

LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL EN LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VENEZOLANA. UNA MIRADA DESDE LOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS

Claudia Madrid Martínez

Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI).

Resumen

La idea fundamental de estas breves líneas es analizar las soluciones de la Ley de Derecho internacional privado venezolana en materia de contratos internacionales, en el contexto latinoamericano, lo cual nos permitirá evaluar sus soluciones y determinar su adaptación a la realidad del mundo de los negocios después de más de veinte años de vigencia.

Palabras clave: Contratos internacionales. Autonomía conflictual. Principio de proximidad. Ley de Derecho Internacional Privado.

INTERNATIONAL CONTRACTING IN VENEZUELAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW. A LOOK FROM THE LATIN AMERICAN SYSTEMS

Abstract

The main idea of this paper is to analyze the solutions of the Venezuelan Act on Private International Law relating to international contracts, in the Latin American context, which will allow us to evaluate their solutions and determine their adaptation to the reality of the business world after more than twenty years in force.

Keywords: International contracts. Party autonomy. Principle of proximity. Act on Private International Law.

INTRODUCCIÓN

1998 marca un antes y un después para el Derecho internacional privado venezolano. En 1998 se promulgó la Ley de Derecho Internacional Privado, primera Ley autónoma de Derecho internacional privado en América. Esta Ley hunde sus raíces en el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado por preparado una comisión conformada por Gonzalo Parra Aranguren, Joaquín Sánchez Covisa y Roberto Goldschmidt en 1963¹ y modificado en 1965² –muy bien recibido por la doctrina comparada³– y es producto de la tenacidad de la profesora Tatiana B. de Maekelt que, en 1995 tuvo la iniciativa de convocar a una Reunión Nacional de Profesores de Derecho internacional privado para discutir el proyecto y adaptarlo a los tiempos que corrían. La primera reunión se celebró en la Universidad Central de Venezuela y la segunda en la Universidad Católica Andrés Bello en 1996. Ambas contaron con la activa participación de Gonzalo Parra Aranguren⁴.

Luego de intensos debates⁵ en el entonces Congreso de la República, la Ley fue promulgada el 6 de agosto de 1998⁶ y entró en vigor el 6 de febrero de 1999⁷. Tal como

¹ Ver texto en: F. Parra Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado. Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, Colección Libros Homenaje No. 1, pp. 83 ss.

² F. Parra Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 103 ss.

³ De Nova, Rodolfo, Current Developments of Private International Law, en: *The American Journal of Comparative Law*, 1964, Vol. 13, pp. 545 ss.; Goldschmidt, Werner, El Proyecto venezolano de Derecho internacional privado, en: *Revista del Ministerio de Justicia*, 1964, No. 50, pp. 77 ss.; Neuhaus, Paúl Heinrich, La actualidad de la codificación del Derecho Internacional Privado, en: *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 245 ss.; Id., Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, (Trad. T. Maekelt), en: *Libro Homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1970, pp. 54 ss.; von Schwind, Fritz, Disposiciones generales del Proyecto venezolano y recientes tendencias del Derecho internacional privado (Trad. H. Leu), en: *Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1967, pp. 692 ss. Los cuatro últimos trabajos citados fueron reproducidos en: F. Parra Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., (Goldschmidt) pp. 115 ss.; (von Schwind) 125 ss.; y (Neuhaus) pp. 135 ss.

⁴ Una de las huellas dejadas por Parra Aranguren en la Ley se produjo en materia de fuentes. Ver: Hernández-Bretón, Eugenio, La “historia secreta” de la Ley de Derecho internacional privado en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2019, No. 1, pp. 435 ss.

⁵ Parra-Aranguren, Gonzalo, Los trabajos preparatorios de la Ley venezolana de Derecho internacional privado de 1998, en: F. Parra Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 157 ss., especialmente pp. 175 ss.

Claudia Madrid Martínez

afirmó Hernández Bretón en sus palabras de apertura a la celebración de los veinte años de vigencia de la Ley, “[s]e trata de una Ley motivada por universitarios, ideada y redactada por universitarios y hecha para universitarios, con el deseo de colaborar con el mejoramiento del sistema normativo venezolano”⁸.

Y es que el Derecho internacional privado ha estado presente en la vida universitaria venezolana desde la creación de la cátedra en la Universidad Central de Venezuela en 1897⁹. Por las cátedras de las aulas de la Facultad de Derecho pasaron Lorenzo Herrera Mendoza, Benito Sansó, Joaquín Sánchez Covisa, Gonzalo Parra Aranguren y Tatiana B. de Maekelt.

En 1997, la que podríamos llamar –sin complejos– Escuela Venezolana de Derecho internacional privado se consolidó con la creación de la Maestría de Derecho internacional privado y Comparado en la Universidad Central de Venezuela¹⁰, también por iniciativa de la profesora Maekelt y que cuenta con más de veinte años de labor ininterrumpida. La Maestría es sin duda el semillero de profesores de Derecho internacional privado de las universidades más importantes del país.

Legislativamente, el Derecho internacional privado ocupó desde muy temprano la atención de los juristas¹¹. En 1912, Pedro Manuel Arcaya, quien para entonces formaba parte de la Comisión Codificadora Nacional, órgano creado para trabajar en la reforma de los Códigos vigentes en la época, elaboró el Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado¹². Esfuerzo notable si recordamos que, en el mundo,

⁶ Palabras de pronunciadas en el acto celebrado con ocasión del Cúmplase de la Ley por Gonzalo Parra Aranguren, Tatiana Maekelt e Hilarión Cardozo, Ministro de Justicia, en: F. Parra Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., 375 ss.

⁷ Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

⁸ Hernández-Bretón, Eugenio, La Ley de Derecho internacional privado y la universidad venezolana, en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2019, No. 1, pp. 301 ss., especialmente p. 301.

⁹ Parra Aranguren, Gonzalo, General course of Private International Law: selected problems, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1988, Tome 210, pp. 9 ss., especialmente p. 31.

¹⁰ <https://www.mdipc-ucv.com/> (15/07/2020).

¹¹ Las primeras normas de Derecho internacional privado aparecieron en el primer Código Civil venezolano el 1862, replicando las soluciones del Código Civil francés de 1804.

¹² Texto en: F. Parra Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., 65 ss.

Claudia Madrid Martínez

la primera Ley autónoma de Derecho internacional privado se promulgó en Polonia en 1926¹³.

Ahora bien, el impacto de la Ley en la práctica judicial fue innegable. Luego de su entrada en vigor, la Ley fue de inmediato aplicada en los tribunales. Sus sencillas pero eficientes soluciones adaptadas a las nuevas realidades llegaron para dejar atrás un sistema disperso e incompleto de corte estatutario¹⁴. La Ley constituyó, además, una inmejorable amalgama con las fuentes provenientes de la codificación convencional.

Hoy que vivimos una corriente codificadora recorriendo el subcontinente, queremos volver a las soluciones de Ley para verificar su conveniencia a 22 años de su promulgación y lo haremos mediante un análisis a la regulación de los contratos de internacionales en el contexto de la codificación estatal latinoamericana, tomando en cuenta, además de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México)¹⁵, instrumentos modernos como los Principios de La Haya sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Internacionales, aprobados el 19 de marzo de 2015¹⁶ o la Ley Modelo de la OHADAC sobre Derecho internacional privado¹⁷. Veamos.

I. AUTONOMÍA CONFLICTUAL

La facultad de las partes de elegir el Derecho aplicable es hoy reconocida en gran parte de los sistemas de Derecho internacional privado, tanto en Europa¹⁸ como en

¹³ Ley de 2 de agosto de 1926 sobre el Derecho aplicable en las relaciones privadas internacionales (Gaceta Oficial de Polonia, No. 101).

¹⁴ Sansó, Benito, El sistema venezolano de Derecho internacional privado, en: *Libro Homenaje a José Melich-Orsini*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1982, Vol. II., p. 917 ss.

¹⁵ Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V). *Gaceta Oficial* No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995.

¹⁶ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2016, Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf> (15/07/2020).

¹⁷ Su texto puede verse en: Fernández Rozas, José Carlos (coord.), *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe. Trabajos preparatorios y Proyecto de Ley Modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado de 2014*, Madrid, Iprolex, 2015, pp. 383 ss.

¹⁸ En Europa el principal exponente de esta tendencia es el Reglamento (CE) No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones

Claudia Madrid Martínez

América. En el ámbito interamericano destaca, desde luego, la Convención de México, de la cual, lamentablemente, solo son parte Venezuela y México. Por ello, tal vez como un reimpulso, el Comité Jurídico Interamericano adoptó recientemente la Guía sobre el Derecho aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas¹⁹, cuyo propósito fundamental es “...impulsar aspectos importantes del Derecho aplicable a [los] contratos en [América] a fin de promover la armonización regional en la materia y, en consecuencia, estimular la integración económica, el crecimiento y el desarrollo” (párr. 8), con fundamento en los principios de la Convención Interamericana y los nuevos desarrollos, particularmente contenidos en los Principios de La Haya. La Guía busca convertirse en una herramienta de ayuda para una mayor comprensión de la Convención Interamericana y sus principios, “...a fin de rectificar la falta de información y la información errónea relativa al instrumento, además de aclarar las incertidumbres y discrepancias presentes en las versiones en los distintos idiomas” (párr. 9)²⁰.

En el caso de Venezuela, la Ley de Derecho internacional privado, en materia de contratos internacionales, es leída a la luz de la Convención, pues tal como se afirma en su exposición de motivos, las normas que en este instrumento regulan los contratos internacionales procuran

...resumir en un conjunto de preceptos las orientaciones más relevantes de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, ratificada por Venezuela en 1995, la más autorizada doctrina, y las necesidades de una de las instituciones de más delicadas repercusiones prácticas en el comercio jurídico internacional”²¹.

Así, ambos instrumentos consagran la autonomía conflictual (arts. 7 y 8 Convención de México, art. 29 LDIPV). Pero la Ley se limita a afirmar el sometimiento del contrato al Derecho elegido por las partes, sin establecer la forma y tiempo de tal elección. Tal silencio es subsanado, a través de las normas de la Convención, con lo

contractuales (Roma I), en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF> (15/07/2020).

¹⁹ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 37.

²⁰ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 37.

²¹ T. Maekelt / E. Hernández- Bretón / C. Madrid Martínez (coords.), *Ley de Derecho internacional privado, derogatorias, concordancias y comentarios*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de Derecho Tatiana Maekelt, 8ª ed. aumentada y corregida, 2020, pp. 83-84.

Claudia Madrid Martínez

cual, en el marco del sistema venezolano de Derecho internacional privado, las partes pueden elegir un Derecho no vinculado al contrato. La elección no se limita temporalmente, pues puede producirse antes, durante o después de la celebración del contrato, incluso, a salvo la validez formal del contrato y los derechos de terceros, la elección original puede cambiar durante la vida del contrato (art. 8 Convención de México).

El artículo 17 de la Convención dispone que en su ámbito de aplicación se entenderá por Derecho el interno de cada Estado, con exclusión de las normas de conflicto, lo cual supone un rechazo al reenvío. Este principio es reconocido en el marco de la Ley, a pesar de que, en este instrumento, de acuerdo con su artículo 4, se admite el reenvío hasta segundo grado, pero se reconoce, como una excepción, la materia contractual.

