

CONTRATOS INTERNACIONALES E "INTERNACIONALIZACIÓN" DE CONTRATOS NACIONALES

ELINA MEREMINSKAYA*

PROFESORA DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL
UNIVERSIDAD DE CHILE

INTRODUCCIÓN

Bajo la expresión "internacionalización" de un contrato se entiende la decisión de las partes de aplicar a un contrato interno un derecho extranjero. La doctrina chilena se encuentra dividida en torno al tema. Por un lado, están las voces que niegan a las partes tal facultad. En este sentido, el profesor Avelino León sostiene lo siguiente: "En el contrato puramente interno la autonomía de la voluntad no tiene incidencia alguna sobre la determinación de la ley aplicable. En efecto, a virtud de la libertad contractual, las partes no podrían estipular la sumisión de un contrato interno a una ley extranjera, pues sería la manera de sustraerse a las disposiciones imperativas de la ley nacional."¹ Por otro lado, el profesor Mario Ramírez señala que dado que las partes pueden copiar íntegramente, como disposiciones contractuales, las normas de una ley extranjera, pueden someterse a ella en forma abreviada y respetando las limitaciones del orden público y del fraude a la ley.²

A lo que aspira este artículo es a aportar argumentos en favor de la "internacionalización" del contrato nacional. La pretensión particular consiste en fundamentar la aplicación de instrumentos jurídicos internacionales a los contratos nacionales. Un ejemplo destacado de tales instrumentos lo constituyen los Principios de UNIDROT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Anticipando la tesis final, se plantea que un tribunal chileno debe acoger favorablemente la vigencia de dichos Principios cuando un contrato, sea éste de carácter internacional o interno, se refiere a ellos.

La materia que nos ocupa supone poder distinguir entre un contrato interno y uno internacional. Para fundamentar la tesis final, es indispensable analizar, por lo menos de manera esquemática, el fenómeno de la autonomía de la voluntad. Por ello, antes de entrar en el tema de la "internacionalización", se hará referencia a los conceptos indicados.

I. CONTRATO INTERNACIONAL EN EL DERECHO CHILENO

La doctrina de derecho privado no cuenta con una definición unívoca del contrato internacional. Tampoco existe unanimidad en torno a los elementos de una relación contractual que predeterminan su carácter internacional.³ La legislación chilena no define al contrato internacional explícitamente, sin embargo, contiene normas que pueden servir de fundamento para esta tarea.

* Doctora en Derecho (Universidad de Göttingen, Alemania), Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ León Steffens, Avelino, "El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho civil internacional", *Contratos*, coordinación E. Barros, Ed. Jurídica: Santiago, 1991, p. 95; en el mismo tenor señala Guzmán Latour, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Ed. Jurídica: Santiago, 2003, pp. 521-522.

² Ramírez Necochea, Mario, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. LOM Ediciones: Santiago, 1999, p. 286.

³ Véase un resumen ilustrativo de las posturas doctrinarias y las del derecho comparado en Meluenda Parraguez, Rodrigo, *Los contratos internacionales en el derecho chileno*, Ed. Jurídica Conosur: Santiago, 1998, pp. 8-22.

a) ¿Sirven los art. 16 CC y 113 C. de C. para dar una definición del contrato internacional?

La primera aproximación a la complejidad que producen los contratos relacionados con más de un derecho nacional, la encontramos en los artículos 16 del Código Civil y 113 del Código de Comercio. Los preceptos señalados no se refieren directamente a contratos internacionales, pero estipulan que los efectos de los contratos celebrados en el extranjero y cumplidos en Chile, se rigen por la ley chilena.

La doctrina nacional, mayoritariamente, se ha abstenido de elaborar una definición precisa de contrato internacional. Sin embargo, se ha llegado a sostener, interpretando la normativa recién citada, que "el único elemento que confiere a un contrato el carácter de internacional es su ejecución, total o parcial, en un país diferente de aquél en que el acto fue celebrado. Sólo en este caso se trata de un contrato internacional."⁴

El tenor categórico de este planteamiento parece cuestionable y se aparta significativamente de las definiciones más recientes de la normativa tanto nacional como internacional. Por consiguiente, se estima importante detenerse en el análisis de este planteamiento y presentar algunas inquietudes al respecto.

Para partir, supongamos que dos chilenos se encuentran en Argentina de vacaciones y uno le vende a otro su guitarra. Sin embargo, la entrega y el pago del precio tendrán lugar a la vuelta de las partes a Chile. Según el enfoque anterior, el contrato es internacional. Pero los contratantes son de la misma nacionalidad, tienen su domicilio habitual en Chile y disponen sobre bienes situados en su propio país. ¿Cuál es entonces la importancia del elemento extranjero en este caso? La respuesta debe ser "insignificante".

Especialmente a la luz de la facilidad con que hoy día se mueven las personas, el lugar de celebración parece ser un elemento sumamente inestable y fortuito para que sea declarado decisivo en el examen del carácter internacional del contrato. No cabe duda que en este caso se ha de recurrir a los art. 16 del CC o 113 del C. de C., según corresponde. Pero estos preceptos no hacen otra cosa que declarar que el lugar de celebración no afecta la aplicación de las leyes chilenas mientras el contrato se cumpla en Chile.

Por otro lado, el enfoque en análisis no permite clasificar adecuadamente los contratos celebrados a distancia, en circunstancias que esta forma de negociar se ha hecho frecuente con el desarrollo tecnológico. Así, cuando las partes no se encuentran en el mismo lugar e intercambian mensajes de texto, sea en papel o por correo electrónico, el contrato se estima celebrado en lugar de la residencia del aceptante (art. 104 Código de Comercio). Es decir, un contrato celebrado por Internet entre el oferente (vendedor) argentino y el aceptante (comprador) chileno se entendería celebrado en Chile. Si a mayor abundancia el precio se pagara en el territorio nacional, sería un contrato interno según el concepto que estamos analizando. ¿Pero podemos dejar sin atención el elemento extranjero y el hecho de que el contrato suponga un intercambio de las prestaciones a través de las fronteras y declarar este contrato nacional? Dado que, en este caso, las partes obviamente participan en el comercio internacional, parece sumamente errado tratar su relación como si fuera interna. La decisión contraria tal vez ofrezca una mayor protección a los nacionales chilenos, no obstante, no refleja las necesidades del comercio internacional.⁵

⁴ MALLANDA PARRAGUEZ, Rodrigo, Op. cit., p. 22.

⁵ Este planteamiento no se refiere a compras por parte de los consumidores quienes exigen de un grado mayor de protección y que les está garantizado por la legislación propia de la materia.

La misma duda surge si un prestador de servicios extranjero viaja a Chile y celebra un contrato con un chileno. El 113 C. de C. no abarca la situación señalada, pero ello no la hace menos internacional. Cabe hacer notar que según el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial de Comercio plenamente vigente en Chile, el llamado "desplazamiento de profesionales" constituye uno de los cuatro modos de comercio internacional de servicios.

Dado que un contrato usualmente supone prestaciones recíprocas, es de esperar que en una relación jurídica transfronteriza por lo menos uno de los elementos previstos por el art. 113 (sea el lugar de la entrega, sea la moneda del pago) se vincule con el extranjero. Sin embargo, el art. 113 C. de C. no pretende regular directamente las acciones transfronterizas. Lo que interesa a este precepto, de manera inmediata, es más bien reafirmar la aplicación territorial de las leyes chilenas a los contratos celebrados en un país extranjero.

