencionales.”⁹⁰

⁸⁹ ALBORNOZ, María Mercedes, 2009. El Derecho aplicable a los Contratos internacionales en los Estados del MERCOSUR. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XLII, N° 125. México.

⁹⁰ HARGAIN, D, 2003. Problemática Jurídica de la contratación internacional en el Mercosur. En: Revista Jurídica de Castilla la Mancha. [En Línea] <http://www.dhargain.com.uy/Derecho_del_Comercio_Internacional/Contratacion_Internacional_en_Mercosur.pdf> [Consulta en: 10/20/2015]

Posteriormente en el Tratado de Montevideo de 1940 se señaló que éste la acogía de modo absoluto, sin embargo, en la discusión del mismo, Argentina se inclinó por la admisión expresa de la autonomía de la voluntad, mientras que Uruguay buscó la negativa, señalando el delegado respectivo que la voluntad de las partes no puede ni debe moverse, sino dentro de los límites que le fija la regla del derecho competente en la esfera internacional⁹¹. Finalmente en el mismo se concluyó en el artículo 5 del Protocolo Adicional finalmente quedó redactado de la siguiente manera: “la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que la autorice dicha ley”, reafirmando que son los Estados de la región los que deben determinar en qué medida incorporan a la autonomía de la voluntad como factor determinante de derecho aplicable a los contratos internacionales.

1° Situación de Argentina: retomando el análisis de Argentina, en la actualidad es el único miembro del Mercosur adherido a la Convención de la Haya sobre Ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de 1986, incorporada a su derecho interno y la cual señala grosso modo que los contratos internacionales se rigen por la ley que elijan las partes. Sin embargo, en el ámbito

⁹¹ ESPLUGUES MOTA, C.; MORENO RODRÍGUES, J. A. 2005. La contratación internacional: Régimen general. En: Derecho Del Comercio Internacional: Mercosur – Unión Europea. Madrid: Reus, p. 289.

de fuentes de Derecho interno de normas que acojan la autonomía de la voluntad, la admisión de la autonomía conflictual se pone de manifiesto con relativa claridad, aunque restringida a los derechos de los lugares de cumplimiento real del contrato y exceptuadas situaciones puntuales.

Con todo, suele señalarse a modo de defensa de la incorporación de la autonomía de la voluntad en el derecho interno argentino el Artículo 1197 de su Código Civil, que señala: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. En ese sentido, las partes podrían convenir un derecho aplicable siendo totalmente obligatorio para los jueces darle cumplimiento. Como señala Albornoz: “La jurisprudencia argentina ha sido pionera al permitir que las partes de un contrato internacional designen el derecho al que lo someterán. Como las normas del Código Civil que regulan la materia (especialmente los artículos 1.205, 1.209 y 1.210) nada disponen en cuanto la autonomía, la norma proyectada en materia de elección del derecho del contrato es en sí misma una novedad”⁹².

⁹² ALBORNOS, M. M. Los contratos en el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de la República Argentina. Congreso Internacional de Derecho Civil y Romano. Culturas e Sistemas Jurídicos Comparados. [En Línea] <<http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/p-onencias%20020905/pdf/1-54p.pdf>> [Consulta el 10/10/2015]

2º Situación de Paraguay: Según el texto del artículo 297 del Código Civil de Paraguay, salvo en lo relativo a la capacidad y las formas, todo lo demás se halla regido por la ley del lugar de ejecución, lo que equivale a decir que será regido por la ley del lugar de cumplimiento del contrato. De ese modo, el derecho interno de Paraguay, a partir de lo que dispone el mencionado artículo, parece no admitir la autonomía privada, determinando que todos los casos en que el lugar de cumplimiento resulte Paraguay, será la ley paraguaya la que regirá la relación contractual.

No obstante, los artículos 669 y 715 del Código Civil parecen apuntar en otra dirección:

“Artículo 669. Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en lo relativo a los actos jurídicos.”

“Artículo 715. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.”

Estos artículos, si bien no consagran de modo expreso el principio de autonomía de la voluntad y tampoco hacen mención a sus modalidades y límites, sí puede desprenderse cuando el mismo Artículo 669 expresa que las partes pueden “libremente regular sus contratos, observando las normas imperativas de la ley”. Por tanto, las partes serían libres de pactar un derecho aplicable a sus contratos, respetando siempre las normas imperativas, constituyendo el ejercicio de esa autonomía una ley para las mismas partes y por tanto, para los jueces que resuelvan los conflictos suscitados entre ellas. Como señala Silva Alonso: “Sería absurdo que la ley paraguaya obstaculice la elección del derecho aplicable cuando éste no afecta el orden público ni las buenas costumbres en Paraguay”⁹³.

Por otro lado, vale la pena destacar que en dos ámbitos específicos la legislación paraguaya permite la autonomía. El primero es el de los contratos internacionales en los que es parte el Banco Central y el de los contratos sometidos al arbitraje, sin embargo, aún es un área conflictiva en la doctrina nacional y no hay jurisprudencia disponible al respecto.

⁹³ SILVA ALONSO, R. 1995. Derecho Internacional Privado. Parte Especial. Derecho Civil Internacional. Derecho Comercial Internacional. Editorial Intercontinental, Asunción, p. 136.

3° Situación de Venezuela: en Venezuela, el artículo 116 de su Código de Comercio recogía el principio de autonomía de la voluntad para los contratos mercantiles internacionales. Además, en lo que refiere a las fuentes de Derecho Internacional Privado de ámbito externo, Venezuela es el único país integrante del Mercosur que ha ratificado la Convención Interamericana o Convención de México, reconociendo de manera incuestionable la autonomía privada.

El Principio de la Autonomía de la Voluntad, para elegir libremente la ley aplicable a los contratos internacionales el cual está presente en las legislaciones internas, siendo acogido por el derecho convencional, no obstante, dicha elección no es válida cuando la misma infringe las leyes imperativas del foro o atenta contra el orden público establecido en las instituciones del Estado. Sin embargo, no todas las legislaciones aceptan la posibilidad de prorrogar la competencia del foro en los mencionados contratos, y cuando se encuentra contemplada, el ordenamiento jurídico la restringen a efecto de que no opere en beneficio de una sola de las partes; Estas restricciones se pueden observar cuando se presentan casos como inversión extranjera directa, transferencia de tecnología entre otros⁹⁴.

⁹⁴ ROMAY, Licette, 2008. Los contratos internacionales y el Derecho aplicable en la legislación venezolana. Universidad Dr. Rafael Beloso Chacín - Universidad del Zulia. Venezuela. [En Línea] < <http://publicaciones.urbe.edu/index.php/comercium/article/viewArticle/177/192>> [Consulta: 10/10/2015]

4° Situación de Uruguay: si bien no hay unanimidad y las últimas tendencias desarrollan cierta postura a favor de la autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia locales son contrarias a su aceptación. Lo anterior se debe a que se ha señalado que las fuentes de Derecho internacional privado uruguayas son una copia de las disposiciones del Tratado de Montevideo de 1889 y 1940, donde la tendencia es a rechazarla⁹⁵.

5° Situación de Bolivia: el derecho interno boliviano no cuenta con ninguna norma de carácter general que reconozca el principio de autonomía de la partes para la elección del derecho aplicable a la contratación internacional, aun cuando ha firmado la Convención de interamericana sin aún ratificarla.

6° Situación de Perú: en Perú, la autonomía de la voluntad goza de consagración expresa en el artículo 2095 del Código Civil: "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 celebración. Si el lugar del

⁹⁵ HARGAIN, D. op. cit.

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

7° Situación de Chile: También Chile ha sido acogido de manera amplia el principio de autonomía de la voluntad. El Decreto Ley número 2.349 de 1978 "declara válidos los pactos destinados a sujetar al derecho extranjero los contratos internacionales del sector público, sin exigir que el contrato se haya celebrado en el extranjero". Si esto se admite para el sector público, es obvio que con mayor razón es aplicable al sector privado. Las estipulaciones en virtud de las cuales se les sujeta a determinada legislación extranjera son lícitas y tienen aplicación en los contratos celebrados entre particulares. Además, para los contratos celebrados en el exterior y que producen efectos en Chile, el artículo 113 del Código de Comercio de 1865 autoriza a las partes a elegir la ley. Tal autorización surge también del segundo párrafo del artículo 16 del Código Civil.

En el área del arbitraje comercial internacional, encontramos la Ley número 19.971, del 29 de septiembre de 2004, cuyo artículo 28 consagra la autonomía de la voluntad. De modo que las partes pueden elegir las normas de derecho aplicables al fondo del litigio sometido a arbitraje comercial internacional. Inclusive, algunos autores afirman que quedaría autorizada la elección de la *lex mercatoria*.

Sin embargo, un análisis más completo de la situación chilena respecto a la incorporación del principio de la autonomía de la voluntad y su aplicación práctica será tema del próximo capítulo.

8° Situación de Ecuador: El artículo 154 del Código de Comercio ecuatoriano de 1960, idéntico a su fuente, el artículo 113 del Código de Comercio chileno, acepta la autonomía de la voluntad con respecto a "Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplidos en el Ecuador".

9° Situación de Colombia: el derecho internacional privado de fuente interna de Colombia no acoge, al menos de manera general, al principio de la autonomía de la voluntad en materia de obligaciones contractuales. Sin embargo, el Artículo 2 de su Ley de Arbitraje Internacional señala: En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del Tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero."

10° Situación de Brasil: se ha entendido en base jurisprudencial, según el Recurso Extraordinario N° 93.131-7/MG – Minas Gerais, de 17 de diciembre de 1981 que se reconoce la inexistencia de la autonomía de las partes para la elección de la ley aplicable en el sistema de derecho internacional privado brasileño, sin encontrar el principio ningún respaldo en la ley y tampoco en la jurisprudencia. De hecho, en las escasas ocasiones en que hubo la referencia por los tribunales brasileños a la autonomía de la voluntad en la contratación internacional, casi siempre se ha tratado del tema de forma marginal, decidiéndose siempre por su inaplicabilidad frente a lo dispuesto por el artículo 9 de la LICC de 1942.

Sin embargo, Stringer ha señalado una vía alternativa que viene siendo aplicada en Brasil, a partir de la cual, tomándose en cuenta que el ordenamiento jurídico brasileño no acepta la cláusulas de elección del derecho aplicable pero, por otro lado, acepta las cláusulas de elección de foro, - conforme fundamento legal se transcribe en la secuencia - las partes de un contrato internacional, no pronunciándose acerca del derecho aplicable, podrían pactar la jurisdicción de

un tribunal extranjero cuyo derecho internacional privado aceptase el principio de la autonomía de las partes⁹⁶.

Con todo, en Brasil existe una Ley de arbitraje que ha provocado la huida desde la *lex contractus* hacia el arbitraje, en la medida que permite a las partes la elección de la ley aplicable en sede arbitral. En ese sentido, muchos son los conflictos comerciales brasileños que se han sustraído del conocimiento de tribunales estatales locales que no aceptan a la autonomía de la voluntad como factor determinante de derecho aplicable y la gran mayoría se ha decidido en sede arbitral, lo cual también acarrea sus propios riesgos, como es la impugnación del laudo arbitral ante los tribunales estatales o la posible acción ejercida para ejecutarlo, ya que al ser conocidas estas situaciones por tribunales estatales, puede frenar todo tipo de transacción producto de la incertidumbre respecto a la posición que se tiene sobre la autonomía de la voluntad.

En este mismo sentido, de recoger la autonomía de la voluntad, se inclina el Convenio del Mercosur sobre Contratos Internacionales de Consumo de 18 de octubre de 2012, que señala en su Artículo 4.1: “Los contratos internacionales celebrados estando el consumidor en el Estado de su domicilio, especialmente

⁹⁶ STRINGER, D. 2006. Choice of Law and Choice of Forum in Brazilian International Commercial Contracts: Party Autonomy, International Jurisdiction and the Emerging Third Way. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 44, núm. 3, pp. 988-990.

en caso de contratación a distancia, se rigen por el derecho elegido por las partes, quienes pueden optar por el derecho del domicilio del consumidor, del lugar de celebración o cumplimiento del contrato o de la sede del proveedor de los productos o servicios. El derecho elegido será aplicable siempre que fuera más favorable al consumidor”, consagrando, por lo tanto, el principio de autonomía de la voluntad y asimismo de protección al consumidor, parte más débil en ese tipo de contratos.

Esto además se ve reafirmado por el Artículo 10 del Convenio del Mercosur sobre Arbitraje Comercial Internacional, que señala: “Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes”.

En ese sentido, los Estados del Mercosur están envueltos en una gran incertidumbre. Del análisis de las diversas normativas de los países del cono sur puede verse que hay países que lo acogen expresamente, tales como Chile, Argentina y Perú, países donde se debe entrar a argumentar a favor de la aplicación del principio, como sería Paraguay, Colombia o Venezuela y también

países que niegan su acogida bajo toda circunstancia sin tener el principio asidero legal o jurisprudencial en qué asentarse para ser aplicado.

Con todo, en los países en que se recoge la autonomía de la voluntad también existen limitaciones. Así, se encuentran entre ellas las ya mencionadas normas imperativas o normas de orden público y en algunos casos la relación con el lugar de efectiva ejecución del contrato. Esto nos lleva a concluir de este análisis que realmente la autonomía de la voluntad, si bien en el texto y para la doctrina es fundamental como principio de la contratación, en la práctica es de difícil aplicación en el cono sur debido a los diversos criterios de incorporación que tienen los países de la región.

5. ANÁLISIS DEL CÓDIGO BUSTAMANTE

El Código de Bustamante es un tratado que pretendió establecer una normativa común para América sobre el Derecho internacional privado.

La idea de dicho códex común fue incitada por Antonio Sánchez de Bustamante, abogado, jurista y político cubano, quien promovió la existencia de una normativa común para América sobre el derecho internacional privado.

Durante el 6° Congreso Panamericano celebrado en Cuba en 1928, la idea de Bustamante fue tratada, y específicamente en el documento final del Tratado de La Habana, se adjunta el anexo en donde consta el Código de Derecho Internacional Privado.

De la lectura del Código Bustamante se puede constatar que, si bien dicho instrumento no hace referencia a la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad, tampoco le rechaza.

Hay tres normas del mismo que dan luces aparentes a la admisibilidad:

“Artículo 184. La interpretación de los contratos debe efectuarse, como regla general, de acuerdo con la ley que los rija. Sin embargo, cuando esa ley se discuta y deba resultar de la voluntad tácita de las partes, se aplicara presuntamente la legislación que para ese caso se determina en los artículos 185 y 186, aunque eso lleva a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de la interpretación de voluntad.”

“Artículo 185. Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en lo 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.”

Además, el Código Bustamante otorga a las partes la facultad de realizar pactos de sumisión a ciertas jurisdicciones, lo cual sería clara expresión del principio de la autonomía de la voluntad, sin embargo, sin determinar ésta el derecho aplicable al fondo del asunto, sino que el foro competente para resolver los conflictos entre ellas. Así lo expresa el Artículo 318:

“Artículo 318. Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario.

La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de situación”.

Sin embargo, como lo establece el mismo artículo, este ejercicio de la autonomía de la voluntad para someterse a cierta jurisdicción, está limitado por el requisito de que una de las partes debe ser nacional del Estado a que el juez escogido pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo derecho local contrario.

En caso de ausencia de un pacto de sumisión, el Artículo 323 suple la voluntad de las partes señalando que, fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, y salvo el derecho local contrario, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación, o el domicilio de los demandados y subsidiariamente el de su residencia⁹⁷.

Además, el Código de Bustamante consagra la limitante por excelencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad, a saber, el concepto de orden público, en los siguientes artículos:

⁹⁷ LEON STEFFENS, Avelino, 1998. Algunos aspectos de la regulación jurídica del comercio internacional. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. N° XIX. Valparaíso, Chile. p. 234.

“Artículo 194. Son de orden público internacional las disposiciones relativas a enajenación forzosa por utilidad pública”.

“Artículo 195. Lo mismo sucede con las que fijan los efectos de la posesión y de la inscripción entre varios adquirentes, y las referentes al retracto legal”.

“Artículo 175. Son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto”.