Además, las partes pueden elegir un ordenamiento jurídico para cada parte del contrato o elegir un Derecho solo para una parte del mismo, pues se permite el *dépeçage* voluntario (art. 7 Convención de México). En tal sentido, Giral Pimentel ha afirmado que, aunque la Ley no refiere expresamente la posibilidad del *dépeçage*, la misma puede inferirse de la referencia de la Ley al Derecho aplicable a “las obligaciones convencionales” y no simplemente a los “contratos internacionales”, tal como lo hace la Convención. Así, aceptando que el contrato es fuente de “obligaciones”, cada una de las obligaciones nacidas de un contrato puede estar sometida, por obra de la voluntad de las partes a un Derecho diverso²². Desde luego, “...resulta indispensable que la elección del Derecho sea lógicamente consistente, que se refiera a elementos del contrato que puedan estar sometidos a distintos Derechos sin causar contradicciones”²³.

Ahora bien, en la codificación estatal americana, el primer instrumento en reconocer la posibilidad de elegir el Derecho aplicable al contrato fue el Código Civil peruano²⁴, cuya reforma de 1984 incluyó el artículo 2095, norma de conformidad con la

²² Giral Pimentel, José Alfredo, *El contrato internacional*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, Colección Estudios Jurídicos No. 71, p. 193.

²³ Hernández-Bretón, Eugenio, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina (Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales)*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007, pp. 86-87.

²⁴ <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf> (15/07/2020).

Claudia Madrid Martínez

cual “[l]as obligaciones contractuales se rigen por la Ley expresamente elegida por las partes”²⁵. Le siguió México con la reforma al Código Civil de 1988²⁶, cuyo artículo 13.V –vigente hasta hoy– admite la aplicación del Derecho del lugar de cumplimiento del contrato “...a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro Derecho”; y luego Guatemala, con la Ley del Organismo Judicial de 1989²⁷, de acuerdo con cuyo artículo 31, “[l]os actos y negocios jurídicos se rigen por la Ley a que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a leyes prohibitivas expresas o al orden público”.

Después de la promulgación de la Ley venezolana, América Latina debió esperar hasta 2014 para contar con instrumentos normativos que reconocieran de manera expresa la autonomía conflictual como conexión para determinar el Derecho aplicable al contrato. Así, en 2014 fueron promulgadas la Ley paraguaya sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales²⁸, normativa inspirada en los ya citados Principios de La Haya; la Ley de Derecho internacional privado de la República Dominicana²⁹; el

²⁵ Esta norma muestra la influencia del Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho internacional privado de 1963-1965. Así lo reconoce Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 75.

²⁶ Diario Oficial de la Federación 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última reforma publicada Diario Oficial de la Federación de 13 de abril de 2007, en: [https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/gdoc/\(15/07/2020\)](https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/gdoc/(15/07/2020)).

²⁷ [https://www.rgp.org.gt/docs/legislacion_registral/Ley%20del%20Organismo%20Judicial.pdf#\(15/07/2020\)](https://www.rgp.org.gt/docs/legislacion_registral/Ley%20del%20Organismo%20Judicial.pdf#(15/07/2020)).

²⁸ Ley paraguaya, art. 4. Libertad de elección

1. Un contrato se rige por el derecho elegido por las partes.
2. Las partes pueden elegir:
 - a) El derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato; y,
 - b) Distintos derechos para diferentes partes del contrato, en la medida que estas sean claramente distinguibles.
3. La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros.
4. No se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción.

²⁹ Ley dominicana, Art. 58. Determinación de la ley aplicable al contrato. El contrato se rige por la ley elegida por las partes.

Párrafo I. El acuerdo de las partes sobre la elección de la ley aplicable 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.

Párrafo II. La elección de la ley aplicable podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

Claudia Madrid Martínez

Código Civil y Comercial de la Nación argentina³⁰; y Ley que adopta el Código de Derecho internacional privado de la República de Panamá³¹. Todas reconocen la facultad de las partes para elegir el Derecho aplicable al contrato.

Al lado de estos sistemas, hay otros que se inclinan por el rechazo a la posibilidad de elección del Derecho aplicable. Destaca el caso de Brasil, país que a pesar de algunos intentos y de la opinión de la doctrina³², no ha podido desprenderse de la aplicación del Derecho del lugar de constitución de la obligación, consagrada en el artículo 9 de la Ley de introducción a las normas de Derecho brasileño³³.

Pero quizá el caso más llamativo de rechazo a esta figura sea el sistema uruguayo. “Uruguay es tal vez el más férreo bastión contra la admisión del principio de autonomía conflictual”³⁴. A pesar de las reformas, el artículo 2399 del Código Civil³⁵ continúa vigente, sometiendo los contratos al Derecho del lugar de su cumplimiento; y

³⁰ Código Civil y Comercial, art. 2651. Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.

³¹ Código panameño, art. 69. Los contratos internacionales están sujetos a la Ley designada por la autonomía de la voluntad de las partes...

Art. 70. Las partes en una relación contractual pueden someter el contrato a dos o más leyes siempre que lo permita la naturaleza del negocio jurídico internacional y la divisibilidad del derecho aplicable regule una determinada obligación o situación del negocio jurídico. No podrá efectuarse la divisibilidad del derecho aplicable si esta impide la ejecución del negocio objeto del contrato o es en fraude o perjuicio de una de las partes.

³² “No Brasil, tanto a questão da escolha da lei aplicável quanto à eleição de foro não confere às partes a certeza de previsibilidade de que suas escolhas serão respeitadas pelos tribunais locais, se uma ação aqui for proposta, a despeito da cláusula pactuada. E esse respeito é imprescindível ao bom andamento do comércio internacional. Apesar do aumento significativo de casos sendo julgados nos tribunais pátrios, a legislação atual ainda tem ares do século XIX, afinada com as teorias oriundas da idade média”. Ver: de Araujo, Nadia / Daniela Corrêa Jacques, Contratos internacionais no Brasil: posição atual da jurisprudência no Brasil, en: *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2008, Vol. 34, pp. 267 ss., especialmente p. 279.

³³ Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Redação dada pela Lei No. 12.376, de 2010, en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm (15/07/2020).. Art. 9: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

³⁴ Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 76.

³⁵ Código Civil, actualizado al 26 de febrero de 2010, en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/codigos> (15/07/2020). Art. 2399: “Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la Ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889”.

Claudia Madrid Martínez

cualquier posibilidad de una disposición en contrario queda vedada –según ha entendido la doctrina³⁶– con el contenido del artículo 2403 del mismo Código, norma de conformidad con la cual, “[l]as reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este Título, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Esta solo podrá actuar dentro del margen que le confiera la Ley competente”.

Según estima Basedow, en ambos sistemas podría darse cabida a la autonomía conflictual, excepcionalmente, cuando el Derecho indicado por la norma de conflicto del foro declare como competente el ordenamiento jurídico de un Estado que admita que las partes pueden elegir el Derecho aplicable. Sin embargo, en estos casos, admite el propio autor, “...*this exception is better explained as a recognition of renvoi rather than an express endorsement of a choice of law*”³⁷.

En ambos, de hecho, la autonomía conflictual es admitida en materias específicas. En el caso de Brasil, la Ley de arbitraje³⁸ dispone, en su artículo 2.1 que “[p]oderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”, permitiéndoles incluso elegir “...*princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio*” (art. 2.2).

El legislador uruguayo, por su parte, también en materia de arbitraje³⁹, recientemente admitió que el tribunal arbitral “...decidirá el litigio de conformidad con las normas de Derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio” (art. 28.1). Pero antes había ya dejado cierto margen a la autonomía conflictual –aunque de una sola de las partes– en materia de mercado de capitales. Así, el artículo 46 de la Ley 16.749 de 1996 sobre mercado de valores⁴⁰, dispone que

³⁶ Alfonsín, Quintín, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950, pp. 13 ss.

³⁷ Basedow, Jürgen, The Law of open societies: private ordering and public regulation of international relations: General Course on Private International Law, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2013, Vol. 360, pp. 9 ss., especialmente pp. 167-168.

³⁸ Lei No. 9.307, 23 de setembro de 1996, dispõe sobre a arbitragem, *Diário Oficial da União*, 24 de setembro de 1996.

³⁹ Ley No. 19.636 Arbitraje Comercial Internacional, *Diario Oficial*, No. 29.992, 26 de julio de 2018.

⁴⁰ *Diario Oficial* No. 24.555, 12 de junio de 1996.

Claudia Madrid Martínez

En la emisión de valores, en la que se deje expresa constancia de su oferta internacional, sean o no objeto de oferta pública, la entidad emisora podrá establecer libremente la Ley y jurisdicción aplicables a aquellos, cumpliendo con lo establecido en la presente Ley para su registro, si correspondiere.

Esta norma, aunque limitada, muestra cierta apertura "...hacia la posibilidad de que se acoja en el futuro la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales"⁴¹. Este cambio podría cristalizar con la promulgación de la Ley general de Derecho internacional privado, cuyo proyecto ya cuenta con la aprobación de la Cámara de Representantes⁴². El artículo 45 de este instrumento dispone:

1. Los contratos internacionales pueden ser sometidos por las partes al Derecho que ellas elijan.
2. La remisión al Derecho vigente en un Estado debe entenderse con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.
3. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o desprenderse inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

Otro grupo de países de América Latina mantiene el apego a las normas de conflicto inspiradas bien en el Código Civil francés, bien en el Código Civil chileno de Andrés Bello. Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Haití, Honduras y Nicaragua se encuentran en este grupo⁴³.

Sin embargo, este apego a la metodología estatutaria no excluye que la doctrina, e incluso la jurisprudencia y algunas leyes especiales, admitan que las partes puedan elegir el Derecho aplicable al contrato. En Chile, por ejemplo, algunos autores⁴⁴

⁴¹ Albornoz, María Mercedes, El Derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del Mercosur, en: *Boletín mexicano de Derecho comparado*, 2009, Vol. 42, No. 125, pp. 631 ss., especialmente p. 650.

⁴² Versión de 7 de octubre de 2016. En: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/1789064.PDF> (15/07/2020).

⁴³ Ver principales características de estos sistemas en: Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., pp. 56-73.

⁴⁴ Villarroel Barrientos, Carlos / Gabriel Villarroel Barrientos, Determinación de la Ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales, en: *Revista Chilena de Derecho*, 1990, Vol. 17, pp. 351 ss., especialmente pp. 358-360. Picand Albónico, Eduardo, Chile, en: J. Basedow / G. Rühl / F. Ferrari / P. de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, Edward Elgar Publishing, Inc., 2017, pp. 1959 ss., especialmente p. 1963.

Claudia Madrid Martínez

admiten la autonomía conflictual sobre la base del artículo 1545 del Código Civil que dispone que “[t]odo contrato legalmente celebrado es una Ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” y el Decreto Ley No. 2.349 de 1978 que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público⁴⁵, cuyo artículo 1 admite la elección del Derecho aplicable en los contratos con el Estado⁴⁶. Además, esta facultad es admitida en materia de arbitraje comercial internacional⁴⁷.