Otro argumento contra la definición del contrato internacional derivada de los artículos en estudio se basa en el grado de libertad que estos preceptos otorgan a las partes para decidir sobre el derecho aplicable al contrato. En la doctrina nacional no existe unanimidad acerca de si a través de lo que expresa el inciso segundo del art. 16 CC, se reconoce plenamente la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales.⁶ Pero los autores concuerdan en que el inciso tercero del art. 113 del Código de Comercio sí contiene tal reconocimiento.⁷ Sin aspirar a resolver la discusión doctrinaria se agrega, más bien, una observación de otra índole. Llama la atención que las disposiciones recién citadas se refieran únicamente a los efectos del contrato, es decir, a su ejecución. En estricto rigor, no comprenden la facultad de las partes de someter la relación contractual en su conjunto, incluyendo el acto de formación del contrato, a un derecho extranjero. Sin embargo, actualmente se distinguen en un contrato internacional dos contratos diferentes: el contrato en cuanto al fondo y el contrato de *electio juris*. "El primero recae sobre el objeto mismo de la operación proyectada y establece las obligaciones recíprocas de las partes. Este contrato se somete a la ley escogida por las partes, que a su vez es precisada por el contrato de *electio juris*".⁸ Del tenor literal de los artículos analizados resulta que la autonomía de las partes opera solamente dentro del marco del contrato del fondo. Por consiguiente, no se otorga el reconocimiento al contrato de *electio juris*, que es la esencia de la autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado. En otras palabras, la autonomía de la voluntad recibe un reconocimiento solamente parcial, distinto al actual desarrollo de la doctrina.

En resumen, aunque las disposiciones señaladas permiten abarcar una serie de constelaciones que involucran los intereses del tráfico transfronterizo, su aplicación no define, ni por sí misma ni exclusivamente, el carácter internacional del contrato en el derecho chileno.

⁶ Así GUZMÁN LATOURRE, Diego, Op. cit., p. 522; la postura contraria la encontramos en lo que plantea Mario Ramírez, p. 256-260 ya que, según él, el art. 16 CC impide que el estatuto real de los bienes situados en Chile se rija por una ley extranjera, interpretación que conviene más.

⁷ GUZMÁN LATOURRE, Diego, Op. cit., p. 522; Ramírez Necochea, Mario, Op. cit., p. 289.

⁸ LARON STAPENS, Avelino, Op. cit., p. 100; Espulgués Mota, Carlos, *Contratación Internacional*, coordinación Barona Vilar, Silvia, Ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 1999 p. 158. Relacionado con estos dos tipos de contratos se encuentra el llamado círculo vicioso, es decir, cuando la ley elegida por las partes anula el contrato. La solución que ofrecen los instrumentos legales contemporáneos se concreta en la "ley putativa del contrato": en otras palabras, la ley que lo gobernaría en caso de ser válido. Ello con la única salvedad que para establecer que no ha consentido debidamente, una parte puede referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley putativa del contrato. (art. 12 de la Convención de México sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y art. 8 del Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales). De la misma manera debe decidirse sobre la validez del contrato de *electio juris* (art. 3.4 del Convenio de Roma; el art. 12 de la Convención de México regula la elección del derecho aplicable directamente).

b) Definiciones modernas en la legislación chilena

Las dudas que pudieran haber surgido sobre el reconocimiento pleno de la autonomía de la voluntad en el derecho chileno, se desvanecieron con la promulgación del Decreto Ley 2.349 de 1978 que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público. Éste reafirmó que es lícito someterse a las estipulaciones de un determinado derecho extranjero, con lo que acogió la autonomía de las partes en el Derecho Internacional Privado en forma absoluta.

Dicha autonomía tiene cabida en los contratos celebrados con "organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero" (Considerandos, N° 1). Entonces, el establecimiento de la contraparte debe estar ubicado fuera de Chile para que el contrato se entienda internacional.

El mismo resultado se obtiene del análisis de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías que es parte de la legislación chilena desde el año 1990. La Convención se aplica cuando las partes del contrato tienen sus establecimientos en Estados distintos (art. 1.1). Lo que hay que considerar en tal caso es que una parte puede tener más de un establecimiento. Entonces aquel que tenga la relación más estrecha con el contrato debe estar situado en un país distinto al establecimiento de la otra parte (art. 10.1).⁹ Así, si una empresa chilena adquiere veinte computadoras de la filial de IBM en Chile, el contrato es nacional. Pero si la compradora chilena solicita algunas modificaciones de las mercaderías y encarga que la filial en Chile se ponga en contacto con una sucursal de la IBM en el extranjero por lo que las computadoras llegarán desde el exterior, según ha sido determinado por la jurisprudencia internacional, el contrato se rige por la Convención de Viena.¹⁰

El hecho de que los contratantes estén establecidos en distintos países conduce a que el contrato normalmente suponga un movimiento de bienes o servicios a través de las fronteras. A la vez, las excepciones son posibles. Así, puede darse el caso que los bienes se ubiquen en el país del comprador, pero mientras el vendedor tiene su establecimiento en el extranjero, la Convención considera la compraventa internacional.

Lo que predetermina el carácter internacional del contrato es la ubicación de la contraparte fuera del ordenamiento jurídico nacional.¹¹ En consecuencia, a cada una de las partes le resulta más difícil proteger sus intereses dentro del ámbito legal de la otra. Dicha falencia debe ser suplida según las partes lo estimen apropiado, para lo cual ellas gozan de la autonomía para elegir la ley aplicable al contrato. En la práctica, esta autonomía "promueve la eficiencia a las transacciones comerciales internacionales, en la medida en que facilita una distribución óptima de costes y riesgos, dotando de certeza y seguridad al comercio y eliminando los costes derivados de la aplicación de un régimen jurídico imprevisto o imprevisible".¹²

Resumiendo lo expuesto, vale decir que es posible que en el contexto nacional coexistan distintas calificaciones de contrato internacional. Sin embargo, en el derecho chileno, de *lege*

⁹ Sobre el concepto de establecimiento según la Convención, véase Mereminskaya, Elina "Impactos de la integración económica para el derecho privado". *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*. Diciembre 2003, pp. 71-72.

¹⁰ Véase sentencias US District Court, California, 27.06.2001, Cour de Appel de Colmar 24.10.2000, Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.12.2000, www.cisg.law.pace.edu.

¹¹ El planteamiento se aplica respectivamente a los contratantes que no tienen establecimientos, sino domicilios. Dado que son primordialmente las empresas que participan en la contratación transfronteriza, el trabajo se refiere, de manera inmediata, a los contratos comerciales.

¹² JENSEN, Friedrich K./Sánchez Lorenzo, S., "Conflictualismo y lex mercatoria en el Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2000, p. 31-32.

lata, solamente el DL 2.349 y la Convención de Viena ofrecen la base para definir el contrato internacional y ambos instrumentos acogen el concepto basado en la ubicación de las partes en Estados distintos.

2. CONTRATO INTERNACIONAL: CONSIDERACIONES DE *LEGE FERENDA*

A continuación, se presentan algunas deliberaciones de *lege ferenda* respecto al concepto en estudio.

a) Contrato internacional en el contexto globalizado

Ante la complejidad del mundo globalizado económicamente, parece necesario facilitar a la comunidad comercial la búsqueda de soluciones eficientes para sus problemas.¹³ Por lo anterior, una definición flexible y amplia del contrato internacional es preferible no solamente debido a la dificultad de definir exhaustivamente el concepto, sino también a la luz de la complejidad de las relaciones comerciales modernas. Una definición de este tipo la encontramos en la Convención Interamericana de México sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. El art. 1 de la Convención consagra: "Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte". Una definición amplia es deseable para poder enfrentar las contingencias del mundo globalizado. De llegar a ser ratificada dicha Convención por Chile, permitiría a la doctrina nacional adoptar una postura contemporánea, más abierta, en torno al concepto de contrato internacional. Que tal postura es la típica para el desarrollo actual de la doctrina del Derecho Internacional Privado se lo visualizará con más detalle el próximo acápite.

b) Contrato internacional en materia de arbitraje

En el concepto en análisis inciden fuertemente las tendencias en materia de arbitraje internacional. Ello se debe a que los árbitros suelen recurrir a criterios muy flexibles a la hora de decidir sobre el carácter internacional de la controversia. El mismo enfoque lo acoge la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional del año 1985. Los criterios de la Ley Modelo gozan de amplia aceptación en la legislación comparada y el número de países que basaron su normativa en ella, supera los 30.

Debe acogerse con satisfacción que dichas tendencias puedan ganar terreno en el derecho chileno gracias a que actualmente se encuentra en trámite un proyecto de Ley, cuyo texto es idéntico a la Ley Modelo de la UNCITRAL.