Luego, puede entenderse de la lectura de estos artículos citados que el concepto de autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales, que es materia de este trabajo, no se encuentra tratado por el Código Bustamante ni en el sentido de rechazo ni tampoco de aceptación. Es más, ni siquiera es mencionado.

De hecho, lo más cercano a la acogida del principio por parte de este cuerpo normativo es la referencia a las cláusulas de sumisión a jurisdicción extranjera,

expresión del principio de autonomía de la voluntad, pero limitado a la elección de un determinado foro que resuelva los conflictos y siempre respetando los requisitos establecidos (que una de las partes sea nacional o tenga su establecimiento en el país del foro) y las normas de orden público respectivas.

En cuanto a derecho de fondo aplicable, el Código de Derecho internacional privado establece reglas específicas para ciertas materias:

“Artículo 176. Dependen de la ley personal de cada contratante las reglas que determinen la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento”.

“Artículo 177. Se aplicará la ley territorial al error, la violencia, la intimidación y el dolo, en relación con el consentimiento”.

“Artículo 178. Es también territorial toda regla que prohíbe que sean objeto de los contratos, servicios contrarios a las leyes y a las buenas costumbres y cosas que estén fuera del comercio”.

“Artículo 179. Son de orden público internacional las disposiciones que se refieren a causa ilícita en los contratos”.

“Artículo 180. Se aplicarán simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito”.

“Artículo 181. La rescisión de los contratos por incapacidad o ausencia, se determina por la ley personal del ausente o incapacitado”.

“Artículo 182. Las demás causas de rescisión y su forma y efectos, se subordinan a la ley territorial”.

“Artículo 183. Las disposiciones sobre nulidad de los contratos se sujetarán a la ley de que la causa de la nulidad dependa”.

Por lo tanto, podemos concluir que, si bien el Código Bustamante no se pronuncia sobre la autonomía de la voluntad con una tendencia en particular, sí hace referencia a ella en diversas disposiciones en particular respecto a la

elección de foro, salvaguardando siempre límites que han de seguir las partes involucradas.

6. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA COMPARADA

Hasta el momento se ha analizado en teoría la incorporación de la autonomía de la voluntad en diversos documentos que establecen normativas internacionales. Los más emblemáticos son el Reglamento Roma I (y su antecesor, el Convenio de Roma de 1980) y la Convención de Viena de Compraventa internacional de Mercaderías. En este apartado se verá cómo se ha recogido el principio establecido en aquellos textos por los tribunales en la jurisprudencia comparada y para ello cabe hacer ciertas salvedades:

1ª Se tomará en consideración exclusivamente la jurisprudencia que versa sobre el Convenio de Roma de 1980 sobre obligaciones contractuales en el seno de los tribunales de la Unión Europea y la que ha sido pronunciada por los tribunales norteamericanos, para dar una visión que abarque tanto modelo europeo como norteamericano al respecto. En cuanto al análisis de América Latina, éste será objeto del análisis de jurisprudencia chilena en el capítulo dedicado al efecto.

2ª Esto se hará en base a diversos casos, dando a conocer en qué medida se ha reconocido la autonomía de la voluntad en cada uno y si se ha reconocido de modo pleno o con limitaciones y en este último caso, en qué consisten aquéllas.

3ª La razón de tal decisión estriba en que la normativa analizada precedentemente no cuenta en su totalidad con pronunciamiento judicial. En efecto, tanto la Convención de México, como el Reglamento Roma I actualmente, no se han visto en tela de juicio en tribunales; en cuanto a la Convención de Viena, ésta no requiere mayor análisis, ya que está plenamente acogida dentro de los ordenamientos jurídicos que la han ratificado, aplicando la autonomía de la voluntad en los términos planteados en ella, sin entrar en mayores controversias al respecto.

4ª El análisis de jurisprudencia chilena será objeto de análisis en el capítulo posterior, poniendo especial énfasis en la justicia arbitral y su relación con los casos resueltos en el arbitraje con sede en la Cámara de Comercio Internacional de París.

1) Análisis de jurisprudencia de la Unión Europea en virtud del Convenio de Roma

En este punto, tomaremos como referencia tres casos que se pronuncian sobre la autonomía de la voluntad en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a saber:

- 1) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, asunto C-184-12: “United Antwerp Maritime contra Navigation Maritime Bulgare”, de 17 de octubre de 2013.
- 2) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, asunto C-64/12: “Anton Schlecker, que actúa con el nombre comercial Firma Anton Schlecker, contra Melitta Josefa Boedeker”, de 12 de septiembre de 2013.
- 3) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, asunto C-384/10: “Jan Voogsgeerd contra Navimer SA”, de 15 de diciembre de 2011.

1ª Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, asunto C-184-12: “United Antwerp Maritime contra Navigation Maritime Bulgare”, de 17 de octubre de 2013.

El presente asunto versa sobre la interpretación de los artículos 3 y 7, apartado 2, del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 en relación con la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.

La petición de decisión prejudicial formulada en el caso de autos por el abogado Hof van Cassatie se inscribe en el marco de un litigio entre United Antwerp Maritime Agencies («Unamar»), sociedad belga, y Navigation Maritime Bulgare («NMB»), sociedad búlgara, en relación con el pago de varias indemnizaciones presuntamente adeudadas a raíz de la de la resolución, por parte de NMB, del contrato de agencia comercial que hasta entonces vinculaba a ambas sociedades.

En el marco del consiguiente procedimiento judicial se planteó, entre otras, la cuestión de si el juez belga podía aplicar al contrato las disposiciones imperativas de la ley del foro pese a existir una cláusula arbitral en la que se designaba la Cámara de comercio e industria de Sofía (Bulgaria) y se preveía expresamente la aplicación del Derecho búlgaro al contrato.

Se requiere, más concretamente al Tribunal de Justicia, que precise en qué condiciones puede el juez nacional dejar de aplicar, con arreglo al artículo 7, apartado 2, del Convenio de Roma, las disposiciones pertinentes de la ley de un Estado miembro aplicable al contrato en virtud de la elección de las partes (*lex contractus*) en favor de las disposiciones imperativas de la ley del foro. Más precisamente, se le solicita que proporcione unas pautas que permitan determinar si la ley de un Estado miembro de la Unión Europea que, al mismo tiempo que transpone correctamente una directiva europea, sobrepasa la protección ofrecida por esta última puede imponer esta mayor protección en el supuesto de que la *lex contractus* sea el Derecho de otro Estado miembro de la Unión que también ha transpuesto correctamente dicha directiva.

Se tiene en consideración el Artículo 3 del Convenio de Roma, que establece que “Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de

las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

Expone el abogado general, Sr. Nils Wahl, respecto a la determinación del derecho aplicable en virtud del Convenio de Roma lo siguiente: “...Sin embargo, en el marco del mecanismo de determinación de la ley aplicable establecido por el Convenio de Roma, el principio de autonomía de la voluntad de las partes puede verse perturbado de dos maneras: por una parte, a través de la elaboración de normas específicas para ciertos contratos, cuando resulte necesario proteger a la parte más débil (contratos de consumo o contratos de trabajo) –parámetro que no guarda relación con este caso– y, por otra parte, por la interferencia de mecanismos específicos, en virtud de principios tradicionalmente reconocidos en Derecho internacional privado y también en el Derecho de los Estados miembros. Entre dichos mecanismos figura la aplicación, con arreglo al título del artículo 7 del Convenio de Roma, de las leyes de policía. Esta última aplicación se presenta de manera diferente según se trate de disposiciones imperativas contenidas en una ley extranjera con la que la situación tenga un vínculo estrecho o, como ocurre en el caso de autos, de disposiciones imperativas recogidas en la ley del foro”⁹⁸.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, asunto C-184-12: “United Antwerp Maritime contra Navigation Maritime Bulgare”, de 17 de octubre de 2013. [En Línea]

Siguiendo la interpretación precedente, se ha recogido por parte de la presente sentencia una clara limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad como factor determinante a los contratos internacionales, cual es las normas de policía del foro, mencionadas en el Artículo 7, debiendo interpretarse por tanto la lectura del principio de libre elección de ley por las partes consagrado en el artículo 3 de la misma Convención, con la limitación establecida en el Artículo citado.

Sin embargo, si bien esta limitación no está claramente delimitada en cuanto a su contenido, como bien se ha dicho en la sentencia en su parte considerativa que: “Cabe recordar que en el asunto Arblade y otros el Tribunal de Justicia declaró que debía entenderse que la expresión «leyes de policía y de seguridad» se refería a «las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él». En este mismo sentido, en el asunto Comisión/Luxemburgo se retomó el concepto de leyes de policía y de

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137402&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1038755> [Consulta el 23/10/2015]

seguridad adoptado en el asunto Arblade y otros, antes citado, al examinarse la excepción de orden público, como excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios”⁹⁹.

Se concluye en el análisis del caso que: “los artículos 3 y 7 deben interpretarse en el sentido de que permiten que las leyes de policía del país del juez del foro que ofrecen al agente comercial una mayor protección que la establecida en dicha Directiva, en razón del especial interés que el Estado miembro concede a dichas disposiciones, se apliquen al contrato, también cuando resulte que el Derecho aplicable a éste sea el Derecho de otro Estado miembro de la Unión Europea en el que también se goce de la protección mínima que proporciona la referida Directiva.”¹⁰⁰

2ª Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, asunto C-64/12: “Anton Schlecker, que actúa con el nombre comercial Firma Anton Schlecker, contra Melitta Josefa Boedeker”, de 12 de septiembre de 2013.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ *Ídem.*

En el presente asunto, el Tribunal de Justicia debe interpretar el artículo 6, apartado 2, del Convenio, disposición que rige la designación de la ley aplicable al contrato de trabajo a falta de elección por las partes. Las cuestiones prejudiciales que en el presente asunto plantea el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) se enmarcan en un litigio, derivado de una modificación unilateral del lugar de trabajo, entre la Sra. Boedeker, nacional y residente en Alemania, que ha desarrollado su actividad profesional de forma ininterrumpida y exclusiva en los Países Bajos durante más de 11 años, y su empresario, la sociedad Firma Anton Schlecker que está establecida en Alemania.

Más concretamente, se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre el alcance de la cláusula que figura en la parte final de dicha disposición, que permite descartar la aplicación de la ley designada en virtud de los criterios de conexión expresamente previstos en las letras a) y b) de dicha norma, en caso de que «del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga lazos más estrechos con otro país¹⁰¹».

¹⁰¹ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. NILS WAHL presentadas el 16 de abril de 2013. En: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, asunto C-64/12: “Anton Schlecker, que actúa con el nombre comercial Firma Anton Schlecker, contra Melitta Josefa Boedeker”, de 12 de septiembre de 2013. [En Línea] <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109263&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=51772>> [Consulta el 23/10/2015]

Durante la resolución del caso se tuvieron en cuenta los Artículos 3 y 4 del Convenio de Roma que consagran por un lado la libertad de elección de ley en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes y por otro, la regla supletoria de la voluntad de las partes que señala en ausencia de elección, un criterio común a todos los contratos: la ley del país con que el contrato presenta a los vínculos más estrechos.

Relacionado con el caso en específico, el contrato de trabajo, el artículo 6 del Convenio establece:

“Artículo 6: No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo.

No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá:

a) Por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país, o

b) Si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador”

Relacionado con el objeto de este trabajo, cual es dilucidar si la autonomía de la voluntad es realmente determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales, puede desprenderse que hay grandes limitaciones:

1ª La primera limitación, de corte general, nos demuestra que las partes, si bien pueden escoger el derecho aplicable al contrato en virtud de la autonomía de la voluntad, ésta no es absoluta, ya que las mismas partes no pueden hacer uso de esa autonomía para determinar el derecho aplicable en caso de que no escojan uno en primer lugar; quedan a merced de la determinación por parte del tribunal en razón de un factor de conexión, el de los vínculos más estrechos.

2ª En cuanto al contrato de trabajo, específico del caso en comento, si bien se puede ejercer la autonomía de la voluntad en una primera instancia, determinando el derecho aplicable, el Convenio de Roma determina claramente qué derecho es el aplicable en caso de ausencia de elección bajo los criterios del Artículo 6.

3ª Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, asunto C-384/10: “Jan Voogsgeerd contra Navimer SA”, de 15 de diciembre de 2011.

En este procedimiento, se plantea al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones relativas a la interpretación del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980.

La petición de decisión prejudicial se plantea en el marco de un litigio entre el Sr. Voogsgeerd, nacional neerlandés, y su anterior empresario, la sociedad Navimer, con domicilio en el Gran Ducado de Luxemburgo, para la que trabajó como ingeniero de máquinas, sobre una reclamación de indemnización por una resolución supuestamente ilícita del contrato de trabajo.

A este respecto, se discute qué legislación nacional debe aplicarse en última instancia en el litigio principal, máxime cuando en el caso de aplicabilidad del Derecho luxemburgués –que había sido pactado originariamente como *lex contractus*– la reclamación de indemnización del Sr. Voogsgeerd estaba sujeta a un plazo de prescripción de tres meses, que entretanto ya había expirado.

El propio Sr. Voogsgeerd sostiene que este plazo de prescripción no se aplica, pues resulta contrario a las disposiciones imperativas de Derecho belga que, a su juicio, son aplicables a su contrato de trabajo. Para fundamentar la aplicabilidad del Derecho belga alega, entre otras cosas, que en el marco de la ejecución del contrato de trabajo recibía siempre instrucciones de otra persona, estrechamente vinculada no obstante con su empresario, a saber, la empresa Naviglobe, establecida en Amberes. De ello deduce que Naviglobe puede tener la consideración de establecimiento de su empresario en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra b), del Convenio de Roma, con la consecuencia de que en última instancia deben aplicarse las normas especiales establecidas en el mismo.

En la presente decisión, se toma en cuenta el Artículo 3 del Convenio de Roma, que consagra la libertad de elección de derecho aplicable por la autonomía de la voluntad de las partes. Así, se señala en las conclusiones lo siguiente:

“El Convenio de Roma se caracteriza por el hecho de que reconoce una importancia esencial a la autonomía de las partes al conceder a las mismas, en cuanto regla fundamental, la libertad de elección al amparo del artículo 3, apartado 1. Así pues, las valoraciones contenidas en este Convenio coinciden en última instancia con la tesis ya sostenida por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, según la cual «los acuerdos contractuales en los que se pone de manifiesto la voluntad coincidente de las partes deben preceder a cualquier otro criterio que sólo pueda aplicarse en caso de silencio de las partes». Ahora bien, si las partes no realizan elección alguna, el Derecho aplicable se determinará de conformidad con el artículo 4 del citado Convenio, que prevé como criterio fundamental la aplicación del Derecho del Estado con el que presente los vínculos más estrechos.

A este respecto ha de hacerse constar que es cierto que en el procedimiento principal concurren los requisitos del artículo 3, apartado 1, del Convenio de Roma, dado que, al celebrar el contrato, la empresa Navimer y el Sr. Voogsgeerd establecieron como ordenamiento jurídico aplicable el del Gran Ducado de Luxemburgo. A este respecto, cabría entender, en principio, que es aplicable la

normativa laboral luxemburguesa, siempre que no resulten pertinentes las disposiciones especiales del citado Convenio”¹⁰².

Por lo tanto, a la luz del comentario del abogado que suscribe, la autonomía de la voluntad está plenamente reconocida y acogida en los tribunales de la Unión Europea, como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales. Sin embargo, en el caso específico, no se habla de limitaciones al principio mismo, sino que de un reconocimiento pleno, señalándose en las conclusiones lo siguiente: “Por país en el que se encuentre el establecimiento que haya contratado a un trabajador ha de entenderse el país en el que se encuentra el establecimiento del empresario que haya celebrado el contrato de trabajado con el trabajador, para lo cual no resultará en principio decisivo el lugar del desempeño efectivo de la actividad laboral”.

En ese sentido, se establece que lo decisivo al determinar el derecho aplicable al contrato internacional es la voluntad de las partes que suscriben el contrato, sin tener mayor influencia el lugar de ejecución efectiva del mismo contrato, como es en el caso, para determinar el derecho aplicable en defecto de elección.