En el caso de Ecuador, Pérez Loose admite sus dudas en entender que la autonomía conflictual pueda explicarse como parte del principio general de autonomía o libertad contractual. Aunque cita una decisión de la Corte Suprema de 2000⁴⁸, en la que las cláusulas de elección de un tribunal extranjero y de un Derecho extranjero son excluidas de la norma del Código Civil que establece la ilicitud del objeto del contrato por contradicción con el Derecho público ecuatoriano, el autor entiende que se trata de un enfoque que debe adoptarse con cierto grado de cuidado⁴⁹.

En Colombia, por su parte, el artículo 101 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional⁵⁰ permite al tribunal arbitral decidir “...de conformidad con las normas de Derecho elegidas por las partes”. Además, la doctrina ha admitido esta posibilidad fuera del ámbito del arbitraje, a partir del silencio del artículo 869 del Código de Comercio⁵¹ que se limita a someter la ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, al Derecho colombiano, sobre todo si se lo confronta con la

⁴⁵ *Diario Oficial*, 28 de octubre de 1978.

⁴⁶ Art. 1: “Decláranse válidos los pactos destinados a sujetar al derecho extranjero los contratos internacionales, cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero, celebrados o que se celebren por organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero, con el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas”.

⁴⁷ Ley No. 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, *Diario Oficial*, 29 de septiembre de 2004. Ver comentarios en: Aguirre Veloso, Patricio Andrés, La determinación del Derecho aplicable al contrato en la Ley No. 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, en: *Ius et Praxis*, 2006, Vol. 12(1), pp. 155 ss.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia No. 217, 29 de junio de 2000, *Teresa García Franco v Societá Italiana per Condotte D’Acqua Spa*.

⁴⁹ Pérez Loose, Hernán, Ecuador, en: J. Basedow / G. Rühl / F. Ferrari / P. de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, Edward Elgar Publishing, Inc., 2017, pp. 2043 ss., especialmente pp. 2046 y 2050.

⁵⁰ Ley 1563 de 2012 (julio 12), por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* No. 48.489, 12 de julio de 2012.

⁵¹ Decreto 410 de 1971 (marzo 27), mediante el cual se expide el Código de Comercio, *Diario Oficial* No. 33.339, 16 de junio de 1971.

Claudia Madrid Martínez

prohibición expresa del artículo 1328 del mismo Código en materia de agencia, norma que luego de someter también los contratos de agencia comercial a ser ejecutados en Colombia a la Ley colombiana, dispone que “[t]oda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”. Al no haber semejante disposición en el artículo 869, ha de entenderse la validez de la elección de un Derecho distinto del colombiano, aunque el contrato haya de ejecutarse en Colombia⁵².

Ahora bien, hay dos instrumentos internacionales de *Soft Law* que también reconocen la preeminencia de la autonomía conflictual en la determinación del Derecho aplicable al contrato. Nos referimos a los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales y a la Ley Modelo de la OHADAC sobre Derecho internacional privado.

En el caso de los Principios de La Haya, la autonomía conflictual es reconocida en el artículo 2, al disponer que “[u]n contrato se rige por el Derecho elegido por las partes”, lo cual pueden hacer de manera expresa o tácita. Esta norma, según se lee en los comentarios oficiales, “...refleja el propósito principal de los Principios, que es el de establecer y definir la autonomía de la voluntad en la determinación del Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales” y esa libertad no depende del método de resolución de conflictos, de manera que la misma funciona tanto ante un órgano jurisdiccional o como ante un tribunal arbitral⁵³.

Luego de admitir que la elección del Derecho aplicable pueda ser expresa o tácita, el artículo 4 de los Principios rechaza el principio *quid eligit iudicem, eligit ius*, al disponer que “[u]n acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal judicial o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no constituye, en sí mismo, una elección de Derecho aplicable”, con lo cual se reconoce, tal como ocurre con el artículo 7 *in fine* de la Convención Interamericana⁵⁴, la fundamental diferencia entre la jurisdicción y el Derecho aplicable. Sin embargo, aunque en los comentarios se

⁵² Zapata Giraldo, Adriana, Colombia, en: J. Basedow / G. Rühl / F. Ferrari / P. de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, Edward Elgar Publishing, Inc., 2017, pp. 1981 ss., especialmente p. 1987.

⁵³ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 37.

⁵⁴ Art. 7 *in fine*: “La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”.

Claudia Madrid Martínez

entiende que “[e]l hecho de que, conforme a la normativa aplicable de Derecho internacional privado, el tribunal elegido pueda aplicar un Derecho extranjero también evidencia la distinción entre la elección del Derecho aplicable y la elección del foro”, más adelante no descarta que “...el acuerdo de elección de foro de las partes para atribuir competencia a un determinado tribunal [pueda] ser uno de los factores que se deban tener en cuenta para determinar si las partes deseaban que el contrato se rigiese por el Derecho de ese foro”⁵⁵.

Ahora bien, el artículo 2 de los Principios dispone que las partes puedan elegir el Derecho aplicable a todo el contrato o a una parte de él o diferentes Derechos para las diferentes partes de este (con lo cual consagra el *dépeçage* voluntario). La norma también admite la modificación de la elección hecha por las partes, sin que ello pueda vulnerar la validez formal del contrato o los derechos de terceros.

Finalmente, el artículo 2.4 de los Principios añade una regla que, aunque no ha sido reconocida de manera expresa por la codificación europea o interamericana, sí ha sido aceptada por la doctrina en la interpretación de los textos correspondientes⁵⁶. Nos referimos a la posibilidad de elegir un Derecho que no tenga vinculación alguna con el contrato. La norma señalada dispone que “[n]o se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su operación”. Según puede leerse en los comentarios oficiales, esta solución se corresponde con la creciente deslocalización de las operaciones comerciales, al permitir la elección de un Derecho neutral respecto de la relación entre las partes o uno muy desarrollado con respecto al tipo de relación de que se trate. Con la no exigencia de este vínculo, “...los Principios adoptan un concepto más amplio de la autonomía de la voluntad”⁵⁷.

⁵⁵ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p.

⁵⁶ Ver Kegel, Gerhard / Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 9ª ed., 2004, p. 653; Romero, Fabiola, Derecho aplicable al contrato internacional, en: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, Tomo I, pp. 203 ss., especialmente p. 251; Dos Santos, Olga, *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*, Caracas, Valencia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Vadell Hermanos Editores, 2000, pp. 99-100; Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 176; Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 85.

⁵⁷ Conferencia de La Hay, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 40-41.

Claudia Madrid Martínez

Bien, el segundo instrumento de *Soft Law* que hemos de considerar es la Ley Modelo OHADAC sobre Derecho internacional privado. Con este instrumento se busca destacar la flexibilidad de la técnica de las leyes modelo, frente a las leyes uniformes y los propios tratados internacionales, de manera de lograr un articulado que regule los principales aspectos de los casos de tráfico jurídico externo y se erija, incluso, en una útil herramienta de interpretación de otros instrumentos internacionales⁵⁸.

El artículo 45 de la Ley Modelo⁵⁹ reconoce un amplio poder a la autonomía de las partes, pues no cabe duda –se afirma en los comentarios oficiales– “...que el hecho de que sean las propias partes quienes decidan sobre cómo quieren defender y equilibrar sus intereses se corresponde con la idea de contrato” y lo hace con una redacción bastante cercana a la de la Convención de México. Incluso reconoce que la elección de un tribunal no entraña, necesariamente, la elección del Derecho.

El artículo 45 de la Ley Modelo, con “...un régimen de condiciones al ejercicio de la autonomía conflictual muy liberal”, admite que la elección del Derecho aplicable al contrato pueda ser expresa o tácita, que pueda cambiar, total o parcialmente, en cualquier momento, siempre que tal cambio no afecte los derechos de terceros. Además, aunque no lo afirma expresamente, en los comentarios oficiales se admite que el artículo 45 no exige que el ordenamiento elegido se halle conectado con el contrato⁶⁰.

A. Forma de expresión de la voluntad de elegir el Derecho aplicable

⁵⁸ Fernández Rozas, José Carlos, Presentación del Proyecto de Ley Modelo de Derecho internacional privado de la OHADAC, en: J.C. Fernández Rozas, (coord.), *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe. Trabajos preparatorios y Proyecto de Ley Modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado de 2014*, Madrid, Iprolex, 2015, pp. 275 ss., especialmente pp. 360-363.

⁵⁹ Art. 45. “1. El contrato se rige por la ley elegida por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en su defecto, debe desprenderse de 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 de la ley aplicable.

2. En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a una ley distinta de aquella por el que se regía anteriormente, independientemente de si la ley anterior era aplicable en virtud de una elección anterior o en virtud de otras disposiciones de la presente Ley. El cambio de la ley aplicable no afectará a los derechos de terceros”.

⁶⁰ Comentarios al texto articulado, en: J.C. Fernández Rozas, (coord.), *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., pp. 528-529.

Claudia Madrid Martínez

En los instrumentos que consagran a la autonomía conflictual como criterio para determinar el Derecho aplicable al contrato, se admite que la elección del Derecho aplicable al contrato pueda ser expresa o tácita. La elección expresa supone un acuerdo mediante el cual “[l]as partes articulan manifiesta, clara y patentemente su voluntad de someter el contrato a un determinado Derecho”⁶¹. Es común –aunque no obligatorio, pues puede ser oral⁶²– que tal voluntad conste por escrito, entendiéndose que no se trata solo de aquel acuerdo plasmado en documentos tradicionales, sino también el incluido en el intercambio de mensajes de datos.

En todo caso, tal como lo advierten algunos autores, la elección puede estar contenida en un contrato individual o provenir de condiciones generales de contratación⁶³; puede estar en el propio contrato a que se refiere o contenida en un acuerdo separado⁶⁴ o, incluso, en otro contrato, como ocurre, por ejemplo, cuando la elección es incluida en el acuerdo con un subcontratista y en él se refiere también al contrato principal⁶⁵. No hay, para realizar esta elección, una fórmula sacramental, de manera que, tal como se reconoce en los comentarios a los Principios de La Haya, ha de entenderse que hay elección cuando las partes, en una cláusula contractual, disponen que su relación “se rija por...” o “esté sujeta a...” un determinado sistema normativo⁶⁶. Puede también haber elección por referencia a un “factor externo”, como el lugar del establecimiento de una de las partes, entre otros⁶⁷.

En el marco de la Ley venezolana, no hay respuesta a estas cuestiones, por lo que ha de recurrirse a la Convención de México. De conformidad con este instrumento, la elección tácita “...debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto” (art. 7). Al respecto,

⁶¹ Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 85.

⁶² “La elección expresa surge claramente del acuerdo, y puede ser oral o escrita”. Ver: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 137.

⁶³ Leible, Stefan, La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales, en: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, No. 1, pp. 214 ss., especialmente p. 221.

⁶⁴ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 145.

⁶⁵ Martiny, Dieter, VO (EG) 593/2008 Art. 3 Freie Rechtswahl, en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, 5. Auflage, 2010, Rn 42.