Según el art. 1.3.a de la Ley Modelo, un arbitraje es internacional, en primer lugar, cuando las partes de un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración del acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes. A continuación la Ley Modelo agrega una serie de características de la internacionalidad del arbitraje:

- cuando el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha se ubica fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos (art. 3 .b.ii);

¹³ Éste es también el enfoque que va ganando el terreno en la doctrina estadounidense de *choice-of-law*. Véase Guzmán, Andrew, "Choice of law: New Foundation", *Georgetown Law Journal*, 2002-4; p. 883 y ss. De conformidad con el análisis económico del derecho, el autor plantea que el bienestar de las personas es el criterio decisivo. Las doctrinas tradicionales como la del interés estatal sólo tienen importancia mientras impacien el bienestar de los individuos, p. 894.

- cuando el lugar sede del arbitraje está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos (art. 3.b.i);
- cuando las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado (art. 3.c).

Aunque este precepto solamente se refiere al carácter internacional del arbitraje, produce el efecto que, bajo las circunstancias en él señaladas, todo contrato, motivo de la controversia, sea tratado como un contrato internacional. Ello debido a que según el inciso primero del art. 28 de la Ley Modelo, el tribunal arbitral falla de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes para el fondo del litigio. En otras palabras, al someterse a arbitraje internacional, las partes pueden decidir sobre el derecho aplicable a su relación contractual, facultad vinculada usualmente con el carácter internacional del contrato.

En primer lugar, la Ley Modelo acoge el concepto de internacionalidad que ya se encuentra consagrado en el derecho chileno, en otras palabras, la ubicación de los litigantes en los Estados distintos es determinante para el carácter internacional del arbitraje. Por lo general, las partes de la controversia van a ser las mismas que del contrato de fondo, por lo que la controversia versará sobre un contrato dotado de un elemento internacional.

El segundo criterio, el cumplimiento "de la parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial" en el extranjero, refleja fielmente la naturaleza del comercio internacional, el que se compone de transacciones transfronterizas. Por consiguiente, aunque las partes tengan la misma nacionalidad y sus establecimientos estén en el mismo país, mientras el contrato incida en el comercio internacional, el procedimiento arbitral tendrá carácter internacional. La consecuencia para el tema que nos convoca acá consiste en que un contrato es internacional cuando supone transacciones a través de las fronteras nacionales.

En relación con el siguiente criterio previsto por la Ley Modelo (art. 1.3.b.i), no parece justificable que un contrato puramente interno se transforme en internacional al resolverse la controversia en un país extranjero para ambas partes. Más bien, esta norma sigue la lógica de la eficiencia en las transacciones comerciales: dado que los costos de un arbitraje situado en el extranjero son sumamente altos, es probable que solamente las controversias que ponen en juego los intereses del comercio internacional se ventilen en el extranjero. De esta manera, podría decirse que el carácter internacional del contrato, causa de la controversia, se presume. A la vez, la facultad de elegir la ley aplicable que prevé la Ley Modelo para el procedimiento arbitral internacional, no se relaciona únicamente con el carácter internacional del contrato, sino también con el tipo de procedimiento. La interferencia de distintos ordenamientos jurídicos (el de los litigantes, del árbitro, del lugar de la sede) tienen el efecto que se disuelva el vínculo con un solo derecho estatal determinado y por consiguiente, está en las manos de las partes determinar qué ley rige su relación.¹⁴

Lo que sí podría cuestionarse en la definición que da la Ley Modelo al carácter internacional del litigio es que quede sujeta a juicio de las partes la "internacionalización" del arbitraje, pudiendo ellas determinar que "la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada

¹⁴ Así en una ocasión la Corte Suprema declaró ilícita la elección del foro español hecha por las partes de un contrato internacional del transporte invocando esta norma. Dicha postura carece de fundamento a la luz de la ratificación de la Convención de Nueva York del año 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros. Así explícitamente León Steffens, Avelino, "Nuevas orientaciones en el derecho internacional privado", *RDJ* LXXX, 1983, N°3, (Microjuris).

con más de un Estado" (art. 3.c).¹⁵ Sin embargo, una limitación a esta libertad debe comprenderse implícitamente incluida en el texto legal. Asimismo, al ser presentado el proyecto ante el Congreso Chileno se planteó que "naturalmente, este reconocimiento a la autonomía de la voluntad tiene límites en cuanto no podría declararse internacional una controversia que no tenga efectivamente algún elemento extranjero de cierta relevancia o contravenga normas de orden público, como por ejemplo, las relativas a la protección del consumidor".¹⁶

La aprobación del proyecto señalado podría brindar mayor seguridad a los árbitros chilenos a la hora de juzgar los asuntos del carácter internacional. Podrán aplicar la ley extranjera elegida por las partes, sin temor a interferir con la vigencia territorial de las leyes nacionales. Con ello, y gracias a su estabilidad institucional, Chile finalmente podría aspirar a convertirse en una reconocida sede del arbitraje internacional.¹⁷

Para finalizar el análisis de cómo el procedimiento arbitral internacional influye en el concepto de contrato internacional se reproducen algunos ejemplos de la jurisprudencia comparada. Los casos involucran las controversias surgidas entre los nacionales del mismo Estado o las empresas establecidas en el mismo país, pero resueltas por foros internacionales.

El primer fallo versa sobre dos comerciantes establecidos en Singapur y que negociaban sobre bienes a ser entregados en Corea. El contrato se regía por el derecho de Singapur; las obligaciones de pago se cumplieron en ese país. No obstante, la preparación de la carga, la notificación de que estaba preparada, la transmisión de los riesgos y las operaciones de carga se realizaron todas en Corea. Además, los gastos de sobreestadia que se reclamaban en este arbitraje se habían producido en el puerto de carga en Corea. Una de las partes apeló el laudo arbitral ante el Tribunal Superior de Singapur. Éste estimó que al tratarse de un arbitraje internacional según el art. 1.3.b de la Ley Modelo, el asunto quedaba sustraído del conocimiento de la justicia ordinaria por lo que no correspondía apelar el laudo.¹⁸

A la misma conclusión llegó el Tribunal Supremo de Hong Kong en un caso que involucraba un contrato de transporte marítimo entre dos empresas establecidas en ese país. La Ley sobre arbitraje internacional era aplicable ya que una parte sustancial de las obligaciones establecidas en el contrato de transporte debían ser cumplidas fuera de Hong Kong.¹⁹

En otro caso, dos empresas de Hong Kong concluyeron un contrato que versaba sobre la venta de harina de soja f.o.b. Dalian, ciudad de China. Dado que el lugar de entrega estaba fuera del país, se le aplicó a la controversia la Ley sobre arbitraje internacional.²⁰

En resumen cabe señalar que con la creciente utilización del arbitraje como medio de solución de controversias entre particulares, la distinción entre contratos nacionales e interna-

¹⁵ FOUCHARD, Philippe opina que este precepto autoriza una internacionalidad ficticia: por mera decisión de las partes las restricciones legales relativas a los contratos o a los arbitrajes puramente internos podrían ser burlados, al conferirse ficticiamente carácter internacional a un arbitraje interno. Véase "La loi Type de la CNUDCI, sur l'arbitrage commercial international", *Journal du Droit International*, 1987-4, p. 873-874. Parece estar preocupado del mismo problema Santos Belandero, Ruben B., *Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional)*, Ed. AEU: Montevideo, 2002, p. 34.

¹⁶ *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, Sesión 4, martes 10 de junio de 2003, p. 56.

¹⁷ Véase SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, "Arbitraje comercial internacional", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Julio-Dic. 1999, p. 126. Interesa hacer un hincapié a la competencia: el Proyecto español de la Ley en la materia plantea como uno de sus objetivos el de atraer a los comerciantes del área iberoamericana, *Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados)*, 03.10.2003, p. 1.

¹⁸ caso 209, www.uncitral.org.

¹⁹ caso 39, *Ibid.*

²⁰ caso 20, *Ibid.*

cionales se hace más difusa. Se establecen ciertas presunciones del carácter internacional de los contratos, que dan lugar a las controversias resueltas en los foros arbitrales internacionales. En efecto, la libertad de elegir la ley aplicable no se limita primordialmente al carácter internacional del contrato, sino también al carácter internacional del procedimiento arbitral.