¹⁰² CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. VERICA TRSTENJAK presentadas el 8 de septiembre de 2011. [En Línea] <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109263&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=51772>> [Consulta el 23/10/2015]

Por lo tanto, podemos concluir de la jurisprudencia citada que en la Unión Europea tiene pleno reconocimiento el principio de la autonomía de la voluntad, pero como se ha sostenido a lo largo de este texto, con limitaciones claras: respeto por el orden público, por las normas imperativas de otros y además, por las limitaciones establecidas en la letra del Convenio de Roma. Esto nos lleva a sostener que si bien la autonomía de la voluntad es una realidad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales, la misma está siempre limitada de antemano por las normas aplicables a las partes, siendo por tanto, imposible de ejercerla de un modo pleno o absoluto como podría pretenderse según lo sostenido principalmente en doctrina.

2) Análisis de jurisprudencia Norteamericana

En la jurisprudencia norteamericana desde ya casi un siglo se ha recogido a la autonomía de la voluntad como un factor determinante de los contratos internacionales. Al respecto se analizará la evolución de la misma mediante cuatro casos específicos que se tomarán como referencia:

El primer caso en seguir esta doctrina en la práctica fue el “Keifer & Keifer contra Reconstruction Finance Commission” de 1939, en el cual se pactaba una cláusula de limitación de responsabilidad por la negligencia de una de las partes. Sin embargo, el contrato estaba regido por la ley de Nebraska, según la cual el contratante negligente no podía eximirse de las consecuencias de su propia negligencia, por tanto, no aplicaba la limitación de la responsabilidad contenida en la cláusula. Por tanto, la cláusula no se aplicaba bajo la ley de Nebraska que gobernaba el contrato¹⁰³.

En la resolución del caso no se discutió siquiera por la Corte el problema de la elección de ley, reconociendo implícitamente la aplicación de la ley escogida por las partes aun sin pronunciarse expresamente sobre ello.

Sin embargo, la cláusula de elección de ley también se ha visto en la jurisprudencia actual como una trampa para los mismos contratantes. Así, en “Maxim Crane Works contra Tilbury Constructors” de 2012, el Tribunal de primera instancia hizo cumplir una prestación desfavorable de la ley de Pennsylvania – ley escogida como aplicable por las partes –yendo en contra de los intereses del

¹⁰³ “Under Nebraska law a bailee could not, by contract, exempt itself from the consequences of its own negligence. Under federal law the limiting clause was valid”. Louisiana Law Review Vol. XII, 1951, N°1, “The choice of Law, State or Federal, in Cases involving Government Contracts”. Munroe F. Pofcher.

demandante, quien argumentó posteriormente que la aplicación de la ley de aquel Estado violaba el orden público del Estado de California, donde se ejecutaba el contrato¹⁰⁴.

La Corte encontró poco convincentes los argumentos de la parte demandante, al no querer aplicar la propia ley escogida en el contrato cuando se vio atrapada por una norma poco favorable hacia ella.

En ese sentido, se acogió cabalmente el principio de autonomía de la voluntad, aun cuando una de las partes consideraba comprometido el orden público del otro Estado. De todas maneras, se tiene presente en el caso aquella limitación a la autonomía de la voluntad como argumento, reconociéndose claramente tanto la autonomía de la voluntad como factor determinante de derecho aplicable y también la limitación dada por las normas de orden público aun cuando no fueron convincentes para la Corte.

Sin embargo, no todos los tribunales norteamericanos reconocen la autonomía de la voluntad como factor determinante de derecho aplicable a los contratos. En efecto, según un análisis de la última jurisprudencia y en contra de

¹⁰⁴ SYMEONIDES, 2013. 26th ANNUAL CHOICE-OF-LAW SURVEY. p. 28.

la tendencia en otros países del mundo, los tribunales norteamericanos siguen necesitando un poco de “conexión significativa” entre el contrato y el Estado cuyo Derecho se escoge.

En la gran mayoría de los casos no es un requisito difícil de cumplir, sin embargo, en ocasiones no es tan simple. En el caso “Contour Design Inc. contra Chance Mold Steel Co. Ltd.” Donde el tribunal se negó a aplicar la ley escogida del estado de Colorado por la carencia de algún factor de conexión del contrato con el mismo, ya que se señaló que no bastaba que se aplicara sólo porque el abogado que redactó el contrato se encontraba en Colorado¹⁰⁵.

En “Credit Acceptance Corp contra Chao Kong” un tribunal de Wisconsin se negó a cumplir una cláusula que escogía la ley de Minnesota como aplicable al contrato. El tribunal de primera instancia concedió daños al comprador bajo la ley de Wisconsin y el cesionario apeló señalando que debía aplicarse la ley de Minnesota en virtud de la cláusula de elección de ley. El tribunal de apelaciones confirmó la sentencia apelada, señalando que la ley de Wisconsin es la aplicable porque la misma ley de Wisconsin señala que es pertinente ser la aplicable a las “acciones u otros procedimientos” y como las partes llevaron el conflicto a ser

¹⁰⁵ Ibid. p. 30.

resuelto en ese Estado, las acciones y procedimientos habían de resolverse en virtud de ella¹⁰⁶.

Este caso nos muestra entonces que a pesar de que la autonomía de la voluntad está reconocida en la jurisprudencia norteamericana como un factor determinante de derecho aplicable a los contratos, muchas veces se encuentra con piedras de tope que le impiden concretarse. Sea una limitación de orden público, o en otros casos la carencia de un factor de conexión con la ley escogida, la autonomía de la voluntad siempre queda en entredicho y dependiendo de lo que consideren los tribunales de los diferentes Estados, impidiendo la formación de una jurisprudencia uniforme. Sin embargo, la tendencia es al reconocimiento de la autonomía como factor determinante, expresada en las cláusulas de elección de ley.

Como puede verse del análisis de la jurisprudencia citada en este apartado, podemos concluir que la autonomía de la voluntad como factor determinante de derecho aplicable a los contratos internacionales está plenamente aceptada por los tribunales en la jurisprudencia comparada, tanto en Europa como en Norteamérica. Con todo, este reconocimiento no está exento de variantes y

¹⁰⁶ Ibid. p. 31.

diversas interpretaciones, toda vez que coinciden éstos en que la autonomía de la voluntad jamás es absoluta, imprimiéndole a la misma diversos criterios que la limitan. Así, en la Unión Europea siempre se tratará de una ley en específico la que pueda escogerse, respetando el orden público y las normas imperativas de terceros Estados involucrados o en Norteamérica se exigirá un factor de conexión del contrato con el derecho escogido.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FACTOR APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN CHILE

Este capítulo está destinado al análisis de la autonomía de la voluntad en la legislación chilena como factor determinante de Derecho aplicable a los contratos internacionales. Además, se hará un nexo entre la contratación internacional y cómo se resuelven los conflictos a través del arbitraje comercial internacional chileno y del reconocimiento de sentencias extranjeras en el país, pues entre ambas materias hay una estrecha relación, en particular si consideramos que el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como factor de derecho aplicable se concreta finalmente en la ejecución de sentencias y laudos arbitrales que dirimen los conflictos en virtud de ese derecho aplicable.

Como bien sabemos, en Latinoamérica la normativa respecto al derecho aplicable a los contratos internacionales no ha tenido mayor desarrollo. Si bien varios han sido los intentos para crear normas uniformes al respecto, han tenido poca repercusión tanto en doctrina como en jurisprudencia. Es así como la Convención de México o el Convenio del Mercosur relativo a la materia, si bien

llevan años vigentes en el continente, no han tenido mayor aplicación e inclusive hasta ahora han sido ratificados por apenas un par de países.

Chile no se queda atrás en el tema, puesto que carece de regulación específica al respecto, aun cuando tiene una moderna ley de arbitraje comercial internacional vigente, la Ley N° 19.971. Sin embargo, es precisamente esta última norma citada la que nos servirá como referencia para el desarrollo de este capítulo, donde finalmente dilucidaremos la situación en Chile respecto a la efectividad de la autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales.

1. Reglas del Código Civil aplicables a los contratos internacionales

En el caso de Chile no existe una ley de Derecho Internacional privado especial, por lo que las normas que contienen las reglas sobre el estatuto personal en relación al estado y la capacidad se encuentran en nuestro Código Civil. La normativa jurídica de Chile sobre Derecho internacional privado se basa

principalmente en el principio territorialista¹⁰⁷, tanto para el estatuto personal, bienes, actos, etc.

Al pensar en reglas del Código Civil aplicables a los contratos internacionales, inmediatamente ha de tener consideración lo señalado por el Código en sus Artículos 14 a 18. Éstos rezan lo siguiente:

“Artículo 14. La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”.

“Artículo 15. A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.

1° En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile.

¹⁰⁷ MEREMINSKAYA, Elina. 2007. Las paradojas del Derecho Internacional privado chileno, Revista del Magister y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, N°1, p. 141.

2° En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.”

“Artículo 16. Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

Para los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas.”

“Artículo 17. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento.

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese.”

“Artículo 18. En los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas.”

De la lectura de los artículos precedentemente citados del Código Civil chileno puede sostenerse que hay una regulación primitiva respecto a la contratación internacional que dan cuenta de que el mismo Código establece normas que zanján de cierto modo la discusión acerca del derecho aplicable a un contrato, sea nacional o internacional y que se ha dividido clásicamente en Estatuto real, estatuto personal y estatuto relativo a los contratos (aspectos de forma y de fondo de los mismos), los cuales se analizarán someramente a continuación, pues no son el objeto principal sino más bien una primera referencia a la regulación respecto al derecho aplicable a los contratos internacionales.

1) Estatuto Personal

En cuanto a la regulación del Estatuto personal, el Código Civil chileno es claro en consagrar la extraterritorialidad de la ley, en el sentido de que si un

chileno celebra un contrato en el extranjero, la ley chilena sobre su capacidad y estado lo sigue en el extranjero, aplicándose al contrato internacional que haya de tener efecto en Chile.

En cuanto a la capacidad, se señala que se trata de la capacidad de ejercicio, excluyendo la capacidad de goce, debido a que el estatuto personal tutela derechos permanentes y generales, características que comparten las incapacidades de ejercicio, al contrario de las incapacidades de goce. Otra razón que se esgrime es que el mismo artículo menciona “la capacidad para ejecutar ciertos actos”, lo que excluiría a la capacidad de goce. El efecto, entonces, del artículo 15 del Código Civil es la sujeción del chileno en el extranjero a la ley chilena solo en cuanto al estado y a la capacidad de ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile, esto es, cuando los derechos que de él emanan deben ejercerse en Chile o las obligaciones que genere deben cumplirse en el país¹⁰⁸.

La mayoría de los sistemas legales excluyen la capacidad para contratar del ámbito de la ley elegida por las partes. La capacidad de las personas naturales

¹⁰⁸ SÁNCHEZ Retamal, Ilse, 2012. Consideraciones sobre los factores de conexión aplicables al estatuto personal en el Derecho Internacional Privado en Chile y Argentina. En: Revista de Estudios Jurídicos Democracia y Justicia, N° 1, Centro de Estudios Democracia y Justicia, Universidad de Talca, p. 48.

se somete comúnmente a su ley personal –ya sea esta su ley nacional o la de su domicilio–, o a la ley del lugar de celebración del contrato, o a la ley que rige al contrato determinada por las normas de conflicto del foro. La capacidad de las sociedades o corporaciones se rige normalmente por la ley del lugar de su constitución o registro¹⁰⁹.

En Chile, la capacidad para contratar de personas naturales y jurídicas se excluye del ámbito de la ley elegida. Esta capacidad parece estar gobernada exclusivamente por la ley del lugar de celebración del contrato, solución que no parece apropiada: determinar la capacidad exclusivamente conforme a la ley del lugar de celebración parece, hoy en día, inadecuado porque este lugar puede ser accidental y difícil de determinar especialmente en contratos inter absentes que son los más comunes en el comercio internacional.

2) Estatuto Real

Respecto al estatuto relativo a los bienes, el sistema chileno aplica el sistema de *lex rei sitae*, siendo el factor de conexión la situación del bien, o donde el bien se encuentre situado. Lo anterior se ve consagrado en el Artículo 16 del Código

¹⁰⁹ Etcheberry (1960) pp. 37-39; Ramírez (2010) pp. 135-136.

Civil, el cual no distingue clases de bienes, refiriéndose a todo tipo, incluyendo derechos personales, créditos, entre otros.

Por otro lado, también hay que atender a la regulación dada al respecto en el Código Bustamante, el cual señala lo siguiente en su Artículo 105: “Los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación.” Continúa el Código de Derecho Internacional Privado en su artículo 106 señalando que “Para los efectos del artículo anterior se tendrá en cuenta, respecto de los bienes muebles corporales y para los títulos representativos de créditos de cualquier clase, el lugar de su situación ordinaria o normal”.

Por lo tanto, el Código de Bustamante junto al Código Civil chileno, dan una regla que determina la ley aplicable a los bienes que estén en juego en las relaciones jurídicas de los contratantes, haciendo aplicable la ley donde el bien se encuentre para todos los efectos. Esto puede interpretarse como una limitación a la posible elección de ley de la autonomía privada de las partes, puesto que ya viene de antemano determinada la ley aplicable respecto a los bienes en el caso de Chile: es aplicable la ley de la situación; al igual que en el caso del estado o capacidad de los contratantes chilenos para los contratos que hayan de tener efecto en Chile, la autonomía de la voluntad estará limitada por la aplicación directa de la ley chilena, al igual que en el caso de los bienes

situados en Chile. Aún más, en el caso de los bienes, para efectos de la ley chilena, nunca podrán entrar en la elección de ley, por ser aplicable en Chile directamente la ley de su situación.

A mayor abundamiento, puede sostenerse en términos prácticos que “Nunca podrán cumplirse en Chile sentencias extranjeras relativas a bienes situados en Chile en que no se ha aplicado la ley chilena, ya que se estaría atentando contra el Artículo 16 del Código Civil”¹¹⁰.

Con todo, ha de atenderse también a lo señalado en el Artículo 16. Inc. 2° del Código Civil: “Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño”. Se ha entendido que este artículo consagra el principio de autonomía de la voluntad, pudiendo celebrarse contratos en el extranjero respecto a bienes situados en Chile. Ese contrato puede ser regido por la ley que escojan las partes o la ley donde se ha celebrado el contrato, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pero los efectos del contrato, la capacidad de las partes y los bienes,

¹¹⁰ LEXWEB: La ley en Internet. [En Línea] <http://www.lexweb.cl/media/users/10/518500/files/49917/Derecho_Internacional_Privado.pdf> [Consulta el 01/11/2015]

han de ajustarse a la ley Chilena, entendiéndose que los artículos 15 y 16 son de orden público y por lo tanto no pueden soslayarse.

Lo anterior aparentemente acarrearía un fraccionamiento contractual no consagrado expresamente en el Código Civil, pero no producto del ejercicio de la autonomía privada, sino que producto de la propia normativa nacional. Con todo, la autonomía de la voluntad como factor de elección de un derecho aplicable estaría plenamente limitada a ciertos aspectos del contrato, sin poder abarcar todos ellos.

3) Estatuto de los Actos o Contratos

En cuanto al estatuto aplicable a los actos y contratos, el sistema chileno distingue entre elementos de forma y elementos de fondo.

- 1) En cuanto a los elementos de forma, rige el principio de *locus regit actum*, es decir, la ley del lugar rige el acto. Esto está consagrado en diversos artículos del Código Civil, tales como el 17 ya citado, el Artículo 1027, el Artículo 15 de la Ley de Matrimonio Civil, etc.

La jurisprudencia y doctrina consideran que la validez formal del contrato se rige exclusivamente por la ley del lugar de su celebración ya que esta es la norma imperativa establecida para la validez de los contratos celebrados en Chile y para la de ciertos actos celebrados en el extranjero. La referencia alternativa a otras leyes para determinar esta validez no parece posible¹¹¹.

En Chile, la jurisprudencia y la doctrina, utilizando los mismos argumentos dados para la validez formal, consideran que el Código Civil somete la validez esencial de un contrato a la ley del lugar de celebración, sin perjuicio de la aplicación de las normas imperativas chilenas

- 2) En cuanto los requisitos de fondo, si un contrato se celebra en Chile, para cumplirse en Chile, se aplica la ley chilena. Pero en caso de contratos celebrados en Chile para cumplirse en el extranjero, se habla del principio de libre contratación internacional, según el cual las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato en virtud de su autonomía de la voluntad, la cual como hemos visto, se encuentra limitada en Chile a ciertos aspectos del contrato y subordinada a ciertos requisitos analizados bastante a lo largo del primer capítulo.