⁶⁶ En Estados Unidos, los tribunales han construido cánones de interpretación de estos acuerdos de elección de Derecho, utilizados para desentrañar el significado de las expresiones utilizadas por las partes en estas cláusulas. Ver análisis de estos cánones en: Coyle, John F., The Canons of Construction for Choice-of-Law Clauses, en: *Washington Law Review*, 2017, Vol. 92, pp. 631 ss.

⁶⁷ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 45.

Claudia Madrid Martínez

Hernández-Bretón estima que no ha de tratarse de una elección hipotética, sino de permitir que el intérprete determine si las partes realmente han elegido el Derecho aplicable⁶⁸. Tal como ha afirmado Albornoz, si el juez no puede concluir, con certeza, que ha habido elección, habrá de proceder como si las partes no se hubieren pronunciado respecto del Derecho aplicable, con lo cual, los diversos elementos de convicción deberán sopesarse de forma acumulativa, de manera que el operador jurídico pueda llegar a una conclusión que, vistas las circunstancias concretas, resulte obvia⁶⁹.

Aunque la Convención de México no establece un listado de conductas a partir de las cuales pueda deducirse la elección tácita del Derecho aplicable, la doctrina refiere algunos casos que pueden entenderse como tal. Hernández-Bretón, por ejemplo, refiere la práctica comercial, vigente entre los contratantes, de someter sus relaciones contractuales a un ordenamiento jurídico determinado; o la referencia a normas de un Derecho en particular en el texto del contrato⁷⁰.

Tal como hemos señalado, en el marco de la Convención de México, “[l]a selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable” (art. 7 *in fine*). A partir de la expresión “...no entraña necesariamente...” utilizada por la norma, podríamos entender que un acuerdo de elección de foro sería un elemento más, pero de ninguna manera el determinante, para saber si hubo una elección tácita del Derecho aplicable⁷¹.

En el caso de los Principios de La Haya la solución es similar. La elección tácita debe “resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias” (art. 4), es decir, debe limitarse a los casos en los que tal elección resulta clara, con lo cual se “...promueve la previsibilidad de resultados al reducir la probabilidad de controversias sobre si ha existido o no elección”⁷². Así, usar un tipo contractual que solo existe en un

⁶⁸ Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., pp. 85-86.

⁶⁹ Albornoz, María Mercedes, Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement ‘Rome I’, en: *Journal du Droit International*, 2012, No. 1, pp. 4 ss., especialmente p. 12.

⁷⁰ Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 86.

⁷¹ En este sentido: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 140-141; Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 86; Juenger, Friedrich K., The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons, en: *The American Journal of Comparative Law*, 1994, Vol. 42, No. 2, pp. 381 ss., especialmente p. 388.

⁷² Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 44.

Claudia Madrid Martínez

Estado determinado⁷³, usar el lenguaje propio de un ordenamiento jurídico en particular o referirse a sus disposiciones en el texto del contrato⁷⁴ son considerados ejemplos de elección tácita. Ello, aunque en los comentarios oficiales a los principios acertadamente se reconoce que no existe un listado fijo de criterios para determinar si hubo o no elección y que el análisis debe hacerse en consideración de las circunstancias del caso concreto⁷⁵.

Los Principios de La Haya, acercándose a la Convención de México, admiten que “[u]n acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal judicial o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no constituye, en sí mismo, una elección de Derecho aplicable” (art. 4 *in fine*). El acuerdo de elección de un tribunal “...puede ser uno de los factores que se deban tener en cuenta para determinar si las partes deseaban que el contrato se rigiese por el Derecho de ese foro”, pero no es determinante. Lo mismo se admite respecto de los acuerdos arbitrales, los cuales “...no equivalen a la elección del Derecho aplicable”⁷⁶.

Finalmente, la Ley Modelo OHADAC dispone, en su artículo 45, que la elección tácita “...debe desprenderse de forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto”, lo cual podría ocurrir en el caso que:

...en el contenido del contrato se incluyan reiteradas referencias a disposiciones concretas de un único ordenamiento jurídico, así como que –surgida la controversia– la demanda y la contestación aparezcan exclusivamente fundadas en el Derecho de un determinado país, pues la elección de la Ley del contrato por las partes puede tener lugar en cualquier momento⁷⁷.

⁷³ Ejemplo 4.4: “Las partes A y B celebran un contrato de seguro marítimo en forma de póliza de Lloyd's. Dado que este modelo de contrato se basa en el Derecho inglés, su uso por las partes puede indicar su intención de someter el contrato a dicho ordenamiento jurídico”.

⁷⁴ Ejemplo 4.5: “Las partes A y B celebran un contrato que emplea el lenguaje jurídico característico del ordenamiento del Estado X. Esta circunstancia puede indicar que las partes desean que sus obligaciones se determinen conforme al Derecho del Estado X”.

⁷⁵ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 46-47.

⁷⁶ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 47-48.

⁷⁷ En: Fernández Rozas, (coord.), *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., p. 529.

Claudia Madrid Martínez

A nivel de la codificación estatal, además del caso de Paraguay cuya Ley reproduce en su artículo 6 la solución de los Principios de La Haya, destaca el caso de Argentina que, en el artículo 2651 de su Código Civil y Comercial dispone, a semejanza de los instrumentos antes citados, que la elección tácita del Derecho aplicable debe “...resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso” y, coincidiendo con la Convención de México, deja claro que “la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del Derecho interno aplicable en ese país” (art. 2651.g).

B. Derecho aplicable al acuerdo de elección de Derecho

Es común que los acuerdos de elección de Derecho se entiendan sometidos al Derecho que rige el contrato para el cual designan el ordenamiento jurídico competente, tanto desde el punto de vista sustancial, como desde la perspectiva formal. No obstante, tal sujeción no implica una dependencia absoluta pues, a semejanza de lo que ocurre con los acuerdos arbitrales y con los de elección de foro, este acuerdo de elección del Derecho aplicable es “separable” el contrato que podemos calificar como principal.

Esta separabilidad supone que la nulidad del contrato no afecta, en principio, la validez del acuerdo de elección de Derecho aplicable. Así, tal como admite el Comité Jurídico Interamericano, si un contrato de compraventa es nulo, el acuerdo de elección no se ve afectado, “[e]s más, la eficacia o invalidez (sea sustantiva o formal) del contrato debe evaluarse de conformidad con el Derecho que fue elegido en el acuerdo”⁷⁸. El propio Comité admite que el principio de separabilidad estaría presente en la Convención de México, por interpretación del artículo 12, norma que se refiere expresamente a la determinación del Derecho aplicable a la validez sustancial del acuerdo, sometiéndola a la *Lex contractus*⁷⁹, solución que, como hemos afirmado antes, resultaría aplicable en el ámbito de la Ley de Derecho internacional privado que es silente al respecto.

En todo caso, más allá de esta interpretación, lo cierto es que el primer reconocimiento expreso de la separabilidad del acuerdo de elección de Derecho

⁷⁸ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 155.

⁷⁹ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 155.

Claudia Madrid Martínez

aplicable se encuentra en el artículo 7 de los Principios de La Haya. Esta norma – reproducida por el artículo 9 de la Ley paraguaya– dispone expresamente, que “[n]o se puede impugnar la elección del Derecho aplicable únicamente sobre la base de que el contrato al que se aplica no es válido”, de manera que –de acuerdo con el ejemplo utilizado en el comentario oficial a los Principios– si el contrato se declara nulo por causa de error, según el Derecho de un Estado determinado, “[l]a validez del acuerdo de elección del Derecho aplicable no se ve afectada a menos que se vea viciada por el mismo error”⁸⁰. En tal sentido, puede ocurrir que el vicio que afecta al contrato principal no afecte al acuerdo, o que afecte a ambos o que el defecto que aqueja al contrato sea tal que afecte incluso al acuerdo como ocurriría, por ejemplo, con la ausencia total de consentimiento para contratar.

Tratándose de separabilidad y no de autonomía, hemos de considerar que, aunque se considere que el acuerdo de elección de Derecho goza de cierta independencia, cuando se produce la cesión del contrato que lo contiene, el acuerdo también resulta cedido. Su transmisión se justifica en virtud del adagio según el cual “la suerte de lo accesorio sigue a lo principal”, siendo lo principal el contrato para el cual se convino en estipular el acuerdo de elección de Derecho, que resulta accesorio, pues no tendría razón de ser sin aquel.

La Convención de México dispone, en su artículo 12, que la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto del Derecho aplicable estará sometida a la *Lex contractus* y, “...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”. No obstante, la consideración del Derecho de la residencia o el establecimiento no tiene por efecto convalidar la cláusula nula según el Derecho que le es aplicable, lo que busca es, más bien, que el juez tome en cuenta o considere –no aplique– tales ordenamientos jurídicos debido a que contienen disposiciones respecto del silencio de la parte en la formación del contrato⁸¹.

Aunque nada dispone la Convención sobre el Derecho aplicable a la forma del acuerdo, no vemos problema en aceptar la aplicación del artículo 13, norma que el

⁸⁰ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 61.

⁸¹ Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 189.

Claudia Madrid Martínez

marco de la Convención regula el Derecho aplicable a la forma del contrato⁸², y lo hace de manera flexible al consagrar la regla *locus regit actum* de manera alternativa lo cual, sin duda, favorece la validez formal del acuerdo.

Los Principios de La Haya, por su parte, establecen una regulación más o menos exhaustiva del acuerdo de elección del Derecho aplicable. En efecto, sustancialmente, este instrumento considera fundamental la determinación de si ha habido o no consentimiento para la elección del Derecho aplicable, para lo cual habrá de recurrirse al Derecho presuntamente elegido por las partes (art. 6.1.a)⁸³. Si ese Derecho confirma la validez de la elección, el mismo se aplicará al contrato, “...salvo que la parte contraria pueda demostrar la inexistencia del acuerdo conforme a la excepción limitada del artículo 6.2”⁸⁴. Esta solución considera, a su manera, la aplicación de la *Lex contractus* con lo cual coincide con la Convención de México.

La validez formal, en cambio, responde al principio de libertad de formas, de manera que “[l]a elección del Derecho aplicable no está sometida a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes establezcan lo contrario” (art. 5), con lo cual “...no es necesario que se efectúe por escrito, que se redacte en una lengua concreta o que tenga lugar ante testigos”⁸⁵. Esta norma, reproducida por el artículo 7 de la Ley paraguaya, constituye “...una clara defensa a favor del cambio...”, pues, tal como se reconoce en la Guía sobre el Derecho aplicable a los contratos de la OEA, muchos países de América Latina siguen exigiendo que la elección conste por escrito⁸⁶, y se justifica, según puede verse en los comentarios oficiales, por varios motivos,

⁸² Así se acepta en: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 146.

⁸³ Esta norma se complementa con una solución a la llamada battle of forms. En efecto, “si las partes utilizaron cláusulas estándar que designan dos Derechos diferentes y según ambos Derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el Derecho indicado en esas cláusulas estándar; si según estos Derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna, no habrá elección del Derecho aplicable” (art. 6.1.b). El artículo 6.2 de los Principios dispone que, si no fuere razonable determinar el Derecho aplicable al acuerdo de elección de la manera antes mencionada, habrá de aplicarse el Derecho del Estado en el que una parte tiene su establecimiento para determinar si esa parte prestó su consentimiento sobre la elección del Derecho aplicable. Se trata de una excepción al artículo 6.1.a que se aplica cuando, en consideración de las circunstancias del caso concreto, no resulte razonable aplicar el Derecho considerado como elegido por las partes.