3. DISTINCIÓN ENTRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL Y MATERIAL

El carácter internacional o interno de un contrato ha constituido, tradicionalmente, la cuestión preliminar a la hora de decidir si las partes pueden disponer sobre la ley aplicable al contrato.²¹ Para referirse a esta facultad de las partes, el Derecho Internacional Privado usualmente emplea el término de "la autonomía de la voluntad" y de la misma manera lo ha hecho hasta ahora este trabajo. La doctrina comparada suele precisar esta noción como la "autonomía de la voluntad conflictual". El propósito del trabajo requiere, primero, visualizar la relación de dicho fenómeno con las demás manifestaciones de la autonomía de la voluntad.

a) Autonomía conflictual como una de las manifestaciones de la autonomía de la voluntad

El principio de la autonomía de la voluntad ha evolucionado en el transcurso de los siglos y ha encontrado su consagración en un periodo relativamente reciente; pero a partir del siglo XIX constituye un principio que informa casi en su totalidad el derecho privado. La autonomía de la voluntad es, de acuerdo con la doctrina clásica, una concepción individualista sobre el hombre y sus prerrogativas, una concepción voluntarista sobre el fundamento del derecho y una concepción liberal sobre el fin del derecho. El individuo es, en suma, su propio legislador y al verdadero legislador no le cabe otra función que la de tutelar su voluntad hasta el máximo compatible con la libertad de los demás.²²

El principio general de la autonomía de la voluntad tiene múltiples manifestaciones en materia contractual. Así, una de sus expresiones la constituye la libertad de personas de contratar o de abstenerse de ello. Asimismo, los contratantes son autónomos para establecer en forma libre el contenido del contrato, para lo cual pueden derogar las normas dispositivas de la ley. Los derechos pueden modificarse o extinguirse por el acuerdo de las voluntades, sin perjuicio de la fuerza obligatoria del contrato, que es ley para las partes.

Ahora bien, la autonomía de la voluntad no tiene un alcance ilimitado, sino que el Estado establece las normas imperativas que se imponen a la autonomía de uno para garantizar de esta manera la autonomía de los demás. Tradicionalmente se denominaba este marco obligatorio como orden público.²³ Otro límite a la autonomía, propio al ámbito contractual, lo constituyen los elementos esenciales del contrato. Tales elementos son aquellos indispensables para la formación del acto jurídico que se desea realizar y cuya ausencia ha de producir necesariamente como consecuencia la nulidad absoluta del mismo o su inexistencia.²⁴

En el ámbito internacional se conoce la autonomía de la voluntad como la facultad de las partes para elegir la ley aplicable al contrato. Es menester entender que ésta es una de las

²¹ La observación es válida sin considerar lo recién expuesto sobre el arbitraje internacional.

²² QUELODRÁN ORTIZ, Wilfredo/Ferrada Escobar, Héctor/Maizner Käsche, Jorge, *La autonomía de la voluntad, la libertad contractual y sus limitaciones en el derecho moderno*, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, 1970, p. 84 y 117.

²³ Se suele enumerar junto con el orden público también las buenas costumbres como un límite a la autonomía de la voluntad. Pero éstas no poseen la fuerza jurídicamente vinculante mientras no tengan un respaldo de la ley. Solamente a través de las normas imperativas pueden obtener un carácter obligatorio y con ello formar parte del orden público.

²⁴ QUELODRÁN ORTIZ, Wilfredo/Ferrada Escobar, Héctor/Maizner Käsche, Jorge, *Op.cit.*, pp. 149-150.

manifestaciones de la autonomía de la voluntad de las personas como un principio general. Su función consiste en la reducción de la complejidad que producen las constelaciones de índole internacional, dentro de los límites que pasaremos a examinar a continuación. Dicha autonomía conflictual se distingue de la llamada "autonomía material". La doctrina denomina así la mencionada libertad de las partes para especificar los exactos términos del contrato: su contenido y sus cláusulas.²⁵

b) Alcances de la autonomía conflictual

De igual manera que la autonomía material, el ejercicio de la autonomía conflictual está sujeta a ciertos límites. Así, en opinión unánime de la doctrina, las partes no pueden disponer libremente sobre su capacidad legal. La capacidad contractual no puede escapar a la ley personal del contratante, en su variedad ley del domicilio.²⁶ Sin embargo, dicho principio no es absoluto y se encuentra relativizado en el derecho comparado. El Art. 11 del Convenio de Roma sobre Derecho Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Convenio de Roma) declara: En los contratos celebrados entre las personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país sólo podrán invocar su incapacidad resultante de otra ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte.

El segundo límite, tradicionalmente reconocido, consiste en el principio de que la forma externa de los actos jurídicos se somete a la ley del país en que el acto se otorga. Pero ya sobre los alcances de este principio las posturas de los autores nacionales se tornan contradictorias. Por un lado, se ha sostenido que para los actos privados como las declaraciones de voluntad no solemnes, este principio puede tener carácter facultativo. En cambio, la autonomía no alcanzaría a la clase de documento que se requiere para un determinado negocio contractual.²⁷ Dicha postura parece convincente; así, no se ve por qué, por ejemplo, un contrato de dos extranjeros celebrado en EE.UU. debe cumplir con el requisito de *consideration* establecido por el derecho de ese país.²⁸ Otra relativización del principio *locus regit actum* lo encontramos en el Convenio de Roma que, en su art. 9, permite decidir sobre la validez del contrato en lo relativo a su forma según la ley que lo rige en cuanto al fondo, apartándose de la primacía de la ley territorial.

Sin embargo, algunos autores nacionales, aunque distinguen entre los requisitos de forma y de fondo de un acto, parecen estar reacios al carácter facultativo del principio *locus regit actum*.²⁹ Así, se ha afirmado que este principio tiene, en su conjunto, indudablemente el carácter obligatorio en la legislación chilena: "Los artículos 14 y 17 del Código Civil son categóricos al respecto y rigen tanto para los actos celebrados en Chile como en el extranjero".³⁰

²⁵ ESPLUGUIS MOTA, Carlos, Op. cit., p. 57.

²⁶ SOMERVILLE SUNN, Herman, *Uniformidad del Derecho Internacional Privado convencional americano*, Ed.: Jurídica de Chile, 1965, pp. 67-68; DOMÍNGUEZ HAMILTON, Raúl, editor Eduardo Hamilton, Ed. "Obligaciones, contratos y hechos jurídicos", *Solución de conflictos de leyes y jurisdicción en Chile*, Jurídica de Chile, 1966, p. 269.

²⁷ SOMERVILLE SUNN, Herman, Op.cit., pp. 67-68: Si la ley de la situación de un inmueble exige un instrumento público para un contrato de compraventa relativo a él, la exigencia se hará privar en todo caso. La forma misma de otorgar el instrumento público, sea ante notario, juez civil, oficial público, sea que se inscriba en un protocolo o se otorgue en hoja suelta, queda entregado a la *lex loci regit actum*.

²⁸ Véase sólida argumentación a favor del carácter facultativo de este principio en Wolff, Martín, *Derecho internacional privado*, Ed. Bosch: Barcelona, 1958, pp. 425 y ss.

²⁹ GUZMÁN LATORRE, Diego, Op. cit., p. 516.

³⁰ DOMÍNGUEZ HAMILTON, Raúl, Op.cit., p. 274.

La visión conjunta que a continuación se expresa sobre la autonomía de la voluntad es restrictiva ya que las partes no pueden "en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, apartarse o infringir disposiciones prohibitivas o imperativas de nuestra ley, especialmente en lo que se refiere a la forma del contrato, a la capacidad de las partes o a todos aquellos elementos que estén vinculados al orden público interno".³¹

Pues bien, este último pasaje provoca pensar que los límites de la autonomía conflictual son idénticos a aquellos establecidos para la autonomía material, es decir, los requisitos de la validez del contrato y las normas imperativas territoriales. En ambos casos únicamente la parte voluntaria del derecho queda salvaguardada para la regulación supletoria de los contratantes. Pero con dicha interpretación desaparece la distinción entre contratos internacionales e internos sin dejar en claro: ¿Qué pueden hacer las partes de un contrato internacional que no les esté permitido ya en un contrato interno?