¹¹¹ VIAL, Undurraga. Op. cit. p. 908.

Entonces, ¿Pueden las partes en Chile ejercer su autonomía privada para determinar el Derecho aplicable a los contratos internacionales? Para ahondar más el tema del derecho aplicable a los contratos internacionales en el Derecho chileno relacionado a la autonomía de la voluntad, cabe señalar que las normas que se refieren mayormente a ellos son el Artículo 113 del Código de Comercio, el Decreto Ley 2349 para contratos celebrados por el Estado y empresas públicas y el ya mencionado Artículo 16 y por lo tanto serán analizadas a continuación.

En cuanto el Artículo 113 del Código de Comercio, Undurraga señala que “El Art. 113 del Código de Comercio establece que los actos concernientes a la ejecución de contratos celebrados en el extranjero para cumplirse en Chile se rigen por la ley chilena a menos que las partes acuerden otra cosa. De este modo, autoriza a las partes para elegir una ley extranjera para regir los efectos de esos contratos en Chile. La doctrina interpreta este artículo más ampliamente y considera que autoriza esta elección para cualquier contrato comercial internacional –celebrado en Chile o en el extranjero– y para cualquier efecto, ya sea producido en Chile o no. Esta interpretación ha sido acogida por los abogados nacionales pero no siempre por los jueces, quienes han rechazado cláusulas de elección de ley extranjera en contratos cumplidos en Chile

argumentando la necesidad de aplicar las normas imperativas chilenas o de proteger el orden público nacional”¹¹².

En ese sentido, el Artículo 113 aparentemente acogería la posibilidad de ejercer una autonomía de la voluntad plena para poder determinar libremente el derecho aplicable a un contrato, al señalar que “...cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de las leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa.”

Otra norma que apoya el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como factor determinante del Derecho aplicable a los contratos internacionales en Chile es el Decreto Ley 2.349 sobre contratos internacionales del sector público, el cual, junto con reconocer en sus considerandos que son válidas las cláusulas de sometimiento a ley extranjera y tribunales extranjeros pactadas por particulares, regula estas materias para el sector público. En efecto, declara válidas las cláusulas en los contratos internacionales en los cuales el Estado y sus

¹¹² VIAL. Ibid.

organismos o empresas pactan sujetarse al derecho extranjero y se someten a la jurisdicción de tribunales ordinarios o arbitrales extranjeros¹¹³.

Una parte de la doctrina considera la dictación de este decreto como una importante confirmación de la aceptación de la autonomía en la legislación chilena, a pesar de su restrictivo campo de aplicación. Argumenta que si la autonomía es aceptada para los contratos públicos, es lógico también aceptarla para los contratos privados¹¹⁴.

Los abogados nacionales comparten unánimemente esta opinión y utilizan la autonomía con frecuencia en los contratos internacionales. Sin embargo, normalmente se precaven frente a un posible rechazo de la elección de ley extranjera, sometiendo los contratos que se refieren a bienes situados en Chile a la ley chilena para asegurar su ejecución judicial en el país¹¹⁵.

¹¹³ IRRARÁZABAL, Jaime, 2013. Julio Phillipi Izquierdo: jurista, legislador, negociador internacional: En el centenario de su nacimiento. Centro de Estudios Públicos, N°357. [En Línea] <
http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304100200/pder357_Jlrrarrazabal.pdf> [Consulta el 01/11/2015]

¹¹⁴ Villarroel, Carlos y Villarroel Gabriel. Op. cit. p. 359.

¹¹⁵ Moreno M. Jaime, 1996. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenos. Código Civil y Leyes Complementarias. Ed. Legalpublishing. p. 115-116.

Esta sumisión es necesaria porque la ejecución judicial de sentencias ordinarias o arbitrales extranjeras relativas a estos bienes es incierta ya que tiende a ser denegada por la Corte Suprema a pretexto de proteger el orden público o la jurisdicción chilena. En ese sentido, se confirma en la práctica que a pesar de la gran acogida doctrinal que tiene el principio de la autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales, no es reconocida por la jurisprudencia, infundiendo temor en los abogados y partes contratantes, quienes prefieren someterse a la legislación que mayor seguridad dará a la ejecución del contrato en su totalidad, aun cuando en términos de sus reales intereses no sea lo más conveniente.

2. Reglas en la Ley 19.971 de Arbitraje comercial internacional

En Chile es posible sustraer el conocimiento de un asunto contencioso civil o comercial de la justicia ordinaria para someterlo a un tribunal extranjero. La sumisión a jurisdicción extranjera ha sido admitida en virtud del principio de autonomía de la voluntad que erige en el Derecho privado, en el que está permitido hacer todo lo que no esté expresamente prohibido. En consecuencia, se señala que de no haber norma legal expresa que prohíba a las partes someterse a ley o jurisdicción extranjeras, los particulares autónomamente pueden someterse a ellas.

Como la autonomía de la voluntad tiene como límites el orden público y el fraude a la ley, la sumisión a jurisdicción extranjera será válida en la medida que no infrinja esos límites.

La posibilidad de sumisión a jurisdicción extranjera está admitida expresamente en el artículo 318 del Código de Bustamante y en el Decreto Ley 2.349 sobre contratos internacionales del sector público¹¹⁶, el cual si bien está hecho para los contratos internacionales del sector público, permite que los particulares también lo apliquen en sus transacciones de acuerdo a una interpretación extensiva del mismo, como se analizó en el capítulo anterior. Según la profesora Canelo: “Se permite la posibilidad de someterse a la ley y jurisdicción extranjeras, no siendo obstáculo para ello el 1462, pues este artículo refiere al objeto ilícito de someterse a la jurisdicción eclesiástica o canónica, no a jurisdicción extranjera, explicándose en que el CC se creó para separar iglesia de Estado. La jurisdicción extranjera está reconocida por Chile, por ejemplo, en el Art. 242 CPC que da la posibilidad de ejecutar sentencias extranjeras en Chile (Sentencia CS 2 de enero de 2008)”.¹¹⁷

¹¹⁶ CANELO, Carola. Op. cit. p. 44

¹¹⁷ Ibid. p. 50

1) Contexto del arbitraje en el comercio internacional

En el mundo globalizado en que nos encontramos, en el contexto de las transacciones de carácter internacional, las partes pueden ser llevadas a la resolución de conflictos fuera de sus fronteras. Y es del todo lógico que esto se produzca, ya que así como es internacional el contrato, también lo será la forma de resolver los conflictos que de él se puedan derivar, circunstancia que puede llevar a una incertidumbre total respecto a la forma de resolver los conflictos de los jueces de otros foros y las normas a las cuales han de sujetarse en sus decisiones. Esta incertidumbre circunstancial puede disiparse si los contratantes toman la temprana previsión de acordar la modalidad en que resolverán las disputas.

El arbitraje es el método alternativo de solución de conflictos por excelencia en el ámbito comercial, constituyéndose para la comunidad nacional e internacional, en el mecanismo idóneo para resolver los conflictos que de estas actividades se deriven. A través de este mecanismo, una o más personas, natural(es) o jurídica(s) involucradas en un conflicto de carácter transigible,

defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual resolverá de manera definitiva el conflicto, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral¹¹⁸.

Estamos en presencia de un método de solución de las desavenencias caracterizado por la ausencia de rigorismos procesales, por la búsqueda de la celeridad en los resultados, por la idoneidad de quienes reciben la delicada misión de decidir. Estas características son compartidas por el arbitraje interno como el arbitraje comercial internacional; pero en el plano internacional poseen una virtud adicional al constituir por antonomasia la vía de solución de las disputas. Las partes tratan de impedir verse sometidas a tribunales estatales que perciben hostiles o inabordables sintiéndose inclinadas a resolver sus diferencias mediante el acatamiento de la decisión de personas de su elección, estar asistidas por abogados conocidos que hablen su mismo lenguaje, evitando enfrentar los trámites y gastos excesivos, y lo que es muy importante, aliviando la sobrecarga de las abrumadas jurisdicciones estatales¹¹⁹.

¹¹⁸ Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional. [En Línea] <<http://www.ciac-iacac.org/contenido/contenido.aspx?catID=805&conID=7437>> [Consulta el 09/11/2015]

¹¹⁹ FELDSTEIN de Cárdenas, Sara. Los beneficios del arbitraje comercial. [En Línea] <www.camsantiago.com/articulos_online/1_Arb%20Com%20Internacional.doc> [Consulta: 08 de julio de 2016]

Un tema importante a considerar previo a analizar cómo acogen las normas de arbitraje comercial internacional chilenas el principio de autonomía de la voluntad como factor determinante de derecho aplicable a los contratos internacionales, es el contexto mismo del arbitraje comercial internacional, es decir, por qué se crea esta institución y cuál es su rol en el derecho de los contratos internacionales.

Como señalan Villarroel y Villarroel: “para aplicar un derecho común a los contratos internacionales, se ha buscado una jurisdicción especializada a través de lo siguiente:

1ª Convención de Nueva York sobre arbitraje comercial internacional.

2ª Convención Interamericana de arbitraje comercial internacional.

3ª Reglamento de arbitraje de la CNUDMI.

4ª Ley modelo de la CNUDMI de arbitraje comercial internacional¹²⁰

Esto da luces respecto a lo que se busca con la institución del arbitraje: que los conflictos suscitados con ocasión de los contratos internacionales se sustraigan del conocimiento de tribunales estatales, pretendiendo una unificación del derecho aplicable a los mismos. Esto es así porque el Derecho internacional privado está plagado de inseguridades, dada la diversidad de criterios que tiene cada Estado para la resolución de conflictos en el seno de sus tribunales. Es por ello que con el arbitraje se busca una unificación de criterios respecto a la materia.

Asimismo lo señala Cristian Giménez Corte: “Las partes de un contrato no sólo pueden regular su contrato por la *lex mercatoria*, sino que además pueden prever que en caso de disputas entre ellas, la solución de las mismas se someta a un arbitraje internacional”¹²¹, dando fundamento al sometimiento de los conflictos derivados de los contratos internacionales a arbitraje.

¹²⁰ VILLARROEL. Op. cit. p. 345.

¹²¹ GIMÉNEZ CORTE, Christian, 2004. *Lex mercatoria, garantías independientes y coacción estatal*. En: *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. núm. 3, junio, 2004, pp. 343-361.

Ahora bien: ¿Cuál es el rol del árbitro concretamente? El arbitraje comercial se relaciona muy estrechamente con el reconocimiento a la autonomía de la voluntad de las partes y a la capacidad de autoregulación que tienen las mismas, ya que además de poder pactar el derecho aplicable en cierta medida, también tienen la posibilidad de escoger el tribunal que va a resolver los conflictos entre ellas.

“Bajo esta representación de la autorregulación de los contratos comerciales internacionales el árbitro se presenta como un órgano del contrato, del orden jurídico contractual. El árbitro se encontraría al interior y al servicio de ese orden jurídico creado por el contrato y, en consecuencia, aseguraría la aplicación y la eficacia de las normas contractuales por encima de cualquier consideración distinta a sus propias convicciones morales. Se trataría pues de una versión de la autorregulación en la que el contrato comercial internacional y el árbitro creado por ese contrato son autónomos y autosuficientes en el sentido de que no necesitan ningún orden jurídico externo que le sirva de fundamento para obrar de tal o cual manera. Se trata pues de la hipótesis de un contrato y un árbitro sin un orden jurídico de base”¹²².

¹²² Alfredo de Jesús, 2009. La Contribución del Árbitro a la Autorregulación y Unificación del Derecho de los Contratos Internacionales. En: Anuario de Derecho Español. España. p. 319.

Ahora bien, se ha discutido en doctrina que la autonomía de la voluntad, tanto para la elección de un derecho aplicable que gobierne un contrato, como para la elección de foro, sea uno estatal o de justicia arbitral, necesita de un ordenamiento jurídico específico que le de sustento. A su vez, también se plantea la duda respecto a la obligatoriedad y por tanto efectividad que puede tener un laudo arbitral.

En ese sentido, el árbitro, a diferencia del juez estatal, no tiene que buscar el fundamento que tienen las partes para determinar sus normas contractuales, simplemente tiene que aplicarlas. Si el juez estatal cuenta con orden jurídico de base, el orden jurídico estatal con un foro estatal y normas de conflictos, el árbitro, por el contrario, no cuenta ni con un orden jurídico de base, ni con un foro estatal, ni con normas de conflicto¹²³.

Lo anterior nos ha de llevar a la siguiente conclusión: si el laudo arbitral encuentra su fundamento de validez en la voluntad de las partes, quienes dotan de facultades al juez árbitro para resolver el conflicto, aquella voluntad ha de estar autorizada por un ordenamiento jurídico estatal específico, el cual, como tal ha de tener normas imperativas que los árbitros han de respetar en sus decisiones.

¹²³ Ibid. p. 320

Es así como el árbitro, si bien no cuenta con normas de conflicto a priori, ni tampoco un orden jurídico primario que sustente sus decisiones, ha de respetar los mismos límites que las partes deben respetar respecto a los límites a su autonomía privada.

Las leyes estatales suelen dar una mayor amplitud de elección a las partes cuando se trata de una disputa que ha de ser resuelta por arbitraje; algunos de los reglamentos arbitrales autorizan a los árbitros a elegir normas no estatales; en muchos arbitrajes concretos ello ha sucedido y por ende los árbitros han resuelto por la aplicación de la *lex mercatoria* o los Principios Unidroit. Y, finalmente, el arbitraje y la *lex mercatoria* tienen una estrecha relación, en tanto en el arbitraje se suele invocar la *lex mercatoria* y a su vez los laudos arbitrales son una fuente que permite conocer la *lex mercatoria* en sus aplicaciones prácticas¹²⁴. En ese sentido, la medida en que la autonomía de la voluntad podrá entrar a jugar como factor determinante de derecho aplicable a los contratos internacionales y efectivamente ser aplicada, va a depender del respectivo reglamento de arbitraje que consagre las correspondientes limitaciones al ejercicio arbitral.

¹²⁴ RIVERA, Julio César. Op. cit. p. 9.

2) El arbitraje internacional y el orden público

Como se señaló anteriormente, el arbitraje es el medio más concreto donde puede expresarse el ejercicio de la autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales. Esto es así porque los tribunales arbitrales no están a priori regidos por las normas de un determinado ordenamiento jurídico, es decir, son tribunales ajenos al funcionamiento de la justicia ordinaria de cualquier Estado. Como define el Artículo 222 del Código de Procedimiento Civil chileno: “Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes o por la autoridad judicial en subsidio para la resolución de un asunto litigioso”, actuando entonces en base a las normas señaladas en primer término por las partes y también por las normas establecidas por la ley del Estado que gobierna la sede del arbitraje.

Sea un arbitraje internacional ante la Cámara Internacional de Comercio, ante la Comisión Interamericana de Arbitraje o ante un tribunal arbitral ad hoc conformado por los jueces árbitros que las partes estimen convenientes, e inclusive un arbitraje con sede en la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago), va a estar respaldado por un conjunto de normas sobre la materia, la denominada *lex arbitrii*, en virtud de la cual las partes podrán ejercer en mayor o menor medida su autonomía de la voluntad para la resolución de los conflictos

suscitados entre ellas, ya que constituye aquél conjunto de normas procedimentales, pertenecientes al país que se haya determinado como sede del arbitraje, encargadas de regular la conducta y desarrollo del arbitraje. Sólo se incluyen en la *lex arbitrii* las normas relativas al arbitraje, dejando fuera otros cuerpos normativos como la Constitución o el Código de Procedimiento Civil, a menos que sea de modo supletorio pactado por las partes.

Sin embargo, para que los laudos arbitrales tengan pleno efecto y por tanto se ejecute precisamente lo que las partes querían al determinar el derecho aplicable, indistintamente de la sede del arbitraje, han de respetar ciertos lineamientos fundamentales so pena de nulidad del mismo.

“Según la jurisprudencia comparada, la institución del orden público se emplea para negar la eficacia de un laudo arbitral que viola, en su aspecto procesal o sustantivo, los valores socio-jurídicos fundamentales de la *lex fori*. Es decir, el vicio que se ataca con el orden público tiene relación con una sentencia arbitral gravemente ofensiva para el derecho doméstico.