⁸⁴ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 53.

⁸⁵ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 50.

⁸⁶ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. pp. 146-147.

Claudia Madrid Martínez

En primer lugar, el principio de autonomía de la voluntad indica que, para facilitar el comercio internacional, la elección del Derecho aplicable por las partes no debería verse restringida por requisitos formales. En segundo lugar, la mayor parte de los sistemas jurídicos no exigen una determinada forma para la mayoría de los contratos comerciales internacionales, incluidos las disposiciones de elección del Derecho aplicable... En tercer lugar, muchos códigos de Derecho internacional privado emplean puntos de conexión alternativos orientados a resultados en lo que se refiere a la validez formal de los contratos (incluidas las disposiciones de elección del Derecho aplicable), basándose en el principio subyacente de favorecer la validez de los contratos (*favor negotii*)⁸⁷.

II. DERECHO APLICABLE AL CONTRATO EN AUSENCIA DE ELECCIÓN POR LAS PARTES.

Es posible que las partes no elijan el Derecho aplicable al contrato. Ese silencio puede deberse a falta de conocimiento; pero también puede responder a cierta indiferencia hacia la materia, bajo la creencia de que no se presentarán conflictos; a una falta de acuerdo entre las partes al respecto; al deseo de las partes de no perjudicar el curso de las negociaciones, debido a la falta de acuerdo sobre el Derecho aplicable; o puede incluso deberse a su voluntad de someterse a las normas de conflicto del Estado en el cual ventilarán sus controversias⁸⁸.

También es posible que haya elección del Derecho aplicable, pero que la misma resulte ineficaz. La ineficacia derivaría de la nulidad de la cláusula que, en virtud del principio de separabilidad, puede producirse de manera independiente de la validez o nulidad del contrato en el cual se encuentra incluida, de conformidad con el Derecho aplicable a este, según hemos analizado *supra*. Pero también podría producirse en el caso en el cual, habiendo hecho uso del *dépeçage* voluntario, las partes hubieren elegido varios ordenamientos para regir el contrato y tales Derechos fueren tan incompatibles entre sí, que harían ineficaz la elección.

En tales casos, cada sistema de Derecho internacional privado decidirá los criterios a utilizar para que sus jueces determinen el Derecho aplicable. En Derecho

⁸⁷ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 51.

⁸⁸ dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit., pp. 100-101. Ver también: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 169.

Claudia Madrid Martínez

comparado puede notarse como los distintos Estados han optado entre criterios rígidos y criterios flexibles. Entre los criterios rígidos, que privilegian la certeza y la previsibilidad⁸⁹, destacan el lugar de celebración del contrato –aunque en menor medida en la actualidad⁹⁰⁻ y el lugar de su ejecución⁹¹. Un ejemplo de consagración de ambos criterios puede verse en el artículo 2652 del Código Civil y Comercial argentino, de conformidad con el cual, en ausencia de elección del Derecho aplicable, “...el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento”.

La propia norma añade que:

Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.

El Proyecto de Ley general de Derecho internacional privado de Uruguay también se decanta por la aplicación del Derecho del lugar de ejecución del contrato a la “...existencia, validez total o parcial, interpretación, efectos, modos de extinción de las obligaciones, y en suma todo lo relativo a cualquier aspecto de los mismos” (art. 45), cuando las partes no lo han elegido.

Ahora bien, aunque autores como Delaume sostienen que, en algunos casos, los criterios rígidos siguen siendo útiles⁹², lo cierto es que los diversos ordenamientos jurídicos han optado por sustituirlos por criterios más flexibles que han aparecido para desplazar el centro de gravedad en la determinación del Derecho aplicable al contrato desde el legislador hasta el juez, quien será el encargado, considerando las circunstancias de cada caso concreto, de determinar el ordenamiento jurídico que

⁸⁹ Madrid Martínez, Claudia, *Medios electrónicos de pago en el comercio internacional*, Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2018, p. 453.

⁹⁰ En Rumania, antes de la entrada en vigor del nuevo Código Civil (Ley No. 287 de 17 de julio de 2009, *Monitorul Oficial* No. 511, parte I, 24 de julio de 2009), la Ley No. 105 de 22 de septiembre de 1992 (*Monitorul Oficial* No. 245, 1 de diciembre de 1992), disponía en su artículo 79 que, si no puede determinarse el lugar de cumplimiento de la prestación característica, se aplicará el Derecho del lugar de celebración. El nuevo Código Civil, en su artículo 2640, remite a la aplicación de la reglamentación europea en materia de contratos.

⁹¹ El *Restatement (second) of conflict of Laws*, en su § 196, admite esta solución en materia de servicios, acompañada de la ya característica cláusula de escape.

⁹² Delaume, Georges M., *Transnational contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes (A study in conflict avoidance)*, New York, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 1988-1990, Booklet 4, p. 2.

Claudia Madrid Martínez

regulará el contrato cuando las partes no lo hayan hecho. Esta tarea está generalmente guiada por la necesidad de determinar el Derecho que tenga la relación más estrecha con la relación contractual, es decir, por la aceptación del llamado principio de proximidad, criterio desarrollado por Paul Lagarde⁹³, como solución que va más allá de la búsqueda de la sede de la relación jurídica propuesta por Savigny y más allá, desde luego, del europeo concepto de la prestación característica⁹⁴.

En un primer acercamiento, el principio de proximidad podría definirse como la aplicación del Derecho más estrechamente vinculado con la relación jurídica. El propio Lagarde fundamenta esta solución en la uniformidad de resultados y la eliminación de relaciones jurídicas claudicantes; el respeto de las expectativas de las partes; el equilibrio entre los intereses de los Estados cuyos ordenamientos jurídicos están involucrados con la relación y la justicia en la solución del caso⁹⁵. El punto de partida de este criterio es la determinación de la sede de la relación jurídica, pero a diferencia del método clásico de Savigny, no estima suficiente tal determinación.

Quizá el primer exponente de la consagración del principio de proximidad en materia contractual sea justamente la Convención de México. El método empleado por la Convención para determinar el Derecho más vinculado con el contrato, la aparta sustancialmente del Reglamento Roma I, a pesar de que se ha reconocido a su

⁹³ Lagarde, Paul, *Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain : Cours générale de Droit international privé*, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1986 I, Tome 196, pp. 9 ss.

⁹⁴ Giuliano y Lagarde, en su informe al Convenio de Roma, afirmaron que "...la prestación característica permite relacionar el contrato con el medio socio económico en el que vaya a insertarse". Así, en el caso de los contratos con obligaciones unilaterales, la prestación característica, que no presenta problema alguno, es la única prestación del contrato. En los contratos con obligaciones bilaterales es necesario considerar que generalmente, una de las prestaciones consiste en el pago de una cantidad de dinero, por lo que esta no es la prestación característica. Característica es, más bien, "...la prestación por la que se debe el pago, es decir, con arreglo a las distintas categorías de contratos, la transferencia de la propiedad, la entrega de objetos mobiliarios corporales, la atribución del uso de una cosa, el suministro de un servicio, de transporte, de un seguro, de una actividad bancaria, de una garantía, etc., lo que constituye el centro de gravedad y la función socio económica de la operación contractual". Giuliano, Mario / Paul Lagarde, *Informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales*, en: *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 327, 11 de diciembre de 1992, pp. 1 ss., especialmente p. 19.

⁹⁵ Lagarde, Paul, *Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain : Cours générale de Droit international privé*, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1986 I, Tome 196, pp. 9 ss., especialmente p. 29.

Claudia Madrid Martínez

predecesor, el Convenio de Roma, como su principal fuente de inspiración⁹⁶. Así, a diferencia del sistema europeo, para la determinación del Derecho más vinculado con el contrato, la Convención aconseja al tribunal tomar en cuenta “...todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato...” (art. 9), dejando de lado la doctrina de la prestación característica, la cual –en opinión de Hernández-Bretón– “...presenta patologías incorregibles...”⁹⁷.

En todo caso, el problema de esta solución –que también fue adoptada por la Ley venezolana de Derecho internacional privado (art. 30) y por la Ley paraguaya sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales (art. 11)⁹⁸– tiene que ver con la determinación de lo que ha de entenderse por elementos objetivos y subjetivos del contrato.

Con fundamento en el Informe Siqueiros⁹⁹, Giral Pimentel¹⁰⁰ explica como determinar el Derecho más vinculado con el contrato, mediante la teoría de las vinculaciones. En su opinión, los elementos objetivos son “...aquellas circunstancias de hecho que están vinculadas o con las partes o con el acto jurídico en sí mismo...” y estas, afirma, “...eran utilizadas antiguamente para construir los factores de conexión rígidos de las normas de conflicto clásicas”. Recurriendo a Siquieros, Giral Pimentel refiere, entre los elementos objetivos la nacionalidad, el domicilio o residencia habitual de las partes, el lugar de establecimiento o de constitución, en caso de tratarse de personas jurídicas, el lugar de celebración del contrato, el lugar de ubicación de los bienes objeto del contrato, el lugar seleccionado por las partes para ser la jurisdicción competente o para que se lleve a cabo el arbitraje, el lugar donde se cumplen los

⁹⁶ En: Comité Jurídico Interamericano, julio 1991, OEA/Ser.K/XXI.5 - CIDIP-V/12/93 - 28 de diciembre 1993, pp. 10, 18 y 37.

⁹⁷ Hernández-Bretón, Eugenio, La contratación mercantil internacional a la luz de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994), en: *IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Visión contemporánea del Derecho mercantil venezolano*, Valencia, Vadell Hermanos Editores, 1998, pp. 39 ss., especialmente p. 55.

⁹⁸ Ley paraguaya sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, art. 11 “1. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos. 2. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos”.

⁹⁹ Siqueiros, José Luis, Ley aplicable en materia de contratación internacional, en: *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, OEA/Ser.Q./CJI/RES.II-6/91, de fecha 31 de julio de 1991.

¹⁰⁰ Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., pp. 214-223.

Claudia Madrid Martínez

requisitos de publicidad, entre otros factores que conectan al contrato con la posible aplicación de diversos ordenamientos jurídicos. Además, Giral Pimentel admite la procedencia de una especie de agrupamiento de contactos¹⁰¹, al expresar que “[e]n la medida que un contrato tenga más conexiones con una jurisdicción determinada, en esa medida, la relevancia del ordenamiento jurídico de esa jurisdicción puede ser más fuerte en la determinación del Derecho aplicable”.