Pues la visión comentada se debe a que, como ya se había anticipado, los art. 16 de CC y 113 C. de C no consagran la autonomía conflictual en el sentido moderno. No contemplan el contrato de *electio juris*. Más bien, reflejan la convicción de que la celebración de un contrato se somete a la ley del lugar y la parte dispositiva, relativa a los efectos del contrato, puede ajustarse, o no, a la ley chilena. Sin embargo, vía el contrato de *electio juris*, tanto dos chilenos en el extranjero pueden someter incluso la formación del contrato a la ley chilena, como dos extranjeros, estando en Chile, pueden optar por la ley de su país de origen.

La misma "coincidencia" entre la autonomía material y conflictual está también consagrada en el Código de Bustamante. La agrupación de las leyes en tres clases que hace el art. 3 del Código, resalta la división entre las normas imperativas y voluntarias. Bustamante reconocía la "autarquía personal" en el campo de las leyes supletorias. "Bajo ésta entendía tanto la libertad de las partes para fijar el contenido de los actos jurídicos como también la facultad para determinar el derecho aplicable. Para Bustamante, esta facultad se infiere directamente de aquella libertad, sin que él haya tenido clara conciencia de la diferenciación lógica entre ambas. Si las partes en ejercicio de su libertad creadora pueden copiar el contenido de un derecho extranjero, según Bustamante también deberá permitirse que ellas elijan en general la aplicación de tal derecho".³²

Analizando esta concepción del Código se ha señalado acertadamente que "no se trata, por tanto, de la autonomía de las partes en el sentido del derecho conflictual moderno, o sea, de una auténtica elección del orden jurídico aplicable también respecto del derecho imperativo, sino sólo de una ramificación de la autonomía privada del derecho sustantivo. Esta autonomía no tenía nada que ver con la delimitación de la competencia legislativa, teniendo por tanto, la elección del derecho en el Código Bustamante sólo poca trascendencia".³³

El objetivo de este trabajo no consiste en investigar a fondo el fenómeno de la autonomía conflictual. Nos limitamos acá a señalar, citando a los autores franceses Planiol y Ripert que en el ámbito internacional "la voluntad de las partes contratantes muestra una fuerza notable. Con

³¹ DOMÍNGUEZ HAMILIUN, Raúl, Op.cit., p. 296.

³² SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE citado por Samtleben, Jürgen, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, Vol. 1, Ed. Depalma: Buenos Aires, 1983, p. 224.

³³ Ibid., p. 224 y s.

la sola reserva del orden público, puede dicha voluntad elegir la ley aplicable al contrato, referente a las partes y a las cosas, y hasta puede apartarse de las leyes de carácter imperativo".³⁴

En este contexto la definición del orden público se torna crucial. Para que la autonomía de la voluntad en contratos internacionales cumpla su función, debe recurrirse a la distinción doctrinaria entre orden público interno e internacional. El primero se refiere a las normas de derecho privado que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes. En cambio, el orden público internacional se refiere a las normas de derecho privado que no pueden ser derogadas por la aplicación de leyes extranjeras.³⁵ Este último comprende el conjunto de principios fundamentales y de justicia universal, por lo que sólo ante normas extranjeras que de modo manifiesto atenten contra estos principios es posible invocar como excepción, para impedir la aplicación de una ley extranjera competente.³⁶ Por tanto, el orden público en el campo del Derecho Internacional Privado debe ser asumido con carácter restrictivo y excepcional, y sólo admisible cuando violenté de un modo manifiesto el orden público internacional del foro.³⁷ De la misma manera, se pronuncia tanto el Convenio de Roma, en su art. 16,³⁸ como la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado en el art. 5.

Ésta es también la postura de los tribunales estadounidenses, ingleses, canadienses y australianos frente al reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros. Los primeros afirman que para rechazar el reconocimiento de un laudo según el art. V.2.b de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, éste debe ir contra "the most basic notions of morality and justice." El estándar inglés es similarmente restrictivo y para ser rechazados los laudos deben ser «clearly injurious» o «wholly offensive».³⁹

En resumen, cabría señalar que la autonomía de la voluntad en contratos internacionales encuentra su límite en el orden público Internacional del foro. Éste permite descartar la aplicación de las leyes extranjeras manifiestamente opuestas a los principios fundamentales de la *lex fori*.⁴⁰ Con ello se resalta la importancia que tiene para las partes la adecuada elección del foro, pero a la vez, permite a las partes lograr una seguridad jurídica mayor, acompañando a la elección de ley, la sumisión al tribunal de ese mismo país.⁴¹

³⁴ PLANIL, Marcelo/Ripert, Jorge, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, Tomo VI, Primera Parte, Ed. Cultural: Habana, 1946, p. 43.

³⁵ Brocher citado por Díaz Labraro, Roberto Ruiz, *Derecho internacional privado. La aplicación de las leyes extranjeras y su efecto frente al derecho*, Ed. Intercontinental: Asunción, 1992, p. 279.

³⁶ *Ibid.*, p. 280.

³⁷ *Ibid.*, p. 281; WOLFF, Martin, *Op. cit.*, p. 176: "La exclusión del derecho extranjero por razones de orden público, no va más allá de lo que es necesario en el interés público"; RIGAU, François, *Derecho internacional privado. Parte General*, Ed. Civitas: Madrid, 1985, pp. 378 y ss. Este autor aunque denomina la expresión de "orden público internacional" poco afortunada, la acoge. A la vez sostiene que esa expresión debe ser reservada para los principios fundamentales reconocidos por un número suficiente de Estados.

³⁸ Aunque el Convenio admite también la aplicación de las "normas imperativas" del foro, la doctrina ha señalado que "No todas las normas que poseen un carácter imperativo en el plano interno deberán ser aplicadas cuando se trate de transacciones internacionales", Espulgues Mota, Carlos, *Op. cit.*, p. 128.

³⁹ Jurisprudencia citada por Curran, Kenneth-Michael, "Redefining public policy in international arbitration of mandatory national laws", *Defense Counsel Journal*, 1997, N° 2, pp. 271 y ss. (Proquest).

⁴⁰ Una pregunta aparte es si los árbitros internacionales deben tomar en consideración el orden público del país donde se lleva a cabo el litigio. Sobre la tendencia creciente hacia des-localización del arbitraje internacional en Europa, véase Theofrastous, Theodore, "International commercial arbitration in Europe: Subsidiarity and supremacy in light of the de-localization", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1999, N° 2/3, pp. 455 y ss. (Proquest). Según este autor, la misma tendencia se observa en los instrumentos internacionales más modernos (la Ley Modelo de UNCITRAL y la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras) en comparación con los más antiguos (Convenio de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional del año 1923).

⁴¹ Véase sobre la jurisprudencia estadounidense que declina su competencia de existir la cláusula de sumisión a un foro extranjero estatal o arbitral y sobre la eficiencia de estas cláusulas bajo las premisas del análisis económico de derecho O'Hara, Erin Ann, "The jurisprudence and politics of forum-selection clauses", *Chicago Journal of International Law*, 2002, N° 2, p. 301 (Proquest).

c) Consecuencias de la distinción entre autonomía conflictual y material para el Derecho Internacional Privado

Debido a que en un contrato internacional falta la seguridad en torno al derecho aplicable, la autonomía conflictual pasa a primer plano y permite a los contratantes precisar qué ordenamiento regirá su relación celebrando para ello el contrato de *electio juris*. Con este paso, las partes someten su relación a un ordenamiento jurídico determinado y el contrato no incorpora el derecho extranjero, sino que se somete a él.⁴² Desde que el DL 2.349 declaró que era lícito "someterse" a la ley extranjera, el art. 14 CC no puede ser considerado como un impedimento para ello; dicha norma consagra la aplicación de las leyes chilenas en el territorio nacional, pero éstas permiten pactar la sumisión a una ley extranjera.