Si bien, un tribunal arbitral no debe ninguna lealtad a las normas legales de un Estado en particular, esto es, no tiene una obligación directa de cumplir con

sus dictámenes legislativos, está obligado a cumplir con la intención de las partes”.¹²⁵ Como hemos señalado a lo largo de este trabajo, la autonomía de la voluntad de las partes, su intención, está siempre limitada por lo dictaminado por sus normas imperativas, por tanto, el tribunal que las mismas escojan, en conjunto con las normas aplicables al foro, han de limitar el funcionamiento del tribunal.

Sin embargo, la doctrina está conteste en la indeterminación de este concepto de orden público, como bien señalamos en el primer capítulo de este trabajo. FERNÁNDEZ DE COSSIO postula que dentro del género de Orden público deben reconocerse dos especies: el orden público contractual y el orden público que busca evitar la aplicación de instituciones ofensivas a la cultura jurídica de un determinado país.

En ese sentido, el autor expone que el orden público contractual es el que debe asimilarse a las normas imperativas de un determinado Estado, las cuales no pueden soslayarse por la autonomía de la voluntad de las partes y, por tanto, constituyen además de normas de aplicación necesaria, normas que las partes han de respetar en el ejercicio de su autonomía privada. Por otro lado, el orden

¹²⁵ MEREMINSKAYA, Elina. Op. cit. p. 127.

público en el segundo sentido señalado, es el que considera que debe considerarse como causal de nulidad o no ejecución de un laudo arbitral¹²⁶, es decir, el laudo para ser efectivo debe respetar las normas de orden público en el sentido de valores morales y jurídicos máximos de un determinado ordenamiento.

“¿Cuáles son los principios más básicos de moralidad y justicia de un ordenamiento jurídico? ¿Cuáles son los valores centrales de un ordenamiento jurídico? ¿A través de qué método se pueden determinar estos principios? ¿Se trata de los mismos principios en los diferentes sistemas jurídicos? Todas estas interrogantes no encuentran respuesta en la definición ordinaria de orden público. Ante esta situación, son muchos los autores que advierten del riesgo latente que este concepto implica para el arbitraje internacional, ya que inserta un elemento de incertidumbre en uno de los puntos más delicados de este procedimiento, a saber, la eficaz ejecución de los laudos. Mientras que uno de los principales objetivos del arbitraje internacional es promover la certeza, la celeridad y la uniformidad en la resolución de controversias, el orden público parece estar en constante oposición con este objetivo”.¹²⁷

¹²⁶ FERNANDEZ DE COSSIO. Op. cit. p. 10.

¹²⁷ MARÍN GONZÁLEZ Juan Carlos y GARCÍA MIRÓN, 2011, Rolando. El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo de arbitraje comercial internacional. En: Revista de Derecho Vol. XXM.: IV - El concepto de orden público N° 1, Julio 2011. p.117-131

El concepto de orden público que debe respetar un tribunal arbitral es indeterminado, pero sí es claro que actúa como límite a la labor del árbitro en la resolución del conflicto y así también, a la autonomía de la voluntad de las partes al determinar el derecho aplicable. La situación es la siguiente: las partes pactan en su contrato que se aplique cierto derecho a la resolución de conflictos. A su vez, esa es la dirección que le dan al árbitro que resolverá aquellos conflictos, quien deberá aplicar la ley escogida por las partes en la medida que esté facultado para ello según las normas procesales aplicables al arbitraje (dependiendo de la sede del mismo). Al pronunciar su decisión, el laudo ha de ejecutarse en un Estado determinado, que puede o no ser el lugar del foro y ahí ha de ser revisado por tribunales internos para poder proceder a su ejecución (caso de Chile, por ejemplo), y en ese punto puede caerse la decisión al denegar la ejecución por ser el laudo contrario al orden público del lugar en que quiere ejecutarse el laudo.

“Al respecto, la doctrina señala que en las naciones donde el arbitraje internacional ha logrado un mayor desarrollo los tribunales han reconocido la excepcionalidad de esta causal de nulidad y sólo han anulado laudos por ser contrarios al orden público en casos limitados y excepcionales. Esto es, los tribunales han limitado esta causal a casos en los que existe una auténtica

contradicción entre el laudo y el orden público de ese país y no cuando el juzgador se encuentra en desacuerdo con la decisión del tribunal arbitral respecto al fondo de la controversia.

En una resolución de gran importancia para el arbitraje internacional, la Corte Suprema de Estados Unidos dejó en claro que en ese país la causal de nulidad por violación al orden público no faculta a los tribunales para ejercer un poder de revisión amplio sobre los laudos impugnados. La corte fue muy clara al señalar que la facultad de revisión de los tribunales se limita a los casos más evidentes de violación del orden público”.¹²⁸

Es por tanto, lo más importante para determinar si es mito o realidad el ejercicio de la autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales, el lugar de ejecución de la sentencia o laudo arbitral que se pronuncia aplicando el derecho escogido por las mismas. Es en la efectiva ejecución de esa decisión donde se concretizará el ejercicio de la autonomía privada y se podrán ver los límites a la misma.

¹²⁸ Ibid.

El Estado sede debiera cuidar de dejar al margen sus propias nociones de orden público doméstico en favor de una noción de orden público internacional que tenga en cuenta la diversidad sociojurídica del mundo y los estándares generalmente aceptados por la comunidad internacional¹²⁹.

Los árbitros internacionales al adoptar sus decisiones deben considerar no solo la ley de fondo elegida por las partes, sino tener en cuenta o aplicar normas imperativas o de orden público no pactadas por las partes pertenecientes, por ejemplo, al ordenamiento jurídico del lugar del arbitraje o que presente contactos preponderantemente significativos con la controversia o las partes.

El orden público actúa en el arbitraje no sólo como límite, sino también como garantía que favorece, verifica y consolida la confianza de los Estados en la institución arbitral, razón por la que esta noción debe convertirse en la auténtica "llave de paso" de la competencia internacional de los árbitros.

3) Chile y el arbitraje comercial internacional: ley 19.971

¹²⁹ VÁSQUEZ, María Fernanda 2011. Recepción del arbitraje comercial internacional en Chile desde una óptica jurisprudencial: Una revisión ineludible. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 38 N° 2, pp. 349 – 370.

En cuanto al tema en Chile, el arbitraje comercial internacional actualmente está regulado por la Ley 19.971, del 29 de septiembre de 2004, la cual tiene como se basa en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) creada en 1966 que establece un marco jurídico unificado y uniforme compartido por las Naciones para la resolución de controversias propias del Comercio Internacional.

Esta normativa constituye sin lugar a dudas un gran avance en materia arbitral en nuestro país, toda vez que con anterioridad a aquella, las disputas arbitrales comerciales se debían regir por la normativa local existente contenida principalmente en el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil, o bien, acudir a los Centros Internacionales de Arbitraje más destacados a nivel mundial con los consecuentes gastos que irrogaban tales gestiones¹³⁰.

La Ley 19.971, debido a su carácter de *lex specialis*, viene a desplazar las normas aplicables al arbitraje doméstico. Al mismo tiempo, dado que no se trata de un arbitraje totalmente deslocalizado, el nuevo procedimiento tiene que

¹³⁰ VASQUEZ, María Fernanda. 2005. La nueva ley de arbitraje comercial internacional de Chile y su análisis comparativo con la ley española. *En*: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Valparaíso, pp. 533 – 558

apoyarse en ciertos conceptos del derecho nacional y contar con la aceptación por parte de la justicia ordinaria¹³¹.

Con lo anterior nos referimos a que la regulación del arbitraje comercial internacional en Chile aún es primitiva. Si bien la ley es novedosa, los tribunales arbitrales en Chile no son autónomos, se deben en cierto sentido a la labor y criterios establecidos por la justicia ordinaria, la cual desempeña una labor de asistencia para la justicia arbitral, sea doméstica o internacional.

A pesar de lo anterior, como señala MEREMINSKAYA: “el procedimiento arbitral internacional se diseña, primordialmente, en base a la autonomía de las partes. Las normas legales aplicables al procedimiento son reducidas y dejan en las manos de los árbitros amplias facultades en cuanto a la conducción del procedimiento, constituyendo los únicos límites la autonomía de las partes y el principio del debido proceso (Art. 19 de la Ley 19.971)”.¹³²

¹³¹ MEREMINSKAYA, Elina, “Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: Búsqueda de la Armonía”. En “Arbitraje y Mediación en las Américas” , Centro de Estudios de Justicia de las Américas - San Nicolás de los Garza, Nueva León, México - Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología. p. 106.

¹³² *Ibíd.* p. 105

Respecto a la autonomía de la voluntad, la ley reconoce expresa y abiertamente el principio de “autonomía de la voluntad de las partes” en diversas disposiciones, el que se traduce en otorgar a éstas una mayor libertad en la toma de decisiones referentes a la iniciación del procedimiento, acuerdo de arbitraje, normativa aplicable al arbitraje tanto al procedimiento como al fondo de litigio, determinación de los árbitros y su número, entre otras. La afirmación de este principio es consecuencia de la naturaleza misma de la institución arbitral que nace en el seno de la libre disposición que tienen las partes frente a ciertas materias y en la renunciabilidad de los derechos subjetivos, cuyo límite genérico se encuentra en las materias que afectan a la sociedad toda y no sólo a los particulares, o dicho en otras palabras, al orden público¹³³.

En ese sentido, independiente de cuál sea la ley que rigen tanto el fondo del asunto como las normas de procedimiento e inclusive la cláusula arbitral o compromisoria se establece como valor preponderante la autonomía de la voluntad de las partes a lo largo de todo lo que implica el procedimiento de arbitraje comercial internacional. En efecto, la ley de arbitraje permite a las partes pactar tanto las normas de procedimiento que se han de seguir, pudiendo ser un arbitraje ad hoc o institucionalizado –como sería el procedimiento establecido por CAM Santiago –como las normas de derecho aplicable al fondo del asunto.

¹³³ Ibidem. Pág. 109

Respecto a aquel tema, es decir, cómo se recoge por esta ley de arbitraje la autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales, el Artículo 28 de la misma consagra la autonomía de la voluntad.

“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”.

De la lectura del artículo precedente puede extraerse que la Ley permite aplicar un concepto amplio de derecho aplicable, permitiendo inclusive los usos mercantiles y las disposiciones contractuales en todos los casos, de manera obligatoria. Y de hecho, brinda una gran ayuda a las partes al señalar que se entienden excluidas de esta elección las normas de conflicto de los ordenamientos jurídicos que escojan, lo cual evita que las partes caigan en la incertidumbre acerca de que se apliquen efectivamente las normas de derecho que han escogido.

Al razonar su decisión, los tribunales hoy en día no recurren a las normas de conflicto de leyes, sino que analizan todos los argumentos de las partes y los elementos del caso para llegar a su conclusión, de manera directa. Además, se aplica el derecho invocado por las partes, los árbitros no pueden atribuir un derecho distinto al que las partes han querido¹³⁴.

¹³⁴ JIMENEZ Figueres, Dyalá. 2013. Normas de fondo aplicables al arbitraje comercial internacional. Curso de Arbitraje Comercial Internacional, Universidad de Chile, Santiago. p. 3.

Por lo tanto, ¿Qué derechos pueden pactarse aplicables en el contexto de un arbitraje comercial internacional chileno? La amplitud de la letra de la ley nos da un abanico de posibilidades, entre ellos Los Principios de UNIDROIT, que son un intento por enunciar reglas comunes en materia de tráfico internacional.

La Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías, que es un tratado y obligatorio para las partes que tienen establecimientos en los Estados donde ha sido ratificada, a menos que las partes alteren los efectos de la misma, lo cual también constituye una expresión de la libertad que tienen las partes para poder ejercer la autonomía de la voluntad respecto a su contrato internacional.

El arbitraje en equidad deben pactarlo las partes y también está permitido por la ley analizada, de modo que las partes pueden elegir las normas de derecho aplicables al fondo del litigio sometido a arbitraje comercial internacional. Inclusive, algunos autores afirman que quedaría autorizada la elección de la *lex mercatoria*¹³⁵.

¹³⁵ ALBORNOZ, María Mercedes. Op. cit.

En ausencia de elección del derecho aplicable, la legislación chilena establece que los efectos de los contratos celebrados en el extranjero que deban cumplirse en Chile, se regirán por la ley chilena. Esto surge del tercer párrafo del artículo 16 del Código Civil, así como del artículo 113 del Código de Comercio. Esta última norma contiene en su segundo párrafo una enumeración enunciativa de aquellos aspectos del contrato que abarca. A la inversa, si el contrato celebrado en el extranjero no fue celebrado para producir efectos en Chile, bilateralizando el artículo 16 del Código Civil se puede afirmar que lo rige la ley extranjera del lugar de cumplimiento. Por su parte, y ya refiriéndose al contrato como unidad, en materia de arbitraje, el artículo 28, inciso 2 de la Ley núm. 19.971, dispone lo siguiente: "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"¹³⁶.

De acuerdo a lo analizado, podemos concluir que la autonomía de la voluntad como factor determinante del derecho aplicable a los contratos internacionales según la ley 19.971 vigente en Chile, está incorporada de modo absoluto y pleno, al facultar a las partes para escoger las normas de derecho en el sentido lo más amplio posible. En ese sentido, en materia de arbitraje comercial internacional, la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el derecho de fondo aplicable a la controversia constituye un principio rector, que se encuentra orientado, en

¹³⁶ *Ibidem*.

términos generales, a favorecer y proteger las características auto regulatorias del arbitraje comercial internacional, que incluyen la marcada autonomía conferida a las partes y subsidiariamente a los árbitros para determinar el derecho aplicable al fondo¹³⁷.

Sin embargo, tal como se expuso párrafos más arriba, la gran piedra de tope para la plena realización de la autonomía de la voluntad como factor de derecho aplicable a los contratos internacionales es el la ejecución del laudo arbitral –así como de la sentencia extranjera en casos de arbitraje doméstico. De ese modo, se hace necesario analizar en el contexto de la ley de arbitraje comercial internacional, las posibilidades que ha de tener para ejecutarse un laudo arbitral pronunciado conforme a normas de derecho escogidas por las partes en el país en virtud de esta ley.

En este contexto, resulta particularmente peligrosa la postura de la jurisprudencia que surge a partir del inciso 1 del artículo 16 del Código Civil, el que consagra la aplicación de las leyes chilenas a los bienes situados en el país, resultando en una especie de limitación a la autonomía de la voluntad al no poder escogerse un derecho aplicable a los conflictos que recaigan sobre bienes situados en Chile. Este precepto fue interpretado como una norma de orden

¹³⁷ CREMADES, Bernardo. Op. cit. p. 71.

público que impide que algún tribunal extranjero se pronuncie sobre dichos bienes, negándose constantemente el exequátur a las sentencias dictadas por los tribunales ordinarios extranjeros¹³⁸. Afortunadamente, no se reportan sentencias en que la misma interpretación errónea del art. 16 del CC haya sido empleada para negar el exequátur a las sentencias arbitrales extranjeras.

Sin embargo, ¿Por qué podría denegarse la ejecución de un laudo arbitral y verse completamente frustrado el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable a los conflictos derivados del contrato internacional? Porque un laudo arbitral para poder ejecutarse debe pasar por el respectivo trámite de reconocimiento de una sentencia extranjera y por ende, denegarse tal ejecución en virtud de ciertas causales establecidas en la misma Ley N° 19.971.

Dentro de las causales para decretar la inadmisibilidad del reconocimiento y posterior ejecución del laudo arbitral, el artículo 36 de la Ley distingue aquellas que deben ser probadas por la parte demandante (Artículo 36 N°1 letra a) y las que el Tribunal declare de oficio, respecto de las cuales encontramos en el

¹³⁸ MEREMINSKAYA Elina. Op. cit. p. 109.

Artículo 36 letra b) numeral (ii): “Que el reconocimiento o la ejecución del laudo, sean contrarios al Orden Público de Chile.