Estos elementos objetivos, estima Giral Pimentel, están complementados con un elemento subjetivo que es definido como “...la teoría jurídica que le permite al intérprete valorar los elementos objetivos del contrato y decidir a favor de la aplicación de una determinada Ley...” Sin embargo, en su opinión, no existe una definición precisa de la manera que en actuará la teoría de las vinculaciones, con lo cual entiende que ciertamente hay un “...predominio de los elementos objetivos sobre los subjetivos...”, de manera que, en un primer momento, el operador jurídico habrá de recurrir a una acumulación de contactos y preferirá el Derecho del Estado en el cual se ubique la mayor cantidad de elementos objetivos. Pero este criterio no es definitivo, pues si la distribución de elementos objetivos fuere equivalente, el operador podrá optar por el elemento subjetivo históricamente favorecido por el sistema europeo, es decir, el Derecho de la residencia o establecimiento de aquel que tiene a su cargo la prestación característica. Ello admitiendo la fuerte influencia del Convenio de Roma sobre la Convención de México. Finalmente, el autor entiende que el juez tiene plena libertad de apreciación para tomar en cuenta otros elementos subjetivos de carácter teleológico, como el principio del Derecho más favorable al consumidor y otros utilizados en Derecho comparado.

En el caso de la Ley paraguaya, Moreno Rodríguez ha entendido que:

Para establecer la vinculación más estrecha deben evaluarse todas las circunstancias posibles, como las territoriales relativas a la celebración, ejecución, domicilio o establecimiento, cláusula de resolución de conflicto, moneda, tratativas previas y otras. Tales son los elementos objetivos a ser considerados conjuntamente con los subjetivos, que surgen de las diversas cláusulas y circunstancias, anteriores, concomitantes y posteriores al contrato¹⁰².

¹⁰¹ Así lo hemos entendido en: Madrid Martínez, *Medios electrónicos de pago...*, ob. cit., p. 460.

¹⁰² Moreno Rodríguez, *Arbitraje comercial y de inversiones...*, ob. cit., p. 108.

Claudia Madrid Martínez

Lo que en todo caso parece cierto, según hemos afirmado en otras ocasiones¹⁰³, es que la determinación del Derecho más vinculado con la relación contractual trae consigo un necesario análisis del marco socio-económico del contrato que es dejado, evidentemente, en manos del juez, de quien se espera prudencia y preparación en tan compleja actividad. De allí que Juenger –haciéndose eco de las palabras de David¹⁰⁴– haya afirmado que una fórmula amorfa como la conexión más estrecha significa “...*nothing except, perhaps, that the answer is not ready at hand*”¹⁰⁵.

Otros autores se han mostrado favorables a la solución interamericana. Maekelt, por ejemplo, estima que la preocupación por dar excesiva libertad al juez no es un argumento suficiente para desechar la aplicación de principios flexibles como el de los vínculos más estrechos, por el contrario, “...antes de adaptar las Leyes a jueces negligentes, resulta necesario adaptar jueces a Leyes eficaces”¹⁰⁶. Albornoz, por su parte, entiende que “[s]i d’un côté ses systèmes flexibles attribuent un grand pouvoir aux juges, de l’autre côté ils conviennent mieux aux exigences et aux besoins du commerce international”¹⁰⁷.

Pero la búsqueda de seguridad jurídica ha dejado huella. La Ley Modelo OHADAC, por ejemplo, ha preferido acercarse a la solución del Reglamento Roma I en su artículo 46. En el comentario oficial a esta norma se afirma que, aunque se parte de un criterio flexible –principio de proximidad–, tal flexibilidad puede “...obstaculizar la realización el objetivo general de proporcionar seguridad jurídica”¹⁰⁸. Así, la Ley Modelo

¹⁰³ Madrid Martínez, *Medios electrónicos de pago...*, ob. cit., p. 461.

¹⁰⁴ David, René, I. The Problem of the International Unification of Private Law, en: U. Drobnig / R. David / H. H. Egawa / R. Graveson / V. Knapp / A. T. von Mehren / Y. Noda / S. Rozmaryn / V. M. Tschikvadze / H. Valladão / H. Yntema / K. Zweigert (eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, chapter 5, §16.

¹⁰⁵ Juenger, Friedrich K., General Cours on Private International Law, en: *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1983, Tome 193, pp. 119 ss., especialmente p. 180.

¹⁰⁶ Maekelt, Tatiana, La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en: P. Borba Casella (coord.), *Dimensão Internacional do Direito. Estudos em Homenagem a G. E. do Nascimento e Silva*, São Paulo, LTR, 2000, pp. 265 ss., especialmente pp. 277 y 282.

¹⁰⁷ Albornoz, Une relecture de la Convention interaméricaine..., ob. cit. p. 28.

¹⁰⁸ Ver: Fernández Rozas, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., p. 531.

Claudia Madrid Martínez

...ha optado por reforzar la búsqueda de la seguridad jurídica en la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos, con el objetivo de favorecer la aplicación uniforme de sus normas en todos los Estados miembros y dotar de mayor previsibilidad al régimen jurídico de los contratos internacionales¹⁰⁹.

La Ley panameña ha preferido combinar seguridad y flexibilidad en una norma ciertamente compleja. Su artículo 69 ordena al juez aplicar el Derecho del lugar de cumplimiento en caso de ausencia de elección, y solo en caso de que este no pueda ser determinado, permite al juez recurrir a "...la Ley del Estado que presente el vínculo más estrecho con el contrato internacional...". La norma cierra con una remisión al Derecho del foro para los casos en los que no pueda determinarse el Derecho más vinculado con el contrato.

Algo similar ocurre en el sistema argentino que, luego de combinar una remisión a los Derechos del lugar de ejecución y de celebración del contrato, establece una cláusula de escape en el artículo 2653 del Código Civil y Comercial que permite, "[e]xcepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato", que el juez aplique el Derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta excepción no será aplicable en el caso de elección del Derecho aplicable por las partes.

III ¿Y LA *LEX MERCATORIA*?

En los diversos sistemas reina cierta reticencia con respecto a la aceptación de la posibilidad de aplicar algún componente de la *Lex mercatoria*, mediante una manifestación de la autonomía conflictual. A lo sumo se la admite como resultado de una incorporación material con lo cual se la evalúa como una cláusula contractual cuya validez es sometida al Derecho que rige el contrato.

Al respecto, la Convención de México y la Ley venezolana reconocen un amplio margen a la *Lex mercatoria* y tal aceptación, en el caso de la Convención, es reconocida como una de las causas de su escasa ratificación¹¹⁰. Así, cuando el juez se enfrenta a la labor de determinar el Derecho más vinculado al contrato, en ausencia de elección por

¹⁰⁹ Fernández Rozas, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., p. 532.

¹¹⁰ Ver: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. pp. 48-49.

Claudia Madrid Martínez

las partes, además de los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato, “[t]ambién tomará en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” (arts. 9 Convención de México y 30 LDIPV)¹¹¹.

La Convención y la Ley van más allá y, en los artículos 10 y 31, respectivamente, ordenan al juez aplicar,

...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.

Las normas citadas, juntamente con el artículo 15 de la Convención, que remite a la aplicación del artículo 10 para decidir si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica, fundamentan la posibilidad de aplicar los diversos componentes de la *Lex mercatoria*, como *Lex contractus* y no como una mera incorporación material.

En ellas aparece clara la facultad de los operadores jurídicos para recurrir a la *Lex mercatoria*, pero no se menciona de manera expresa la facultad de las partes para elegirla, por lo que algunos han dudado sobre tal posibilidad. Sin embargo, resultaría incoherente, contradictorio e inexplicable que, en ausencia de elección del Derecho aplicable, pudiese el juez aplicar normas anacionales como normas jurídicas –ex artículos 10 Convención de México y 31 LDIPV– y se limitara, paralelamente, tal posibilidad a las partes contratantes¹¹². Tampoco parece compatible aceptar una casi ilimitada actuación de la autonomía de las partes con la imposibilidad de aplicar *Lex mercatoria* vía autonomía conflictual.

¹¹¹ Esta fórmula fue lo que quedó de la propuesta original que hiciera Juenger durante las discusiones de la Convención de México. Considérese que para Juenger si se cuenta con una codificación supranacional de Derecho contractual –refiriéndose específicamente a los principios UNIDROIT–, esta debe ser aplicada en ausencia de elección, en lugar de acudir a criterios conflictuales vagos y defectuosos que no garantizan ni la seguridad jurídica ni la uniformidad. Ver: Parra Aranguren, Gonzalo, La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V, México, 1994), en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 1995, No. 130, pp. 97 ss., especialmente p. 145, nota 78.

¹¹² Así: Hernández-Bretón, Hernández-Bretón, Eugenio, Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional, en: *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, 2005, Vol. 17, pp. 11 ss., especialmente pp. 25-26.

Claudia Madrid Martínez

La referencia hecha en los artículos 2 y 17 de la Convención de México a la aplicación de un Derecho estatal, no es apropiada –en opinión de Hernández-Bretón– para argumentar en contra de la aplicación de la *Lex mercatoria*. El objetivo del artículo 2, que admite la aplicación del Derecho designado por las normas de la Convención aun cuando sea el de un Estado no parte, es afirmar el carácter universal de este tratado y el objetivo del artículo 17 es excluir el juego del reenvío en materia contractual¹¹³.

En definitiva, la Convención admite la aplicación de los diversos componentes de la *Lex mercatoria* y lo hace, según se reconoce en la Guía preparada por el Comité Jurídico Interamericano, desde los trabajos preparatorios¹¹⁴. No obstante, el problema se plantea con la función que se atribuye a la *Lex mercatoria* en estas normas que son reproducidas por los artículos 30 y 31 de la Ley venezolana de Derecho internacional privado, con la particularidad de que la Ley venezolana, por disposición de su artículo 62, no es aplicable en materia de arbitraje, con lo cual se desvirtúa la creencia que limita la aplicación de la *Lex mercatoria* a los casos sometidos a arbitraje¹¹⁵.

Bien, para determinar el Derecho aplicable a falta de elección, la parte final del artículo 9 de la Convención –y el artículo 30 de la Ley venezolana– permite al juez tomar también en cuenta “...los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales...”. Con esta disposición, el legislador no está ordenando la aplicación directa de tales principios, sino más bien su toma en consideración para llegar a la determinación del Derecho más vinculado con el contrato¹¹⁶.

Parte de la doctrina entiende que esta referencia constituye un complemento del sistema conflictual previsto en la primera parte del artículo. A través de ella, el

¹¹³ Hernández-Bretón, Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos..., ob. cit., p. 26

¹¹⁴ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 108.

¹¹⁵ A pesar de ello, solo se registran dos decisiones en las que se admitió la *Lex mercatoria*, en la primera para aceptarla como un criterio de interpretación (Corte Suprema de Justicia / Sala Político Administrativa, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997, *PepsiCola Panamericana c. Embotelladoras Caracas et al.*, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 1998, No. 109, pp. 141 ss.) y en otra para admitir su aplicación en materia bancaria (Tribunal Supremo de Justicia / Sala de Casación Civil, sentencia No. 0738, 2 de diciembre de 2014, *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, Banco Universal, C.A.*, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-rc.000738-21214-2014-14-257.html> [15/07/2020]).

¹¹⁶ Madrid Martínez, *Medios electrónicos de pago...*, ob. cit., pp. 472-473.

Claudia Madrid Martínez

intérprete dispone de un mecanismo flexible que le permitirá llegar al sistema, nacional o anacional, más conveniente a la justicia y a las necesidades del comercio internacional¹¹⁷. Por su parte, Albornoz –intentando encontrar un sentido a la norma– ha afirmado que, ante un contrato que presente vínculos estrechos con varios ordenamientos jurídicos, de manera que se dificulte la elección por parte del operador jurídico, habrá de preferirse aquel más acorde con los intereses del comercio internacional¹¹⁸.