El paso siguiente en la creación del marco legal de un contrato internacional consiste en que las normas imperativas del derecho escogido fijen los límites a la autonomía material de las partes. Dentro de estos límites podrá desenvolverse la autonomía material, la que se verá plasmada en el contrato del fondo.⁴³

En otras palabras, en un contrato internacional la autonomía conflictual es previa a la material y sirve como medio para llegar a determinar el alcance de esta última; una vez elegido el derecho aplicable, las partes podrán diseñar su relación dentro de los límites que éste establece para la autonomía material.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado dicha dicotomía conceptual facilita la distinción entre las cláusulas de elección del derecho aplicable para regir el contrato (*kollisionsrechtliche Verweisung*), de las cláusulas de "incorporación por referencia" de una norma extranjera como complemento de la voluntad negocial (*materiellrechtliche Verweisung*). Es decir, cuando las partes incorporan al contrato el contenido material de una norma a la cual hacen referencia, actúan en virtud de su autonomía material.⁴⁴ Asimismo señala la doctrina extranjera: "It is important to distinguish carefully the express selection of the proper law from the quite different process of the incorporation in the contract of certain domestic provisions of a foreign law. They are two different courses open to the parties. They may (...) select a given law as a whole to govern the contract or, having already created a contract that is valid according to the law to which it naturally belong, they may incorporate therein the domestic and relevant rules of some other legal system, which thereupon become terms of the contract".⁴⁵

Cabe tener presente que una remisión hecha a un Derecho extranjero puede resultar inefectiva como "elección del Derecho aplicable", pero puede ser efectiva como una "incorporación por referencia" hecha en virtud de la autonomía material.⁴⁶

4. INTERNACIONALIZACIÓN DEL CONTRATO EN VIRTUD DE LA AUTONOMÍA MATERIAL

No cabe duda que solamente las partes de un contrato internacional poseen la autonomía conflictual, pero tanto en un contrato internacional como nacional conservan su autonomía material.

⁴² LÍON STEFFENS, Avelino, Op. cit., p. 98; Wolff, Martín, Op. cit., p. 405 y s. La legislación vigente en ese momento se "congela", sin embargo se habla de una sumisión, dado que el contrato queda sujeto a la legislación nacional en su integridad, menos sus normas de conflicto.

⁴³ WOLFF, Martín, Op. Cit., pp. 397-398.

⁴⁴ SORIANO, Virgos, coordinación Julio D. González Campos y otros. *Derecho internacional privado. Parte especial*, Vol. II, 1988, Ed.: Graficas Apeli: Gijón, p. 321.

⁴⁵ North, P.M., *Cheshire and North Private International Law*, Ed. Butter Worths: Londres, 10ta edición, 1979, pp. 202-203.

⁴⁶ SORIANO, Virgos, Op.cit., p. 323.

Una relación contractual que no presenta vínculos con varios ordenamientos jurídicos está regida por un solo derecho nacional. Éste determina cuándo nace el contrato y al mismo tiempo establece los límites a la autonomía material de las partes.

Mientras la autonomía conflictual faculta a las partes para someter el contrato a un ordenamiento legal extranjero, lo que les permite la autonomía material es incorporar al contrato las disposiciones que puedan tener su origen material en una ley extranjera. El único límite a respetar lo constituye el orden público interno. Dichas normas imperativas, en primer lugar, dicen relación con la protección del consumidor, con la protección de la parte más débil del contrato y con el derecho de la libre competencia. Pero en términos más generales, comprenden todas aquellas normas que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes.⁴⁷

En el derecho comparado la legitimidad de la "internacionalización" de un contrato interno encuentra un respaldo a través del Convenio de Roma sobre Derecho Aplicable a las Obligaciones Contractuales. El inciso 3 del artículo 3 estipula que cuando todos los elementos de la situación del contrato están localizados en un solo país, la elección por las partes de una ley extranjera no puede afectar las disposiciones imperativas, es decir, las que la ley de ese país no permita derogar por un acuerdo de voluntad. Según la doctrina, de esta forma se admite la referencia a un Derecho extranjero en todos aquellos aspectos respecto de los que no haya una norma imperativa en el ordenamiento del Estado al que se encuentre vinculado el contrato.⁴⁸ Cabe precisar que, desde el punto de vista de técnica jurídica, la "referencia a un Derecho extranjero" es legítima en virtud de la autonomía material de las partes.

El mismo argumento es válido respecto con la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, vigente en Chile.⁴⁹ Mientras se respeten las normas imperativas del Derecho Interno regulador del contrato, rige la libertad de extender el ámbito de aplicación de la Convención por el acuerdo de las partes.⁵⁰ Así los comerciantes chilenos podrían "someter" su contrato a la Convención, sin poder derogar las normas imperativas del Código de Comercio de Chile.

Finalmente, en virtud de la autonomía material, en contratos internos también se puede pactar la aplicación de los instrumentos jurídicos de procedencia no estatal. En este caso se trata de los instrumentos elaborados por distintos organismos internacionales dedicados a impulsar la armonización del Derecho Privado. A modo de ejemplo se pueden nombrar las Convenciones sobre el Leasing Financiero o el Factoring Internacional, ambas elaboradas por el UNIDROIT. Entre las regulaciones de carácter más general se encuentran los Principios Europeos de los Contratos y los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT.

5. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT POR LA AUTONOMÍA MATERIAL

Aunque la autonomía conflictual de las partes les permita resolver el problema de la ley aplicable con mayor eficiencia, la elección de la ley nacional de una de ellas pone en desventaja

⁴⁷ HARTKAMP, Arthur, "Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope", *Uniform Law Review*, 2003-1/2, p. 82.

⁴⁸ ESPINQUES MOYA, Carlos, Op.cit., p. 67.

⁴⁹ AUDIT, Bernard, *La compraventa internacional de mercaderías: Convención de las Naciones Unidas del 11 de abril de 1980*, Ed. Zavallari: Buenos Aires, 1994, p. 51; Lepinette, Tomas Vázquez, *La compraventa internacional de mercaderías: una visión jurisprudencial*, Ed. Aranzadi: Navarra, 2000, pp. 91-92. Se destaca, sin embargo, que la aplicación contractual de la Convención no debe admitirse a las ventas a los consumidores. Obviamente, las normas de protección de los consumidores tienen el carácter imperativo.

⁵⁰ BOILE-WOELF, Katharina, "Principles and Private international Law", *Uniform Law Review*, 1996-4, p. 665.

a la otra. Es por ello que muchas veces las partes no logran llegar a un acuerdo sobre el derecho aplicable y omiten cualquier referencia al respecto.⁵¹ La alternativa que se les ofrece consiste en designar una normativa a-nacional, llamada también la *lex mercatoria*.

La doctrina ha discutido, desde la mitad del siglo XX, el posible carácter normativo de la *lex mercatoria*, semejante a el de un derecho estatal, discusión que todavía no puede considerarse resuelta.

Para zanjar la inseguridad en torno al contenido de la *lex mercatoria*, UNIDROIT ha elaborado un conjunto de normas susceptibles de servir como su expresión material. Con este fin, en el año 1994 se aprobaron los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios de UNIDROIT).⁵² Desde entonces, los Principios han gozado de una acogida bastante favorable por parte de los árbitros internacionales, los cuales los han aplicado como fuente de la *lex mercatoria* o como una expresión de los principios generales del derecho.⁵³ Tal recurso a los Principios ha sido cuestionado como contrario al art. V(1)c de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, pero fue justificado por los tribunales estatales.⁵⁴ No obstante, una parte de la doctrina no cesa de advertir que los Principios son un conjunto regulatorio de carácter meramente privado y por consiguiente, no pueden ser aplicados sin una referencia explícita de las partes a ellos.⁵⁵

El estudio de los Principios de UNIDROIT como manifestación de la *lex mercatoria* desborda los límites de este trabajo. Conforme con los objetivos propuestos se tratará únicamente su aplicación en consideración de la autonomía de las partes.

a) Aplicación a los contratos internacionales

El Preámbulo a los Principios consagra los Propósitos de esta obra. Dentro de los Propósitos se establece que los Principios de UNIDROIT se aplican cuando las partes acuerden que el contrato se rija por ellos.