La ley 19.971, no conceptualiza el “orden público chileno”, continuando el peligro de la utilización arbitraria de dicho concepto, introduciendo dentro de su contenido la totalidad de normas de derecho público, normas imperativas, la moral y las buenas costumbres, que no se condicen con las especiales características del arbitraje comercial internacional y en especial con esta última: la internacionalidad del laudo¹³⁹.

Sin embargo, a pesar de que la Ley no establece qué se entiende por orden público y dando la idea de que puede englobar todas las normas imperativas del derecho chileno, hay que atender también a que, en la historia fidedigna del establecimiento de la misma ley se pretende elevar a Chile como un centro de arbitraje mundial y aún más, en el mismo artículo 28 ya mencionado anteriormente, consagra el principio de autonomía de la voluntad de modo amplio respecto a la elección de derecho aplicable. En ese sentido es que puede concluirse que iría en contra de aquel fin de la norma interpretar el orden público

¹³⁹ MARQUEZ Granifo, Stephanie. 2009. El orden público y su función como límite a la eficacia, reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales en Chile. Tesis para optar al grado de magíster en Derecho, mención Derecho Económico. Universidad de Chile. Santiago, Chile. p. 79.

como una limitación a la autonomía de la voluntad de elección de las partes del derecho concibiéndolo como el respeto por aquel conjunto de normas imperativas aplicables a las partes contratantes.

Entonces ¿Qué deben respetar los árbitros en virtud de la Ley N° 19.971 para que sea efectiva la aplicación del derecho escogido por las partes?

“Teniendo presente el campo de aplicación de la Ley 19.971, acotado a materias de comercio internacional, es dable considerar que los principios que generalmente han de observarse dirán directa relación con el fondo de la controversia. Así por ejemplo, si las partes han aprobado un contrato que contiene cláusulas que establecen la exclusión de responsabilidad eliminando la indemnización de perjuicios por el daño causado y se exige el cumplimiento del mismo por la parte que ha causado un daño indemnizable a la contraria (por ejemplo no respetar el plazo establecido en un contrato, causándole pérdida económica a la contraparte) y el laudo arbitral concede las pretensiones de dicha parte, tal laudo comercial internacional no podría ser reconocido y ejecutado en Chile, dado que se conjugaría el quebrantamiento de principios como que todo daño debe ser reparado con la respectiva indemnización, puesto que en caso contrario podría constituir un enriquecimiento ilícito.

Así las cosas, si bien es cierto, los principios previamente enunciados se desprenden del ordenamiento jurídico interno, la internacionalidad de los mismos se basa en la característica de universalidad que poseen. De modo que, lo más probable es que aquellos laudos que infringen tales principios, también los infrinjan en el país en que fue dictado el laudo o en el país cuya legislación fuere aplicable de acuerdo a la nacionalidad de las partes”¹⁴⁰.

Es así como la limitación en el caso del arbitraje no es el respeto por las normas imperativas o de orden público de Chile, es decir, esa la causal de denegación de ejecución de un laudo arbitral, sino que en este caso el orden público se configura como un concepto distinto, superior, de orden público internacional. Con todo, de todas maneras constituye una especie de limitación, al no poder las partes pactar que el juez árbitro falle el asunto de acuerdo a lo que ellas dicten de manera antojadiza y sin regulación, sino que es necesario el respeto a estas instituciones y valores globales.

Es al orden público internacional al que debe atender el juez al momento de verificar la contrariedad del laudo con esta causal, puesto que los principios que ha de extraer en su análisis son aquellos comunes e internacionalmente

¹⁴⁰ Ibid. p. 110.

aceptados, siendo esta - la internacionalidad de los principios - lo que los hace coherentes en su aplicación al procedimiento de arbitraje comercial internacional¹⁴¹.

3. Acogida jurisprudencial de la autonomía de la voluntad en Chile

En cuanto a este punto, dado el tiempo que lleva en aplicación la ley respectiva y lo acotado del tema analizado en el presente trabajo, se analizarán principalmente tres sentencias pronunciadas en Chile respecto a laudos arbitrales donde se ha discutido a la autonomía de la voluntad como factor determinante de Derecho aplicable a los contratos internacionales, relacionando el tema principalmente con el argumento de denegación de ejecución del laudo arbitral con motivo de la infracción del mismo al orden público chileno¹⁴².

1° Recurso de Nulidad contra laudo arbitral por la Corte de Apelaciones de Santiago, caratulado “Ann Arbor Foods S.A. contra Domino’s Pizza Internacional INC.

¹⁴¹ Ibid. p. 131.

¹⁴² Cabe señalar que por un tema de espacio, se omitirán detalles innecesarios en el análisis, remitiéndonos a lo relacionado con el tema del presente trabajo.

Ann Arbor recurre de nulidad al laudo arbitral dictado en arbitraje con sede en México, por infracciones formales y sustantivas de orden público chileno. El objeto de la controversia: se estableció un contrato de franquicia con Dominos Pizza para operar la marca en Chile, comprometiéndose a un royalty de 4% por una vigencia de 15 años.

Un año antes de la expiración del acuerdo, Domino's Pizza comenzó con un hostigamiento, notificando aparentes incumplimientos, todos los cuales fueron superados, pero en realidad suponía la intención no declarada de reemplazarlos por otro franquiciador, lo que hoy se ha concretado. Lo que se incumplió fue el pago de royalties como consecuencia del uso abusivo de cláusulas por parte de Dominos al querer quedarse con sus locales y su capital inicial (por eso los acusaban de incumplimiento).

Domino's declaró que el acuerdo había terminado por sus propios medios en el año 2006. Sin embargo, de haber terminado por sus propios medios no habría necesitado carta alguna. Además, Ann Arbor señaló que envió cartas con intención de renovar el contrato.

Se pide nulidad porque se infringieron normas de orden público chileno, entre ellas:

1. Tribunal se constituyó en sede distinta
2. Árbitro no notificó a las partes determinadas actuaciones.
3. El árbitro estaba bajo proceso de recusación.
4. Árbitro aceptó comentarios de terceros en su sentencia, no era imparcial ni independiente.
5. Ultrapetita
6. Omitió aplicar leyes reguladoras de la prueba, lo cual se había pactado.
7. Infringió garantías procesales y se saltó las etapas del proceso.

Infracciones sustantivas

1. No respetó las cláusulas contractuales ni la ley del contrato, admitiendo mala fe.
2. Legitimó contrato de adhesión fundado en una cláusula abusiva.
3. Hizo cumplir la demanda en algo inenajenable.
4. Permitió a Domino's realizar actos contra la libre competencia.

Se establece en la cláusula arbitral que el arbitraje tendrá por sede Chile, se regirá por las reglas de la Cámara Internacional de Comercio (En adelante CCI), la ley de fondo la de Michigan y la procesal la Chilena. Por ser sede Chile, se señala que lex arbitri es la de Chile en todo caso. Se nombró a un árbitro mexicano sin relación con la sede y lejos del lugar del conflicto, infringiéndose la cláusula compromisoria.

El árbitro no se reunió con las partes ni llamó a conciliación, viéndose impedidas las posibilidades de defensa de Ann Arbor. Además, tampoco fue notificada de tres resoluciones al menos. Además, el juez árbitro no se ajustó a la ley de arbitraje comercial, pues se pactó que se regiría por la ley chilena, la que incluye la ley de arbitraje comercial internacional, normas comunes a todo

procedimiento y las causales de casación, omitiéndose tramites esenciales, con un procedimiento mal llevado.

Domino's señala que las únicas leyes aplicables son la Ley N° 19.971 y el reglamento Cámara Internacional de Comercio, porque se quiere posicionar a Chile como centro de arbitraje internacional. De acuerdo a la cláusula compromisoria, cualquier disputa, sería resuelta bajo el reglamento de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el lugar del arbitraje sería Chile, la ley de méritos sería la de Michigan, y la ley procesal la chilena. Mal podría sostener que el laudo es nulo porque infringiría normas chilenas contenidas en el Código de Procedimiento Civil o Código Orgánico de Tribunales, pues de seguirse ese razonamiento, todos los arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional con sede en Chile serían nulos y eso es ilógico.

El Fiscal argumenta que las partes decidieron someterse al Reglamento CCI, que autoriza a celebrar audiencias en cualquier parte y lo reafirma el Acta de Misión. Además, consta que las partes aceptaron al árbitro.

La Corte señala que el sistema de impugnación establecido es la acción de nulidad y las causales previstas “abarcan prácticamente todos los aspectos relativos al arbitraje.

El Reglamento CCI señala que pueden reunirse en cualquier parte, por tanto la causal no procede. Tampoco el hecho de no haberse llamado a conciliación, porque no se considera obligatoria en el reglamento.

En cuanto a los argumentos relativos al fondo, tampoco son aplicables porque la ley procesal es la de Reglamento CCI. Tampoco hubo ultrapetita ni infracción a las reglas de la prueba según el reglamento CCI.

En cuanto a las garantías de defensa, Ann Arbor tuvo oportunidades para ejercerlas, por lo que no se ha infringido. Además, el laudo no alteró la carga de la prueba. En cuanto a las alegaciones pertinentes a que se validó un contrato con cláusulas abusivas y atentatorias contra la libre competencia, no cabe aplicarlos a este caso porque la ley aplicable es la de Michigan. Por tanto se rechaza la nulidad del laudo, reconociendo plenamente la autonomía de las partes en cuanto a escoger no sólo el derecho aplicable al fondo de la

controversia, sino que también las normas procesales que habrían de regir el arbitraje para la resolución del conflicto.

Por otro lado, Si bien es de común aplicación la Ley de arbitraje comercial internacional para la resolución de conflictos, no es mucha la jurisprudencia de exequatur con que se cuenta respecto a ella. En el año 2008 sólo dos laudos arbitrales habían pasado por el trámite de reconocimiento por parte de la Corte Suprema. Sin embargo, uno de ellos es el que abarca dentro de su discusión el problema de la determinación del derecho aplicable a contrato.

2° Sentencia de exequátur dictada por la Corte Suprema, con fecha 15 de septiembre de 2008, de la causa ROL 6615-2007 caratulada “Gold Nutrition Industria e Comercio con Laboratorio Garden House S.A”

La Corte Suprema otorgó el exequátur a una sentencia arbitral pronunciada en Sao Paulo, bajo las reglas de la Cámara de Mediación y Arbitraje de esa ciudad. Se trata del primer exequátur que se otorga invocando primordialmente las normas de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, las cuales son aplicadas en armonía con las disposiciones de la Convención de Nueva York

sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y del Código de Procedimiento Civil chileno.

El fallo de la Corte rechazó una serie de argumentos de la parte demandada, con los cuales se pretendía dejar sin efecto el laudo arbitral. Dentro de los aspectos discutidos merece ser destacado el siguiente aspecto respecto al derecho aplicable:

“El demandado, asimismo, invocaba la excepción del orden público, argumentando que la sentencia arbitral aplicaba intereses sobre intereses, lo cual estaría prohibido por la legislación nacional, violando, asimismo, otras normas del derecho chileno con respecto al pago de intereses. El informe de la señora fiscal judicial, indica que en la legislación actual de Chile la institución de intereses compuestos está expresamente reconocida por el artículo 9 de la Ley 18.010. En su informe, asimismo, alude a la legislación de Brasil y sostiene que el laudo “ha sido dictado de conformidad con la legislación a la que voluntariamente se sometieron las partes al constituir el compromiso, no resultando por lo mismo aplicable la ley nacional”¹⁴³.

¹⁴³ CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN – CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO, 2008. Informativo online CAM-SANTIAGO N°3. Año 2008. p. 8.

Es la única donde se habla sobre derecho aplicable de los laudos arbitrales reconocidos mediante exequatur, ya que pareciera no haber controversia al respecto por las partes y tampoco por la Corte en la revisión de los mismos. Se permite y se ejecuta en la práctica la determinación del derecho aplicable por la autonomía privada de las partes.

3° Exequatur N° 2.349-2005 de la Corte Suprema, Caso “Inverraz”

En este emblemático caso, por una parte se encontraba el Banco Kreditanstalt für Wiederaufbau de la República Federal de Alemania y por otro la Sociedad Inverraz Limitada. Entre ellos se celebraron una serie de contratos mediante los cuales se otorgaba créditos y ante el incumplimiento grave de las obligaciones, el Banco se vio obligado a iniciar un procedimiento arbitral en contra de Inverraz de acuerdo a lo establecido en las cláusulas compromisorias. La sede del arbitraje fue París, bajo el reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. A fines del 2007, se dictó el laudo arbitral que condenaba a la Sociedad Inverraz al pago de 60 millones de dólares más los intereses por mora correspondientes.

Sin embargo, el demandado se opuso a la solicitud de exequatur, dando entre sus argumentos, que el laudo arbitral se oponía al orden público chileno. Sostiene que se infringe el orden público chileno por la sentencia que se trata de cumplir, pues si bien la Sociedad Inverraz Limitada y las sociedades filiales reconocen la suscripción de los contratos de mutuo y pactos de garantía, como también el pagaré mediante el cual se novaron las obligaciones derivadas del mutuo, y que en esos convenios se estableció que se sometían a la ley del Estado de Nueva York, prorrogando la jurisdicción para los tribunales de ese Estado, sus efectos deben arreglarse conforme a la ley chilena porque afectan bienes situados en Chile. Es por lo anterior, como se acuerda someter bienes situados en Chile y las relaciones jurídicas a ellos vinculadas a una legislación extranjera, se contravendría el orden público chileno.

Cono analiza la Corte en su fallo: “En el caso de autos se trata de personas jurídicas constituidas en diferentes países, la entidad bancaria State Street Bank and Trust Company en el Estado de Massachussets, Estados Unidos y la deudora Inversiones Errázuriz S. A. y la mayoría de las garantes en la República de Chile, por lo mismo se rigen en los efectos de sus operaciones, contabilidad, tributación y régimen de bienes y personales, por las leyes de los respectivos países. Las operaciones concretas que se pactaron entre estas personas jurídicas tiene un carácter complejo, porque abarcan más de un acto jurídico. Las

consecuencias de tales convenciones se producirán en Estados Unidos y en Chile, específicamente el desembolso de los recursos por parte de la entidad crediticia en el primero de los Estados y el ingreso de tales dineros en nuestro país, el que se realizó mediante gestiones de la obligada en el Banco Central. La operación en su integridad podrá ser fiscalizada por las autoridades estadounidenses, como por las chilenas, especialmente en relación con las entidades de cada país. En los mismos contratos se hace referencia en distintas cláusulas a la legislación chilena como estadounidense, sea federal o estadual”.

Por lo demás, agrega el demandado que las garantías constituidas por las partes para garantizar el cumplimiento del contrato debían regirse por las leyes chilenas. Al respecto, la Corte señala que las distintas garantías constituidas por las partes, conforme a lo antes expuesto, son cauciones personales, pues no afectan bienes específicos, debiendo citarse al respecto lo consignado en los contratos, en el sentido que “Garantía significa, respecto de una Persona, cualquier obligación directa o indirecta, contingente u otra, de esa Persona respecto de alguna deuda, arrendamiento, dividendo u otra obligación de un tercero, lo que incluye, pero no a título restrictivo, cualquier obligación directa o indirectamente garantizada, ...” “Se debe insistir que no se deja inmovilizado o impedidos de su libre circulación a bienes determinados, como tampoco se ha privado de su administración o disposición de los que tenía al otorgársele el

crédito y no se le ha impedido que adquiriera otros bienes y desarrolle con normalidad el giro de las distintas sociedades, contratando lo que corresponda respecto de los bienes y servicios que le sean necesarios. Es por tales circunstancias que los bienes de la sociedad Inversiones Errázuriz S. A. o Inverraz Limitada y sus sociedades filiales no han quedado directamente vinculados a la legislación extranjera, por lo que no se contraría la regla del inciso primero del artículo 16 del Código Civil”.