Esta función, sin embargo, parece diluirse ante el contenido del artículo 10 de la Convención –y 31 de la Ley venezolana–, que ordena aplicar, 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.

Esta norma se refiere a una función sustantiva de la *Lex mercatoria*, pues el juez habrá de aplicarla directamente al contrato. A diferencia de la parte final del artículo 9 de la Convención, que se refiere más bien a una función conflictual, al poder ser considerada por el juez para determinar el Derecho más vinculado con el contrato¹¹⁹.

En definitiva, a partir de las normas de la Convención interamericana –y, en consecuencia, de la Ley venezolana de Derecho internacional privado– puede afirmarse que la *Lex mercatoria* cumple varias funciones¹²⁰. Considerando en primer término su

¹¹⁷ Hernández-Bretón, Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos..., ob. cit., p. 30. Ver también: Samtleben, Jürgen, El enigma del artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado, en: F. Parra Arangure (ed.), *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Colección Libros Homenaje No. 1, *Addendum*, pp. 355 ss., especialmente pp. 363-371.

¹¹⁸ Albornoz, Une relecture de la Convention interaméricaine ..., ob. cit., p. 27.

¹¹⁹ En este sentido: Ochoa Muñoz, Javier, Artículo 31. Aplicación de la *Lex mercatoria*, en: T. Maekelt / I. Esis / C. Resende (eds.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. II, pp. 805 ss., especialmente pp. 807-809.

¹²⁰ Seguiremos en este punto, las funciones descritas por Maekelt en cuanto a los principios UNIDROIT. Ver: Maekelt, Tatiana, Aplicación práctica de los Principios de UNIDROIT en el sistema venezolano de derecho internacional privado, en: *El Derecho internacional en tiempos de globalización, Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, Mérida, Universidad de Los Andes, Publicaciones Vicerrectorado Académico, Tomo I, Derecho internacional privado, 2005, pp. 209 ss., especialmente pp. 215-216. Ver también: Siqueiros, José Luis, Los nuevos Principios de UNIDROIT 2004 sobre contratos comerciales internacionales, en: *Revista de Derecho Privado, UNAM*, 2005, año IV, No. 11, 2005, pp. 129 ss., especialmente p. 134.

Claudia Madrid Martínez

función material, los diversos componentes de la *Lex mercatoria* pueden aplicarse cuando sean elegidos por las partes; o cuando, en ausencia de elección, el juez considere que se trata del sistema más vinculado con el contrato. La *Lex mercatoria* también puede funcionar como criterio de interpretación de normas legales o convencionales y como herramienta integración de lagunas de estas. Finalmente, la *Lex mercatoria* podrá aplicarse, según se lee en la parte final del artículo 10 de la Convención, “...con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. Conflictualmente, la *Lex mercatoria* es una herramienta para determinar el Derecho más vinculado con el contrato¹²¹.

A pesar de los problemas de interpretación que puede generar la Convención, su solución se proyectó en algunas normas estatales. En efecto, además de la ya citada Ley venezolana, alguna influencia puede verse en la Ley paraguaya y en la Ley dominicana, con ciertos matices en una y otra.

En el caso de la Ley paraguaya, su artículo 5 dispone que en su texto “...la referencia a Derecho incluye normas de Derecho de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”. A partir de esta fórmula, Moreno Rodríguez entiende que la Ley faculta a las partes a elegir un Derecho no estatal y reconoce que la elección de la expresión “normas de Derecho”, traducción de la inglesa “*rule of Law*” –entre muchas que se utilizan para referirse al mismo fenómeno– fue asumida por influencia de los Principios de La Haya “...con el deliberado objetivo de beneficiarse del gran desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo que se ha producido en torno a ella a partir de su adopción en el mundo arbitral”¹²².

En efecto, el artículo 3 de los Principios de La Haya admite que “las partes pueden elegir, como Derecho aplicable al contrato, normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro”. Según

¹²¹ Ver: Madrid Martínez, *Medios electrónicos de pago...*, ob. cit., pp. 474-475.

¹²² Moreno Rodríguez, José, *Arbitraje comercial y de inversiones. Marco normativo paraguayo. Ley paraguaya sobre contratos internacionales y arbitraje*, Asunción, CEDEP, 2019, pp. 102-103.

Claudia Madrid Martínez

se lee en los comentarios oficiales¹²³, con la expresión “normas de Derecho” se hace referencia a normas que no emanan de fuentes estatales y para garantizar mayor certeza se establecen ciertas características que estas debe tener para resultar aplicables, a la vez que se mantiene como prerrogativa del foro el admitir o no su elección.

Así, en primer lugar, estas normas deben ser de general aceptación a nivel internacional, supranacional o regional, con lo cual se excluyen las normas contenidas en el propio contrato, las cláusulas estándar de una de las partes y el conjunto de condiciones locales específicas de un sector; y se incluirían las normas contenidas en tratados internacionales cuando su aplicación sea resultado de la elección de las partes y las contenidas en instrumentos no vinculantes redactados por organismos internacionales –como el caso de los Principios UNIDROIT– o, a nivel regional, los ya citados Principios europeos o los latinoamericanos –debemos añadir.

El segundo criterio encierra tres características: debe tratarse de un conjunto de normas neutrales y equilibradas. Así, que sea un conjunto de normas, aunque no exige exhaustividad, implica que sean capaces de dar soluciones a “problemas contractuales comunes”. La neutralidad, por su parte, se traduce en que la fuente de las normas sea generalmente reconocida como un órgano neutral e imparcial, es decir, que represente distintas posiciones jurídicas, políticas y económicas. Finalmente, el equilibrio impide “...la elección de un conjunto de normas que beneficien a una de las partes de las operaciones en un sector regional o global concreto”.

Ahora bien, para evitar el solapamiento de las funciones de la *Lex mercatoria* ya descrito en el marco de la Convención de México y de la Ley venezolana, la Ley paraguaya –que se separa de los Principios de La Haya al establecer también el Derecho aplicable a falta de elección– eliminó la parte final del artículo 9 de la Convención, y simplemente refiere, en su artículo 11, a la consideración de los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el Derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos, para luego reproducir, en su artículo 12 bajo el título “Armonización equitativa de intereses”, el contenido del artículo 10 de la Convención.

¹²³ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable*..., ob. cit., pp. 41-43.

Claudia Madrid Martínez

La Ley dominicana, por el contrario, solo admite la función conflictual de la *Lex mercatoria*, al disponer, en la parte final de su artículo 61 que, con el objeto de determinar el Derecho aplicable al contrato en defecto de elección, además de los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el tribunal también tomará en cuenta “...los principios generales del Derecho de los negocios internacionales aceptados por organismos internacionales”.

Lamentablemente no podemos afirmar que la aceptación de la *Lex mercatoria* en los términos descritos sea una tendencia general en América Latina. En Argentina, por ejemplo, el Código Civil y Comercial refiere la aplicación de “...los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional... cuando las partes los han incorporado al contrato” (art. 2651.d), con lo cual su aplicación, en definitiva, depende de la autonomía material de las partes¹²⁴. Si los contratantes no han elegido el Derecho aplicable, “...el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento” (art. 2652). Nos queda la duda sobre si es posible aplicar los usos del lugar de cumplimiento, sin aplicar el Derecho de ese lugar.

En el caso del Código de Derecho internacional privado panameño, la solución parece acercarse a la regulación argentina, en el sentido de excluir la aplicación de la *Lex mercatoria* como consecuencia del ejercicio de la autonomía conflictual. En efecto, de conformidad con el artículo 80,

Es válido entre las partes pactar dentro de los contratos de comercio los usos generales, las costumbres dentro de la actividad comercial y las prácticas reiterativas de carácter internacional conocidas por las partes en calidad de operadores del comercio o agentes económicos dentro de sus relaciones internacionales.

Para que no queden dudas de que se trata del ejercicio de la autonomía material, la propia norma añade, en su aparte único, que “[e]l conjunto de usos, costumbres y prácticas comerciales internacionales es fuente de Derecho y es vinculante desde que se

¹²⁴ Uzal afirma que con esta disposición se completa “...el cuadro de una postura de amplia apertura a la autonomía de la voluntad”, sin especificar si se trata de autonomía material o conflictual. Ver: Uzal, María Elsa, Los contratos internacionales en la Argentina, en: D. Fernández Arroyo / J. Moreno Rodríguez (eds.), *Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)*, Buenos Aires, ASADIP, OEA, 206, pp. 307 ss., especialmente p. 322.

Claudia Madrid Martínez

pacta o se desprende de la actividad natural de comercio”. Este instrumento normativo también contiene una referencia expresa a la posibilidad de aplicar los Principios UNIDROIT, cuando las partes así lo acuerden, “...como regla supletoria al Derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro, en los contratos o relaciones de Derecho comercial internacional” (art. 79). No parece que sea posible utilizar estos Principios a título de *Lex contractus*.

La Ley Modelo de la OHADAC, en su artículo 46, prácticamente repite el artículo 4 del Reglamento Roma I. Sin embargo, a diferencia del instrumento europeo, la Ley Modelo acoge la solución de la Convención de México de conformidad con la cual, “[l]a selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección de la Ley aplicable” (art. 45.1 *in fine*), con esto se rechaza el principio *quid eligit iudicem, eligit ius*.

No obstante el rechazo a esta solución no se tradujo en aceptación a la *Lex mercatoria* en el marco de la Ley Modelo. En efecto, tal como admiten sus comentaristas, la aplicación de la *Lex mercatoria* es rechazada al entender que el Derecho extranjero está constituido por las normas emanadas de un Estado,

...lo que excluye, es obvio, tanto las normas del Derecho internacional público, creadas por el consenso de los Estados, como, en principio, las de la llamada *Lex mercatoria*, nacidas de usos y prácticas de los particulares en el comercio internacional¹²⁵.

Finalmente, vale la pena mencionar el artículo 51 del Proyecto uruguayo, norma que admite la aplicación “cuando corresponda”, de “los usos y principios del Derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales de los que Uruguay forme parte”, con lo cual, de alguna manera, se alinea con la Convención de México.

IV. UN SILENCIO NOTABLE: LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES.

¹²⁵ Vid. Fernández Rozas, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe ...*, ob. cit., p. 305.

Claudia Madrid Martínez

La Convención de México calla respecto de los consumidores, ni siquiera utiliza el adjetivo “comercial” para dejar por fuera los contratos de consumo¹²⁶, como ocurre por ejemplo con los Principios UNIDROIT¹²⁷. Este silencio es particularmente llamativo cuando recordamos que los redactores de la Convención tuvieron como modelo el entonces vigente Convenio de Roma, el cual contenía una norma especial para estos casos que fue considerada en su momento como exitosa¹²⁸. Además, lo cierto es que la Convención Interamericana parece diseñada para regular contratos paritarios, por lo que la doctrina entiende que hubiera sido preferible excluir expresamente los contratos de consumo de su ámbito de aplicación¹²⁹.