Sin embargo, surge la pregunta: ¿Tal referencia a los Principios debe ser vista como una sujeción en virtud de la autonomía conflictual o como su incorporación al contrato en virtud de la autonomía material de las partes? Es de esperar que la respuesta que dé un árbitro sea distinta a la de un juez estatal.

Dado que los árbitros no están obligados a aplicar un derecho estatal determinado, pueden considerar los Principios como un ordenamiento jurídico a-nacional. En tal caso, la sumisión de

⁵¹ Basta con recordar que en el contrato de construcción del túnel entre Inglaterra y Francia, las partes eran incapaces de llegar a un acuerdo sobre el derecho aplicable y tuvieron que designarlo en términos sumamente ambiguos. Boele-Woelki, Katharina, Op. cit., p. 659; véase en el mismo sentido Bortolotti, Fabio, "The Unidroit Principles and the arbitral tribunals", *Uniform Law Review*, 2000-1, pp. 141-142. Pronunciamientos semejantes los encontramos en ICC Award N° 8873, Clunet (1998), 1017.1020, citado por Berger, Klaus Peter, "The Unidroit Principles and the new *lex mercatoria*", *Uniform Law Review*, 2000-1, p. 169.

⁵² Las deliberaciones que siguen a continuación se remiten a los Principios de UNIDROIT, dado que su objetivo consiste en ofrecer una reglamentación universal de los contratos sin distinguir el ámbito geográfico donde se apliquen. Sin embargo, debido a la naturaleza muy semejante de ambos cuerpos normativos, los argumentos relativos a los Principios de UNIDROIT son respectivamente válidos para los Principios Europeos.

⁵³ ICC Award N° 7110, 13.07.1995; ICC Award N° 8261, 27.09.1996; Ad-hoc Tribunal en Buenos Aires, 10.12.1997; estos u otros ejemplos en Bonell, Michael Joachim, "Unidroit Principles: a significant recognition by a U.S. District Court", *Uniform Law Review*, 1999-4, pp. 653-657. Sin embargo, se plantea que es necesario analizar cada disposición de los Principios, dado que algunos de ellos no gozan de una aceptación tan amplia como para ser equiparados al derecho común de los comerciantes. Este es, por ejemplo, el caso del art. 3.10 (*Gross Disparity*) según lo sostiene Bortolotti, Fabio, Op. cit., pp. 143-144.

⁵⁴ VEASE BONELL, Michael Joachim, Op. Cit., pp. 658-662 la sentencia puede consultarse en *Uniform Law Review*, 1999-4, pp. 799-804.

⁵⁵ HERNER, Rolf, "Lex mercatoria" und "Principles" – gefährliche Irrtümer im internationalen Kaufrecht", *Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und -vertriebs*, 2003-1, pp. 6-10.

las partes a los Principios se produce por vía de la autonomía conflictual y, la relación contractual en su conjunto, incluyendo la etapa de la formación del contrato, se regirá por ellos.⁵⁶

La libertad de los árbitros para recurrir en esta forma a los Principios se encuentra respaldada, por ejemplo, por el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional. Así, el artículo 17 del Reglamento se refiere a "las normas jurídicas aplicables al fondo" de la controversia y no a la "ley aplicable". Un enfoque similar acoge la Ley Modelo de la CNUDMI en su art. 28 con la noción de las "normas de derecho" aplicables al fondo. Dichas expresiones hacen legítimo el recurso a las normas del carácter no estatal. De esta manera, para lograr dicha aplicación plena de los Principios, es aconsejable acompañar su elección por la designación del arbitraje.⁵⁷

La situación de un juez estatal que conoce de un contrato que incluye una referencia a los Principios es completamente distinta. El juez no puede dejar de aplicar sus normas de Derecho Internacional Privado. Éste requiere, tradicionalmente, que haya un pronunciamiento de las partes sobre el derecho aplicable al contrato y entiende por "derecho" un ordenamiento jurídico estatal.⁵⁸ Por consiguiente, a la hora de examinar la elección de la ley, un tribunal nacional no podrá estimar que, al referirse a los Principios, las partes hayan tomando una decisión válida sobre el derecho aplicable. Para zanjar el vacío, tendrá que recurrir a sus normas de Derecho Internacional Privado y someter el contrato a algún derecho nacional.

Se estima que el único instrumento legal que ante los ojos de un tribunal otorga validez a la designación de los Principios en función de un ordenamiento jurídico es la Convención de México sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.⁵⁹ De los artículos 9(2) y 10 se deriva que las normas que tengan precedencia no nacional pueden ser tratadas como ley que rige el contrato.⁶⁰ Sin embargo, el art. 7 de la Convención señala que el contrato "se rige por el derecho elegido por las partes". Esta referencia explícita al "derecho" parece agotar la posibilidad de designar normas del carácter jurídico, pero sin la fuerza obligatoria propia de las normas legales como son los Principios.⁶¹

Sin embargo, la intención de las partes de que su contrato se rija por los Principios, no puede quedar sin efecto. Aunque tal pronunciamiento no haya resultado efectivo en el ejercicio de la autonomía conflictual, nada impide que los Principios se incorporen al contrato en virtud de la autonomía material de las partes.

De esta manera, el tribunal sí tiene que recurrir a sus normas de Derecho Internacional Privado para determinar la ley aplicable y con eso, el marco legal dentro del cual podrá desen-

⁵⁶ BONELL, Michael Joachim, "The UNIDROIT Principles and Transnational Law", *Uniform Law Review*, 2000-2, pp. 202-203; Bortolotti, Fabio, Op. cit., p. 148.

⁵⁷ Dicha indicación está incluida en el comentario al Preámbulo de los Principios; los comentarios deben tomarse en consideración para interpretar sus disposiciones.

⁵⁸ BONELL, Michael Joachim, Op. cit., p. 201.

⁵⁹ Se entiende que el Convenio de Roma no permite someter un contrato a normas jurídicas a-nacionales. Boele-Woelki, Katharina, Op. cit., p. 664. En la p. 673 señala que el Convenio se preparó en los 70, cuando el mundo académico no tenía la madurez necesaria y los Principios de UNIDROIT todavía no existían.

⁶⁰ BONELL, Michael Joachim, Op. cit., p. 201; Juenger, Friedrich K./Sánchez Lorenzo, S., Op. cit., p. 4. El art. 9(2) de la Convención de México obliga al tribunal a tomar en cuenta "los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales". El art. 10 señala que "se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto".

⁶¹ Sin embargo, si consideráramos la *lex mercatoria* como derecho, las partes podrían referirse a ella. El paso siguiente consistiría en reconocer que los Principios constituyen una expresión de la *lex mercatoria* y con eso fundamentar su aplicación como "derecho" en términos de la Convención de México. Lamentablemente, a pesar de ser altamente apreciada dentro de los círculos académicos, la Convención ha sido ratificada solamente por México y Venezuela.

volverse la autonomía material de las partes. Pero los Principios deben ser considerados como cláusulas contractuales a consecuencia de su incorporación al contrato "por referencia". Deberán medirse con las normas imperativas del derecho aplicable determinado por el juez. De hecho, el art. 1.4 de los mismos Principios prevé expresamente que "estos principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a normas pertinentes de Derecho Internacional Privado". En otras palabras, el derecho aplicable al contrato fijará las normas imperativas que no podrán ser derogadas por la decisión de las partes, pero el resto de las disposiciones nacionales quedará sustituido por las disposiciones de los Principios.

Se estima que, por lo general, no se aplicarán las normas de los Principios relativas a la formación del contrato, pero sí todas las normas relativas a sus efectos y que no transgredan las normas imperativas del derecho estatal.⁶² No obstante, los Principios se refieren a ciertos fenómenos del comercio internacional que rara vez se encuentran regulados por alguna legislación nacional. A modo de ejemplo, es posible mencionar las disposiciones sobre el uso, en el proceso de negociación, de las condiciones generales de contratación o sobre el uso de cartas de confirmación. Si las partes han hecho referencia a los Principios, estos deben considerarse como un acuerdo-marco relativo a las modalidades de contratación y aplicarse también a ciertos aspectos de la formación del contrato.

b) Aplicación a los contratos nacionales

Los comentarios al Preámbulo de los Principios afirman: "A pesar de que los Principios han sido concebidos para los contratos mercantiles internacionales, no existe ningún impedimento para que los particulares puedan aplicarlos a contratos estrictamente internos o nacionales. Sin embargo, tal acuerdo se encuentra sujeto a las normas imperativas del país cuyo ordenamiento jurídico sea aplicable al contrato".