Importante también es resaltar lo que señala la Corte respecto a la consideración de lo dispuesto en el Artículo 16 del Código Civil como norma de orden público según la cual la autonomía de la voluntad de las partes no puede extenderse a los bienes situados en Chile, los cuales han de regirse de modo imperioso por el ordenamiento jurídico chileno. Así, señala que “Sin perjuicio de lo anterior el legislador no priva de validez a toda cláusula contractual que disponga lo contrario, sino que directamente fija el criterio imperativo, que los bienes – sin perjuicio de lo que acuerden las partes –, quedan sujetos a la ley chilena, especialmente en cuanto a sus efectos, debiendo adecuarse a la legislación interna en la medida que se pretenda cumplirlos en Chile. Esta disposición debe ser entendida a la luz del artículo 311 del Código de Comercio, el cual precisa que si bien los contratos celebrados en el extranjero que de alguna manera deban ser cumplidos en Chile, se sujetarán a la ley chilena, agregando

que, entre otros aspectos, “las responsabilidades que imponen la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío, y cualquier otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberá arreglarse a las disposiciones de las leyes de la República”, las cuales no aparecen contrariadas por la sentencia cuya autorización para cumplirse en Chile se ha solicitado, pues ha ordenado el pago de lo que, conforme a lo acordado se debe, disponiendo la indemnización correspondiente por este hecho, que en Chile corresponde a la ejecución forzada, en naturaleza, con indemnización de perjuicios de carácter moratorio, lo cual fue pactado por las partes”.

“Sin perjuicio de lo anterior, la última disposición legal citada permite, que en la materia aludida, efectos ante el incumplimiento, se pueda acordar por las partes someterse a una legislación diversa a la nacional, existiendo los mecanismos para aplicar la legislación extranjera por los tribunales chilenos, por lo que, en este caso, tales estipulaciones, para los efectos de la autorización materia de este procedimiento, es perfectamente aplicable. Sin perjuicio que, las consecuencias, repercusiones y efectos de las determinaciones que se adopten queden sujetas a la legislación chilena cuando el legislador lo dispone expresamente, como ocurre con el inciso final del artículo 39 de la Ley del Banco Central, que es una reiteración especial del inciso final del artículo 16 del Código Civil”.

“Por estas consideraciones, no resulta contrario al ordenamiento jurídico de nuestro país el someterse a las leyes de otro Estado, en las circunstancias expresadas, lo cual aparece, además, ampliamente aceptado por la doctrina nacional y alguna legislación en materias específicas, tales como la ya indicada, en la constitución de hipotecas, en materia de arbitraje y de contratación por la Administración del Estado”.

En ese sentido es que se confirma por este caso que la autonomía de la voluntad, aun sometida a arbitraje, está limitada en cuanto a la determinación del derecho aplicable por las normas de orden público y el respeto en particular por el Artículo 16 del Código Civil, cuyo respeto es estrictamente necesario según el fallo de la Corte para poder proceder al exequatur del laudo arbitral.

Ahora, si bien hay diversos fallos en la jurisprudencia de la Corte Suprema que se pronuncian respecto al reconocimiento de laudos arbitrales, aun cuando no se discuta en gran medida el derecho aplicable a la controversia, sí incurrir en una gran revisión de las causas que comprenden. Sin embargo, cabe hacer presente que esto no debería ser de esta manera: la Ley 19.971 tiene directa relación con la Convención de Nueva York sobre ejecución de laudos arbitrales. Al respecto, el informe CAM-Santiago del año 2008 señala: “Nuestra legislación

impone una serie de condiciones para autorizar u homologar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, que se contraponen con lo señalado en el Artículo 35 de la Ley 19.971 y el Artículo III de la Convención de Nueva York. Así, en conformidad con el Artículo 35 para el cumplimiento del laudo arbitral extranjero en nuestro país, sólo sería necesario una presentación ante la Corte de Apelaciones correspondientes con el objeto que dicha demanda de cumplimiento y ejecución del laudo sea distribuida entre los tribunales competentes de acuerdo a su jurisdicción, sin necesidad de ocurrir ante la Corte Suprema e iniciar el trámite del exequátur”¹⁴⁴.

Así mismo, la profesora Canelo sostiene que: “La regulación del exequatur en Chile no favorece la cooperación internacional, porque si bien son aplicables los tratados, Chile no ha suscrito ninguno. En segundo lugar, porque la regla de la reciprocidad es de compleja y costosa prueba, ya que supone tener conocimiento de la jurisprudencia y correspondientes en el país extranjero que den cuenta del reconocimiento y ejecución en dicho país de nuestras sentencias, lo cual es de difícil y costoso acceso a las personas. En tercer lugar, porque de no ser aplicables los tratados ni la regla de reciprocidad, los requisitos del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil suponen que nuestro máximo tribunal tenga

¹⁴⁴ MÁRQUEZ, Granifo, Stephanie. Op.cit. p. 76.

que analizar el fondo de un litigio ya resuelto por un tribunal extranjero. Es excesivo y doble control”¹⁴⁵

Si se ha entendido al exequatur como una especie de “visto bueno” de la sentencia extranjera o laudo arbitral, claramente esta concepción no se aplica en la práctica, convirtiéndose en una segunda revisión que muchas veces cae en excesos respecto al control del pronunciamiento del árbitro, lo que puede hacer caer todo el procedimiento y, además, ir en contra de lo que han querido las partes, toda vez que dentro de las causales de denegación está la oposición del laudo al orden público, concepto cuyo contenido indeterminado (La ley 19.971, no conceptualiza el “orden público chileno”, continuando el peligro de la utilización arbitraria de dicho concepto, introduciendo dentro de su contenido la totalidad de normas de derecho público, normas imperativas, la moral y las buenas costumbres, que no se condicen con las especiales características del arbitraje comercial internacional) puede llevar a graves problemas y limitar la autonomía de la voluntad de las partes como factor determinante de derecho aplicable a los contratos internacionales.

¹⁴⁵ CANELO. Op. cit. p. 123.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo, hemos podido dar cuenta de que la autonomía de la voluntad como fuente de Derecho aplicable a los contratos internacionales ha sido recogida por diversos cuerpos normativos en todo el mundo. Ahora, si bien la autonomía de la voluntad está reconocida en éstos, del análisis más detenido de los mismos podemos dar cuenta de que esta autonomía de la voluntad como fuente, es decir, como factor determinante del derecho aplicable a los conflictos suscitados entre las partes de un contrato internacional, no es una fuente plena.

Primeramente, del análisis de la evolución de la autonomía de la voluntad como fuente de Derecho aplicable a lo largo de la historia, podemos darnos cuenta que siempre la autonomía de la voluntad se ha visto enfrentada a limitaciones. Así, los primeros límites que reconocimos a la autonomía de la voluntad como fuente de Derecho aplicable fueron los conceptos de Orden público, Buenas costumbres y el Fraude a la ley, todos conceptos vagos y difíciles de llenar de contenido, pero que desde el inicio han estado presentes como barreras a la actuación plena de la autonomía de la voluntad.

Respecto al Orden público como limitación a la autonomía de la voluntad, la profesora Carola Canelo expone que, en general, “son materias de orden público aquellas que miran al interés de la sociedad y en las que los derechos en disputa no son disponible para las partes, tales como los asuntos de familia, laborales, de protección al consumidor y penales”¹⁴⁶. Así mismo, la profesora Mereminskaya señala “según la jurisprudencia comparada, la institución del orden público se emplea para negar la eficacia de un laudo arbitral que viola, en su aspecto procesal o sustantivo, los valores socio-jurídicos fundamentales de la *lex fori*”¹⁴⁷.

En ese sentido, como se ve en este trabajo, el orden público constituye una de las principales limitaciones a la autonomía de la voluntad, la cual puede verse desde dos perspectivas: tanto desde el derecho interno de los Estados involucrados en los conflictos derivados de los contratos, como también desde el concepto del orden público internacional, el cual si bien es un concepto aún más confuso que el orden público interno, se ve dotado de contenido por el Código Bustamante, el cual tiene normas expresas al respecto que los Estados parte deben respetar.

¹⁴⁶ CANELO. Op. cit. Pág. 50.

¹⁴⁷ Mereminskaya. Op. cit. p. 128.

La misma línea sigue la limitación de las buenas costumbres, entendiéndose por tales “aquellas que combinan la moral individual media del hombre y la moral social, imponiendo al hombre el cumplimiento de aquellos deberes que provienen de una instancia superior a la humana y que constituyen la reglas primordiales de toda vida social”¹⁴⁸. Éstas también son recogidas en el Código Bustamante, en su Artículo 178, constituyendo una limitación expresa –aunque difícil de comprender –a la autonomía de la voluntad para los Estados regidos por éste.

Por lo tanto, las partes en los contratos no tienen plena libertad en su autonomía de la voluntad, porque están limitados en su actuar tanto por los conceptos de orden público como por el de buenas costumbres, viendo reducidas sus posibilidades de actuación, tanto para la elección de Derecho aplicable como también para configurar internamente el contrato.

En relación con lo anterior, también vimos cómo en Chile se limita a la autonomía de la voluntad en cuando a las formalidades del Contrato, siendo bien claro el Código Civil Chileno en sus Artículos 14 y siguientes que hay ciertos aspectos de los contratos que han de arreglarse a las leyes y/o formalidades chilenas, constituyendo el estatuto real y personal al que deben regirse las partes

¹⁴⁸ LAPALMA. Op. cit. p. 33

ante diversas situaciones, viéndose determinado de antemano el Derecho aplicable a cierto tipo de contratos, como son, por ejemplo, los contratos que hayan de tener efecto en Chile o los contratos que recaen sobre bienes respecto a la tradición de los mismos. En ese sentido, las partes verían limitada la intervención de la autonomía de la voluntad en sus contratos, sin poder disponer de partes de los mismos.

Con todo, la situación anteriormente descrita parece de toda lógica, toda vez que dota de seguridad jurídica a las transacciones en ciertos aspectos, sin dejar en la completa anarquía la regulación del contrato, lo cual se condice con el respeto por las normas de orden público que tendrían por objeto resguardar los principios y normas fundamentales del ordenamiento jurídico de un Estado.

Sin embargo, a pesar de las sendas limitaciones que pueden darse cuenta respecto a la autonomía de la voluntad, la evolución de las transacciones entre personas ha traído como consecuencia avances en la materia. Es así como encontramos conceptos tales como la Cláusula de elección de ley, el Fraccionamiento contractual, los Contratos sin Ley y los Principios de Unidroit, todos los cuales tienen por objeto darle un papel preponderante a la autonomía de la voluntad en la determinación del Derecho aplicable a los contratos.

En efecto, muchos instrumentos internacionales reconocen a las Cláusulas de elección de ley como la mayor acogida de la autonomía de la voluntad como factor de Derecho aplicable a los contratos internacionales. Es así como, por ejemplo, el Artículo 3 del Reglamento Roma I recoge este concepto, dando a las partes la facultad de escoger la ley aplicable al contrato. También lo permiten el Convenio de México, el Acuerdo del Mercosur, entre otros.

Es así que puede verse cómo se han ido conformando diversos cuerpos normativos trasnacionales que recogen la autonomía de la voluntad como principal rector de la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales, aun cuando éstos se diferencian – algunos diametralmente – del alcance que puede tener aquella elección en ejercicio de la autonomía privada de las partes del contrato.

Como lo señala Carrascosa González, esta facultad para que las partes puedan escoger como les plazca el derecho aplicable no es del todo plena. En efecto, el Convenio de Roma limita la elección de las partes a una fuente de Derecho formal que es la Ley, esto, como señala Carrascosa, “...con el fin de que el contrato tenga la fuerza vinculante que sólo le puede conferir la Ley de un Estado y que el contrato cuente con un sistema jurídico completo, de calidad, que

pueda integrar las lagunas del contrato y proporcionar los criterios de interpretación del mismo”¹⁴⁹.

Totalmente distinta regulación comprende la Convención de México, la cual señala en su Artículo 7: El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. Este instrumento internacional, ratificado sólo por México y Bolivia, es de los instrumentos que otorgan la mayor amplitud a la autonomía de la voluntad como factor determinante de derecho aplicable a los contratos internacionales, siendo aún más avanzada que el Reglamento Roma I, pues éste contiene el concepto Derecho en modo amplio, pudiendo las partes escoger de entre todas las fuentes de Derecho disponible, sea una ley u otro derecho a nacional, como pueden ser los principios internacionales del comercio entre otros. Como señala Villalta: “Hay que tomar en cuenta que la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales se refiere al “derecho aplicable” y no a la “ley aplicable”, el cual no solamente es un término más adecuado al español sino que es más amplio que la ley, ya que comprende en su regulación los usos internacionales, los principios de comercio internacional, la “lex mercatoria” y expresiones análogas¹⁵⁰.

¹⁴⁹ CARRASCOSA González, Javier. Op. cit. p. 13

¹⁵⁰ VILLALTA. Op. cit.

Así pudimos ver jurisprudencia comparada al respecto, tales como jurisprudencia de la Unión Europea y Norteamericana, donde se ha aplicado la autonomía de la voluntad como factor determinante del Derecho aplicable a los contratos internacionales.

Del análisis de los casos de la Unión Europea, donde se aplicó el Convenio de Roma, pudimos concluir que se da un “pleno reconocimiento” a la autonomía de la voluntad como factor determinante de Derecho aplicable a los contratos internacionales, sin embargo, siempre dentro de las limitaciones que el mismo texto del Reglamento impone. Así mismo, del análisis de la jurisprudencia norteamericana, se puede concluir que se pretende en la práctica dar una amplitud a la autonomía de la voluntad como factor determinante de Derecho aplicable a los contratos internacionales, pero en realidad ésta siempre está limitada de antemano por diversos factores, siendo el más aplicado para limitarla el concepto de Orden Público interno del foro que conoce del conflicto.

Esto nos lleva inevitablemente a analizar la situación local. En Chile se cuenta con una moderna ley sobre Arbitraje comercial internacional, la Ley N° 19.971, la cual pretende posicionar al país como un foco de transacciones internacionales en la Región. Ésta, de lo analizado en este trabajo, incorpora de un modo absoluto y pleno a la autonomía de la voluntad como factor determinante de

Derecho aplicable, ya que faculta a las partes para escoger “Normas de Derecho aplicable” para resolver los conflictos derivados de los contratos y que haya de resolver el tribunal arbitral al cual se someta el asunto.

Si siguiéramos siempre la dinámica del arbitraje comercial internacional plasmado en la Ley 19.971, la autonomía de la voluntad como factor de Derecho aplicable a los contratos internacionales regiría desde la elección de los jueces, normas procesales y normas materiales para la resolución del conflicto, siendo totalmente plena. Sin embargo, hay una gran piedra de tope para que esto sea realmente de ese modo: la ejecución de los laudos arbitrales.

Como ocurre en las transacciones internacionales, en general los conflictos se resuelven en tribunales arbitrales extranjeros. Según la Ley de arbitraje comercial internacional, las partes pueden entregar la resolución del conflicto a un tribunal institucional, tal como CAM Santiago o la Cámara Internacional de Comercio (CCI). Esto lleva inevitablemente a que, si pretende hacerse valer el laudo arbitral en Chile, éste debe pasar por el respectivo exequatur y he ahí donde se presenta la mayor piedra de tope para la autonomía de la voluntad en Chile: la misma Ley 19.971 señala dentro de las causales para decretar la inadmisibilidad para el reconocimiento del laudo arbitral que “el laudo sea contrario al orden público de Chile” (Artículo 36 letra b) Ley N° 19.971).

En ese sentido, la Ley entrega el reconocimiento de la autonomía de la voluntad a que el laudo respete el Orden Público, que es un concepto no definido por la misma, comprendiéndose dentro de éste, según nuestro análisis, toda la normativa interna Chilena, lo cual contradice el espíritu de la Ley de arbitraje comercial internacional, cual es situar a Chile como un centro de arbitraje comercial mundial.

Lo anterior hace comprender que la autonomía de la voluntad como factor determinante de Derecho aplicable a los contratos internacionales, si bien en el texto se reconoce con plenitud, en la práctica siempre se encuentra con limitaciones, siendo en Chile la más grave el exequatur, que constituye finalmente un engorroso trámite para las partes para el reconocimiento del laudo o sentencia extranjera pronunciada en virtud del Derecho aplicable que han escogido, ya que como señala la profesora Canelo, además de la aplicación de los rígidos criterios que ha de seguir la Corte Suprema para darle curso a la ejecución del laudo o sentencia extranjera, “si no pueden aplicarse, los requisitos del Artículo 245 del Código de Procedimiento Civil suponen que nuestro máximo tribunal tenga que analizar el fondo de un litigio ya resuelto por un tribunal extranjero. Es excesivo y doble control”.¹⁵¹

¹⁵¹ CANELO. Op. cit. p. 123.