Este planteamiento encaja de pleno con las consideraciones anteriores sobre la "internacionalización" de un contrato nacional; aunque, dado el carácter informal de los Principios, no es determinante a la hora de decidir sobre su aplicación.

Más bien, si las partes de un contrato interno hicieran una referencia a los Principios, sería el artículo 1545 del Código Civil que los dotaría de fuerza obligatoria. Si el tribunal descartara la aplicación de los Principios con el argumento de que las partes de un contrato interno están sujetas solamente al derecho chileno, pasaría por alto la decisión de las partes tomada en virtud de su autonomía material y con ello fallaría violando el art. 1545 CC. En la parte voluntaria del derecho nada impide derogar las normas de la ley chilena, sustituyéndolas por normas de un derecho extranjero o por las de un conjunto normativo como son los Principios de UNIDROIT. Los Principios se aplicarán, sin perjuicio de las normas imperativas del derecho chileno; y dado que se refieren a las obligaciones entre las partes, las interferencias son difícilmente imaginables.

En una ocasión el profesor Avelino León se pronunció escéptico sobre la aplicación de los Principios por los tribunales nacionales señalando: "Muy dificultosamente un juez estatal va a aplicar unos principios consagrados en el plano internacional y no reconocidos por la jurisprudencia interna".⁶³ Coincidimos con él en relación con la elección de los Principios como

⁶² Bortolotti, Fabio, Op.cit., pp. 147-148.

⁶³ León Steffens, Avelino, "Principios para contratos comerciales internacionales: algunas consideraciones de DIP en torno al proyecto de UNIDROIT", *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, coordinación Joachim Bonell/Sandro Schipani, Ed. Casa Editrice Dott. Antonio, Milán, 1996, p. 49.

derecho que rige el contrato, pero otra conclusión se deriva si incluimos en el análisis la distinción entre la autonomía material y conflictual.

Además, en la actualidad los tribunales nacionales o supranacionales sí suelen recurrir a los Principios como fuente normativa supletoria para fundamentar sus decisiones. Así, en un caso elevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el que versaba sobre derecho aplicable a la responsabilidad precontractual, el Tribunal acogió la argumentación del Abogado General. Éste sostenía que la responsabilidad precontractual tenía un carácter delictuoso, lo que fundamentó haciendo una referencia a los Principios de UNIDROIT.⁶⁴

El Tribunal Supremo de Venezuela recurrió a los Principios para interpretar el carácter internacional de un contrato celebrado entre dos empresas establecidas en Venezuela, pero una de ellas subsidiaria de una compañía estadounidense. El Tribunal invocó el art. 1 de los Principios que recomienda dar una interpretación lo más amplia posible al concepto del contrato internacional y con ello fundamentó la aplicabilidad de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial al convenio arbitral de las dos empresas venezolanas.⁶⁵

Puede ser que en estos casos los Principios figuren solamente como fuente doctrinaria. Pero es una doctrina que goza de gran aceptación por la comunidad académica internacional y que podría apoyar la modernización del derecho chileno, si los tribunales nacionales se decidieran a considerarla.

Además, como se ha expuesto con anterioridad, el principio de estricta aplicación territorial de las leyes se encuentra siempre más relativizado. Dicha tendencia se observa tanto en materia de arbitraje internacional como en la aplicación restrictiva del concepto del orden público. Así la legislación comparada actualmente suele decidirse por una regulación unitaria del arbitraje interno e internacional.⁶⁶ El hecho que los países sigan al denominado sistema del monismo, rechazando el dualismo de regulaciones, tiene el efecto que los particulares obtengan más libertad para decidir sobre la ley aplicable a su controversia.

En Chile, parece indispensable adoptar ciertos conceptos legales más liberales, para superar la brecha entre la inserción económica del país y su "apertura jurídica". La integración económica del país, promovida con tanto esfuerzo por el poder ejecutivo y legislativo, debería verse acompañada por un esfuerzo del poder judicial y reflejada en las posturas de la doctrina.⁶⁷ Las inquietudes que puedan surgir frente a este llamado a la "apertura jurídica" y que se centren en la pérdida de la soberanía estatal, deberían enfrentarse con el argumento de que el control sobre las decisiones de los particulares no pasa por limitar su autonomía ex-ante. Más bien, pasa por la facultad de los tribunales para revisar sus actos ex-post, aplicándose para ello, de manera correcta, institutos tales como el orden público.

⁶⁴ Caso 334/00, 17.09.2002, *Federie Officien Meccaniche Taccioni SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*, *Unifor Law Review*, 2002-4, pp. 1228-1230.

⁶⁵ *Bottling Companies v. Pepsi Cola Panamericana*, 09.10.1997, www.unilex.info.

⁶⁶ Se ha adoptado una regulación unitaria en Holanda, México, Brasil y últimamente en España. En la exposición de motivos del proyecto español se señala que "son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta Ley parte de la base -corroborada por la tendencia actual en la materia- de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa."

⁶⁷ Véase sobre la "apertura jurídica" de Chile Mcrteminskaya, Elina, Op.cit.

CONCLUSIONES

El art. 16 del Código Civil y 113 del Código de Comercio de Chile no pueden servir de fundamento para definir, de manera excluyente, el contrato internacional. Ello debido a que no permiten abarcar toda la multitud de constelaciones dotadas de elementos internacionales. Además, dichas disposiciones no reconocen la autonomía de la voluntad con el alcance que le otorga la doctrina contemporánea; no comprenden el contrato *electio juris*, permitiendo derogar las leyes chilenas solamente en lo relativo a los efectos del contrato.

En cambio, la normativa nacional más reciente, el DL 2.349 y la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, facilitan una aproximación al concepto del contrato internacional. De estas leyes resulta que un contrato es internacional cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados distintos. Particularmente en el DL 2.349 subyace un concepto moderno de la autonomía de la voluntad en el derecho internacional, ya que faculta a las partes a "someter" su relación a un derecho extranjero.

A la vez, una definición flexible y amplia del contrato internacional, la que encontramos en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, responde mejor a las necesidades del mundo globalizado. Por consiguiente y en razón de otras virtudes de dicha Convención, su ratificación sería beneficiosa para Chile.

Sin embargo, se observa que una distinción rígida entre el contrato internacional y nacional va perdiendo importancia. Si consideramos que la característica fundamental de un contrato internacional la constituye la libertad de las partes para elegir el derecho aplicable, se produce una especie de "internacionalización" de los contratos en razón de la sumisión de las controversias a los foros arbitrales internacionales. Ello dado que en un foro internacional son las partes mismas quienes deciden sobre la ley aplicable al fondo de la controversia.

La doctrina extranjera suele distinguir entre la autonomía conflictual y material de las partes. Mientras la primera constituye una solución propia del Derecho Internacional Privado y permite someterse a una ley extranjera, la segunda es inherente a todos los contratos y rige únicamente respecto a la parte voluntaria del derecho. En virtud de ella, las partes pueden incorporar al contrato el contenido material de las leyes extranjeras o de los instrumentos jurídicos de carácter no vinculante como son los Principios de UNIDROIT. Un tribunal nacional que conozca de tal contrato, internacional o nacional, no podría estimar que las partes hayan elegido válidamente una ley aplicable. Sin embargo, el tribunal debe tratar los Principios como cláusulas contractuales incorporadas al contrato en virtud de la autonomía material de las partes. Los Principios no podrán derogar las disposiciones obligatorias sobre la formación del contrato ni las demás normas imperativas del Estado. Pero las obligaciones de las partes en lo relativo a la ejecución del contrato se ajustarán a las disposiciones de los Principios.

Con lo anterior, se resuelve el enigma de la "internacionalización" de un contrato nacional, la cual se efectúa en virtud de la autonomía material y es admisible en las condiciones recién señaladas.