Sin perjuicio de ello, cada vez es más abierta la postura a considerar a la autonomía de la voluntad como fuente de normas de derecho material, dejando algo de lado la postura meramente objetivadora de las cláusulas de elección de ley, como puede verse con la misma como fuente de derecho aplicable en las normas que componen la *lex mercatoria*, que son derecho material para los comerciantes y permitida su aplicación como “Principios” en los tribunales especializados en la materia. Sin embargo, no es menos cierto que, de un análisis más cabal de todos aquellos cuerpos normativos y de la realidad jurisprudencial de la materia actualmente, se puede sostener que toda expresión de autonomía de la voluntad en el ámbito de la contratación internacional se subordina a lo que señale tanto la *lex fori*, como las normas del lugar de ejecución de la sentencia, como ocurre claramente en Chile, donde puede verse peligrosamente limitada por el *exequatur*, lo cual constituye prácticamente una doble revisión de un asunto ya fallado.

Esto se explica por la marcada tendencia de los Estados a defender su soberanía en todo aspecto, olvidando que en una era de transacciones internacionales, la resolución de conflictos debe ser igual de amplia y ausente de barreras. La tendencia las últimas décadas ha sido de suscribir instrumentos internacionales relativos a la materia para lograr aunar criterios respecto a la

contratación internacional, como el Reglamento Roma I, la Convención de México, entre otros.

Debiesen actualizarse aquellos instrumentos internacionales, pues como dimos cuenta en este trabajo, aun así caen en errores conceptuales que llevan finalmente a la limitación de la autonomía de la voluntad. Así también, debería seguirse aún más el ejemplo de la Convención de México y la amplitud de actuación que tiene la autonomía de la voluntad, al señalar que la elección de las partes recae sobre “normas de Derecho” y no sobre “leyes”, sin remitir a una fuente de Derecho específica. Lamentablemente este instrumento sólo ha sido ratificado por dos países, sin aprovecharse la moderna regulación que aporta a la contratación internacional.

Así mismo, pareciera que el camino para una autonomía de la voluntad plena que satisfaga los intereses de las partes sin hacerlas caer en errores y dificultades a la hora de resolver sus conflictos, es la suscripción de instrumentos internacionales como la Convención de México, donde se otorgue una total amplitud sin caer en errores al momento de redactar la norma. Sin embargo, esto debe ir acompañado de una eliminación de las barreras posteriores a la elección de la ley, ya que es donde se detectan las mayores limitaciones a la autonomía

de la voluntad: la ejecución de los laudos o sentencias pronunciados en virtud de ésta.

En efecto, cuando se elimine, por ejemplo, la institución del exequatur, que constituye casi una doble revisión del conflicto por distintos tribunales a los cuales las partes no se han sometido voluntariamente, se tendrá en Chile una plena autonomía de la voluntad. Así también sería conveniente no eliminar, sino que esclarecer un criterio uniforme acerca del contenido de la limitación del Orden Público, para que haya claridad respecto a lo que deben respetar las partes en sus transacciones.

Así, cuando se mire con menos desconfianza a las transacciones internacionales y a los tribunales extranjeros, se podrá dar un real reconocimiento a la aplicación de la autonomía de la voluntad como factor determinante de Derecho aplicable a los contratos internacionales. Mientras eso no ocurra, seguirá siendo real en la letra de los instrumentos que la recogen, pero en la práctica su acogida plena seguirá siendo un mito.

BIBLIOGRAFIA

A. Doctrina

1. ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO. De los Contratos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. Año 2004.
2. ALBONICO, FERNANDO. Manual de Derecho Internacional Privado, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1958.
3. ALBORNOZ, MARÍA MERCEDES. El Derecho aplicable a los Contratos internacionales en los Estados del MERCOSUR. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XLII, N° 125
4. BARCIA LEHMAN, RODRIGO. Cuadernos de Análisis de Colección de Derecho Privado N°3. Universidad Diego Portales. Santiago. Año 2004.
5. BIOCCA, STELLA. Derecho Internacional Privado, Segunda Edición. Ed. Lajouane, Buenos Aires. Año 2003.
6. Black's Law Dictionary, Sexta Edición. West Publishing. Año 1990.
7. BOUZA VIDAL, NURIA. Aspectos actuales de la Autonomía de la Voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 40, N° 3. Año 2013
8. Canelo, Carola. Derecho Procesal Internacional. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. Año 2012.

9. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ. Derecho del Comercio Internacional. Ed. Colex S.A. Madrid, España. Año 1998.
10. CAPUTO, LEONARDO. La elección de múltiples ordenamientos para regir un mismo contrato. Revista de Derecho Privado, Edición Especial, Bibliotecas Jurídicas UNAM, México. Año 2012
11. CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER. Elección múltiple y elección parcial de ley aplicable al contrato internacional. Anales de Derecho, N° 18. Universidad de Murcia. Año 2000.
12. CONTARINO, SILVIA. Contratos civiles y comerciales. Ediciones Depalma, Buenos Aires. Año 1995.
13. CREMADES, BERNARDO. El Convenio Arbitral. En: Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XLIII. Año 2007.
14. DE VASCONCELOS, FRANCISCO. La autonomía de la voluntad en el reglamento "Roma I" y en la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable, de 17 de marzo de 1994 (CIDIP – v). La situación en Brasil. Facultad de Derecho, Universidad de Valencia. Año 2013.
15. DEMOGUE. *Commentharie theorique et pratique du Cod. Civ.*, I, N° 194. Año 1935.
16. DIEZ ROBLEDO, FABIÁN. Conflicto y Autonomía de la voluntad en los contratos mercantiles internacionales. Ponencia presentada en las II Jornadas Argentino- Chilenas de Institutos de Derecho Comercial. Mendoza, Argentina. Año 1999.

17. DOMINGUEZ, RAMÓN. ."Fraus omnia corrumpit": Notas sobre el fraude en el Derecho Civil, en Revista de Derecho y Jurisprudencia N°89, Ed. LIX. Año 1991.
18. DREYZIN, ADRIANA. El orden público internacional en el área del Derecho internacional. Anuario N°6, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba. Año 2002.
19. BIGGS, DUNKER. Derecho Internacional Privado, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Año 1958.
20. ESPIN CANOVAS, DIEGO. Los Límites a la Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado. Anales de la Universidad de Murcia, Vol. XIII, N°1. Año 1990.
21. ESPLUGUES MOTA, CARLOS. La Contratación Internacional: Régimen General. Segunda Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Año 1999.
22. FAUNDEZ LOPEZ, HUGO. El fraude a la ley en el Derecho internacional privado. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Editorial Universitaria S.A. Santiago. año 2001.
23. FERNANDEZ DE ROZAS, JOSE. Un nuevo mundo jurídico: Lex Mercatoria en América Latina. Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. Año 2006.

24. FELDSTEIN DE CARDENAS, SARA. Los beneficios del arbitraje comercial.
En: http://www.academia.edu/11774756/CONTRATOS_INTERNACIONALES_EN_EL_MERCOSUR. Año 2014.
25. GARCIA CASTILLO, TONATIUTH. La lex contractus en los contratos internacionales. En: Ricardo Méndez Silva (Coord.), Contratación y arbitraje internacionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. El orden público internacional en el área del Derecho internacional. Anuario N°6, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba. Año 2002.
26. GOLDSCHMIDT, WERNER. Derecho Internacional Privado. Ed. Depalma, Buenos Aires. Año 1997.
27. GONZALO QUIROG, MARTA. Orden público y arbitraje en el marco de la globalización comercial, Ius et Praxis v.12 n.2 Talca. Año 2006
28. GONZALEZ DE COSSIO, FRANCISCO. Orden Público y Arbitrabilidad, Dúo dinámico del arbitraje. Revista Jurídica Auctoritas Prudentium. Universidad Iberoamericana. Año 2008.
29. JIMENEZ FIGUERES, DYALÁ. Normas de fondo aplicables al arbitraje comercial internacional. Curso de Arbitraje Comercial Internacional, Universidad de Chile, Santiago. Año 2013.

30. LAPALMA, JUAN CARLOS. Julio Phillipi Izquierdo: jurista, legislador, negociador internacional: En el centenario de su nacimiento. Centro de Estudios Públicos *bres*: ¿Un límite poco delimitado? Colección Derecho Privado, N° 1 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Universidad Católica Argentina [s.a.]
31. LASCANO, CARLOS ALBERTO. Derecho Internacional Privado. La Plata, X Editorial Platense. Año 1965.
32. LEON STEFFENS, AVELINO. Algunos aspectos de la regulación jurídica del comercio internacional. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. N° XIX. Valparaíso. Año 1998.
33. LIEBLE, STEFAN. La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, N° 1, pp. 214-233. Año 2011.
34. LOPEZ SANTA MARA, JORGE. Los Contratos. Parte General. Tomo I, Segunda Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Año 1996.
35. MALUENDA, RODRIGO. Contratos Internacionales, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile. Año 1998.
36. MANSILLA Y MEJÍA, MARÍA ELENA. Fraude a la Ley: *Fraus legis facta*. Cultura Jurídica I, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México [s.a.]

37. MARIN GONZALEZ, JUAN CARLOS Y GARCIA MIRON, ROLANDO. El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo de arbitraje comercial internacional. Revista de Derecho, Vol. XXIV - N° 1 - Julio 2011, Páginas 117-131
38. MARQUEZ GRANIFO, STEPHANIE. El orden público y su función como límite a la eficacia, reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales en Chile. Tesis para optar al grado de magíster en Derecho, mención Derecho Económico. Universidad de Chile. Año 2009.
39. MEREMINSKAYA, ELINA. La relación entre arbitrabilidad y orden público en la jurisprudencia comparada. EN: www.camsantiago.cl/articulos_online/Orden%20Público_EMereminskaya.pdf. Año 2007.
40. MEREMINSKAYA, ELINA. Las paradojas del Derecho Internacional privado chileno, Revista del Magister y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile. N° 1. Año 2007
41. MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO. Derecho Internacional Privado, 5° Edición, Tomo I, Madrid. Año 1969,
42. MORAGA, PAMELA. Orden Público y Fraude a la Ley como Limitaciones al Derecho extranjero normalmente competente. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Año 2002.

43. MORENO, JOSÉ ANTONIO. Los principios de La Haya y el derecho no estatal en el arbitraje comercial internacional. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en materia de derecho aplicable a la contratación. Año 2012.
44. NIBOYET. Principios de Derecho Internacional Privado, Selección de la Segunda Edición Francesa. Editora Nacional, México. Año 1954.
45. NOVOA MONREAL, EDUARDO. Defensa de las Nacionalizaciones ante tribunales extranjeros. México D.F. Dirección General de Publicaciones Universidad Autónoma de México. Año 1976.
46. REINOSO, FERNANDO. Foro de Conveniencia, Derecho de Conveniencia y Nulidad. Revista de Derecho UNED, N°4. Año 2009.
47. Revista Chilena de Derecho, Vol. 17, N° 1. Año 1990.
48. Revista Chilena de Derecho”, Vol. 40 N 3. Año 2013.
49. Revista Chilena de Derecho, Vol. 38 N° 2. Año 2011.
50. Revista Colombiana de Derecho Internacional. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. N° 3. Año 2004.
51. Revista de Estudios Jurídicos Democracia y Justicia, N° 1, Centro de Estudios Democracia y Justicia, Universidad de Talca
52. Revista de Derecho Vol. XXM.: IV - El concepto de orden público N° 1, Julio 2011
53. Revista Derecho y Jurisprudencia, 1997. Tomo LVI. Sección 1º

54. ROMAY, LICETTE. Los contratos internacionales y el Derecho aplicable en la legislación venezolana. Universidad Dr. Rafael Bellosó Chacín - Universidad del Zulia. Venezuela. Año 2010.
55. SANCHEZ LORENZO, SIXTO. Derecho Internacional Privado. 9. ed. Ed. Civitas. Año 2016.
56. SANCHEZ, ILSE. Consideraciones sobre los factores de conexión aplicables al estatuto personal en el Derecho Internacional Privado en Chile y Argentina. Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia, Centro de Estudios Democracia y Justicia – Universidad de Talca. No. 1, año 2012.
57. SAVIGNY. Tratado de la posesión según los principios del derecho romano, con Estudio preliminar, Revista de Estudios Histórico–Jurídicos N° XXVIII. Año 2006.
58. SILVA ALONSO RAMÓN. Derecho Internacional Privado. Parte Especial. Derecho Civil Internacional. Editorial Intercontinental Editora, Asunción del Paraguay, 1989.
59. Stringer, D. Choice of Law and Choice of Forum in Brazilian International Commercial Contracts: Party Autonomy, International Jurisdiction and the Emerging Third Way. Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 44, núm. 3
60. VÁSQUEZ. MARÍA FERNANDA. . Recepción del arbitraje comercial internacional en Chile desde una óptica jurisprudencial: Una revisión

ineludible. Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 2, pp. 349 – 370. Año 2011.

61. VIA UNDURRAGA, MARÍA IGNACIA. La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado. Revista Chilena de Derecho, Vol. 40 N°3. Año 2013.

62. VILLALTA VIZCARRA, ANA. La Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos internacionales. En: Conferencia pronunciada en las Jornadas de ASADIP. Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, Asunción, Paraguay. Año 2013.

63. VILLARROEL BARRIENTOS, CARLOS y VILLARROEL BARRIENTOS, GABRIEL. Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales. Revista chilena de Derecho, Vol. 17, N° 2. Año1990.

B. Leyes y Decretos

1. Código Civil Chileno
2. Código de Procedimiento Civil Chileno
3. Código Bustamante
4. Ley N° 19.977

C. Tratados Internacionales

1. Convenio de Roma sobre contratos internacionales
2. Reglamento Roma I, año 2008
3. Convención Interamericana de sobre Contratos Internacionales
4. Convenio Mercosur sobre contratos internacionales
5. Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías

D. Sitios Consultados en la World Wide Web

1. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100056
2. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3471>
3. <http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/eleccion-de-la-ley-aplicable-al-fondo-del-asunto.pdf>
4. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200016
5. <http://www.saij.gob.ar/juan-carlos-lapalma-moral-buenas-costumbres-limite-poco-delimitado-dasf070038-2004-10/123456789-0abc-defg8300-70fsanirtcod>
6. <http://www.derecho-chile.cl/la-ley>
7. http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf
8. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html
9. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/7.pdf>
10. www.uc3m.es/cdt
11. <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Jos%C3%A9-Antonio-Moreno-Los-Principios-de-la-haya.pdf>
12. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:jl0006>
13. http://www.dhargain.com.uy/Derecho_del_Comercio_Internacional/Contratacion_Internacional_en_Mercosur.pdf

14. <http://publicaciones.urbe.edu/index.php/comercium/article/viewArticle/177/192>
15. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137402&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1038755>
16. http://www.lexweb.cl/media/users/10/518500/files/49917/Derecho_Internacional_Privado.pdf
17. http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304100200/pder357_Jlrrarrazabal.pdf
18. <http://www.ciac-iacac.org/contenido/contenido.aspx?catID=805&conID=7437>
19. www.camsantiago.com/articulos_online/1_Arb%20Com%20Internacional.doc

E. Jurisprudencia

- 1) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, asunto C-184-12: “United Antwerp Maritime contra Navigation Maritime Bulgare”, de 17 de octubre de 2013.
- 2) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, asunto C-64/12: “Anton Schlecker, que actúa con el nombre comercial Firma Anton Schlecker, contra Melitta Josefa Boedeker”, de 12 de septiembre de 2013.
- 3) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, asunto C-384/10: “Jan Voogsgeerd contra Navimer SA”, de 15 de diciembre de 2011.
- 4) Exequatur N° 2.349-2005 de la Corte Suprema, Caso “Inverraz”
- 5) Sentencia de exequátur dictada por la Corte Suprema, con fecha 15 de septiembre de 2008, de la causa ROL 6615-2007 caratulada “Gold Nutrition Industria e Comercio con Laboratorio Garden House S.A
- 6) Recurso de Nulidad contra laudo arbitral por la Corte de Apelaciones de Santiago, caratulado “Ann Arbor Foods S.A. contra Domino’s Pizza Internacional INC