La propuesta para terminar con el silencio del sistema interamericano vino de manos del sector académico. En efecto, luego de discusiones, consultas y foros, acompañados por el empeño de la profesora Claudia Lima Marques, se logró consolidar la Propuesta Buenos Aires que contiene el proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo¹³⁰, que habría de ser discutida en la CIDIP VII, pero esta se reunió en la sede de la OEA, en Washington, entre los días 7 y 9 de octubre de 2009 y el tema de los consumidores no fue discutido.

¹²⁶ El Comité Jurídico Interamericano reconoce que “Aunque en algunos ordenamientos jurídicos se hace una distinción entre actividades ‘civiles’ y ‘comerciales’, la intención de esta Guía no es esa, sino excluir los ‘contratos de consumo’, que suelen estar supeditados a normas imperativas en el ámbito de las leyes de protección de los consumidores, y los ‘contratos de empleo’, que generalmente se encuadran en normas especiales de las leyes laborales”. Ver: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 84.

¹²⁷ Ver: UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2016*, Rome, UNIDROIT, 2016, en: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (15/07/2020), p. 2.

¹²⁸ Ver: Moreno Rodríguez, José Antonio, La CIDIP VII y el tema de la protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual de expertos, en: <http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIPVIIproteccionconsumidorjosemorenorodriguez.pdf> (15/07/2020).

¹²⁹ Ver: Siqueiros, Ley aplicable en materia de contratación internacional..., ob. cit., pp. 10, 18 y 37.

¹³⁰ OEA/Ser.G, CP/CAJP-2652/08 add. 4 corr.1, 19 de marzo de 2010 <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VIIIdoctrabajogtproteccionconsumidorversionsimplificadabrasil.pdf> (15/07/2020). Ver desarrollo de los trabajos en: Madrid Martínez, Claudia, Determinación del régimen de los contratos de consumo internacionales: perspectiva interamericana, en: F. Esteban de la Rosa (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 147 ss.

Claudia Madrid Martínez

En 2016, el Comité Jurídico Interamericano emitió una Resolución sobre la protección internacional de los consumidores¹³¹, en la que mediante cinco puntos concretos, resolvió:

1. Reconocer los desafíos enfrentados por los consumidores en sus negociaciones transfronterizas y, consecuentemente, la necesidad frecuente de protección especial de los mismos, incluyendo el acceso a métodos efectivos, eficientes y accesibles de resolución de controversias.
2. Reconocer al mismo tiempo la importancia de preservar la capacidad de vendedores y proveedores de competir en el mercado, a fin de garantizar que los consumidores cuenten con una amplia gama de productos y servicios apropiados a sus necesidades y deseos, asegurando al mismo tiempo su salud, seguridad y necesidad de protección especial.
3. Instar a los países a considerar las recomendaciones de las organizaciones internacionales para adoptar principios y mecanismos apropiados en materia de derecho aplicable, de procedimientos de solución de controversias y de mejores prácticas comerciales para los proveedores de bienes y servicios destinados a los consumidores en transacciones transfronterizas.
4. Enfatizar la necesidad de los Estados de establecer mecanismos de cooperación internacional y de coordinación en el área de protección al consumidor.
5. Concentrar sus esfuerzos en temas relativos a los mecanismos de resolución de conflictos en línea que emergen de transacciones de consumo transfronteriza.

A pesar de estos esfuerzos, el silencio del sistema interamericano en materia de consumidores se mantiene y el objetivo de la Propuesta Buenos Aires de “...otorgar mayor seguridad jurídica a todas las partes en los contratos internacionales de consumo” y proporcionar “...un régimen jurídico en materia de Derecho aplicable, que brinde una protección más favorable y especial para los consumidores en sus contrataciones y transacciones internacionales con los profesionales y proveedores de bienes y servicios”¹³², sigue frustrado.

¹³¹ Ver: CJI/RES. 227 (LXXXIX-O/16), Rio de Janeiro, 3-14 de octubre de 2016, en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_227_LXXXIX-O-16.pdf (15/07/2020).

¹³² CIDIP VII – Protección al Consumidor. Propuesta conjunta brasileña. http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_propuesta_conjunta_brasilena.htm (15/07/2020).

Claudia Madrid Martínez

En el ámbito interamericano, la Ley Modelo OHADAC establece su solución con base en el *Günstigkeitsprinzip*¹³³, al establecer en su artículo 48.2 la aplicación del Derecho elegido por las partes, sin que tal elección pueda "...aminorar los estándares de protección del consumidor previstos en la Ley de la residencia habitual del consumidor". Si las partes no hubieren elegido el Derecho aplicable, será competente el Derecho de la residencia habitual del consumidor.

Los redactores de la Ley Modelo afirman la inconveniencia de excluir totalmente la autonomía conflictual en materia de contratos de consumo, pues estiman que tal exclusión

...acarrearía la necesidad de que los profesionales prestaran una renovada atención al clausulado de sus contratos, pues no serviría ya como elemento homogeneizador de los mismos la inclusión –tan frecuente en la práctica– de una cláusula sobre Ley aplicable, pues esta ya no sería eficaz ni siquiera con respecto a los aspectos que quedan al margen de las normas imperativas de protección de los consumidores. Además, la exclusión de la posibilidad de elegir la Ley aplicable en la práctica podría repercutir negativamente sobre la posición del consumidor, pues la Ley elegida en el marco de la solución aquí adoptada solo se aplica en la medida en que proporcione un régimen más favorable para el consumidor¹³⁴.

Ahora bien, al menos hasta 2014, cuando empiezan a aparecer nuevas legislaciones autónomas en materia de Derecho internacional privado, la mayoría de los sistemas internos trabajaron con las normas de Derecho internacional privado diseñadas para contratos paritarios y con las normas de consumo diseñadas para contratos domésticos, generalmente signadas por una fuerte dosis de orden público¹³⁵. Aun hoy, muchos de los sistemas de la región guardan silencio sobre la materia.

¹³³ Kropholler afirmó que la determinación de la Ley más favorable –*Günstigkeitsprinzip*– supondría una tarea bastante difícil para los jueces, pues el uso de esta conexión abierta requiere la comparación del resultado material de la aplicación hipotética de los varios Derechos conectados con el caso, para solo entonces determinar aquel más favorable a los intereses del consumidor y que, por ello, sería aplicable. Ver: Kropholler, Jan, *Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 4. Auflage, 2001, pp. 137-138.

¹³⁴ Fernández Rozas, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., 259.

¹³⁵ Así, puede verse reseña en: Lima Marques, Claudia, A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado: da necessidade de uma Convenção interamericana sobre a Lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo, en: *El futuro de la Codificación del Derecho internacional privado en América, de la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Córdoba, Alvarone Ediciones, 2005, pp. 105 ss., especialmente pp. 140-144.

Claudia Madrid Martínez

La Ley paraguaya, por su parte, excluye expresamente a los contratos con consumidores, junto con otros contratos asimétricos, cuando delimita su ámbito de aplicación. Así, la Ley, en su artículo 1, dispone

Esta Ley regula la elección de Derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en el ejercicio de su negocio o de su profesión. *Sus disposiciones no se aplican a contratos de consumo, a contratos de trabajo, ni a contratos de franquicia, representación, agencia y distribución (resaltado nuestro).*

Añadiendo los contratos de franquicia, representación, agencia y distribución, esta norma reproduce el contenido del artículo 1.1 de los Principios de La Haya¹³⁶. En estos, la referencia a contratos en los cuales “...cada una de las partes actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional” se entiende hecha a los contratos comerciales, pues es en relación con ellos que “...la autonomía de la voluntad goza de amplia aceptación”. Según ha reconocido la Conferencia de La Haya, la finalidad de los Principios “...es promover la autonomía de la voluntad e incorporarla a los contratos internacionales, pero solo en aquellas situaciones en las que ambas partes intervienen como profesionales y se minimiza, por tanto, el riesgo de abuso de dicha autonomía”¹³⁷.

La Ley panameña de Derecho internacional privado, por su parte, empieza por calificar la categoría “contratos desiguales” como aquellos “...que no sean entre comerciantes en los que la parte más débil no tiene facultad para negociar las cláusulas esenciales...”, entre las que se incluyen las cláusulas que fijan el precio, las condiciones de ejecución del contrato y las cláusulas de solución de conflictos (art. 84). En esta categoría se incluiría, aunque no de manera exclusiva, los contratos de trabajo y los contratos con consumidores (art. 85).

El reconocimiento de esta categoría parte de la idea según la cual, “[l]a libertad contractual no puede ser absoluta dentro de una relación entre desiguales o en donde exista un poder económico que imponga una subordinación a la otra parte”¹³⁸. Por ello,

¹³⁶ “Estos Principios se aplican a la elección del Derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional. No se aplican a los contratos de consumo ni a los contratos de trabajo”.

¹³⁷ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 29-30.

¹³⁸ Boutin, Gilberto, El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho internacional privado panameño, en: D. Fernández Arroyo / J. Moreno Rodríguez (eds.), *Contratos internacionales*

Claudia Madrid Martínez

la Ley panameña no parece consagrar la autonomía en materia de contratos con consumidores.

Este tipo de contratos son sometidos, por el encabezamiento del artículo 90 de la Ley panameña, al Derecho de lugar de celebración del contrato. Sin embargo, luego de resolver el tema de la jurisdicción –permitiéndole al consumidor elegir entre los tribunales de su domicilio, los del lugar de conclusión del contrato o los que le sean más favorables, “...en función del principio del interés superior del consumidor”, en el último párrafo de la propia norma, define la Ley más favorable al consumidor como aquella que brinde “...la reparación y protección más apropiada al interés del consumidor”. No queda claro, no obstante, la función de este criterio en la determinación del Derecho aplicable a las relaciones de consumo.

Boutin, reconocido como el autor de la Ley, se limita a describir la solución del artículo 90 como una norma de conflicto en cascada, que es la expresión utilizada por la doctrina alemana –*Kaskadenanknüpfung* o *Anknüpfungsleiter*– para referirse a las conexiones subsidiarias¹³⁹. No obstante, el autor no explica las soluciones, y simplemente concluye que

[e]l temperamento, de la legislación de Derecho internacional privado, en este dominio es poder atemperar los excesos de ventas sin escrúpulos al consumidor víctima de su transitoriedad o ausente de toda información que le pudiera tener la reserva de que con quien negocia o contrata¹⁴⁰.

Por su parte, en Argentina, la necesidad de proteger al consumidor como parte débil del contrato es reconocida por la doctrina como un punto de inflexión para la autonomía conflictual, por lo que el funcionamiento de esta conexión es excluido en materia de contratos de consumo¹⁴¹. Consecuente con esta idea, cuando el artículo 2651 del Código Civil y Comercial reconoce a la autonomía conflictual un rol fundamental en la determinación del Derecho aplicable al contrato y establece sus directrices de funcionamiento, expresamente termina por disponer que “[e]ste artículo no se aplica a

(entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos), Buenos Aires, ASADIP, OEA, 206, pp. 203 ss., especialmente, p. 221.

¹³⁹ Kropholler, *Internationales Privatrecht...*, ob. cit., p. 138.

¹⁴⁰ Boutin, *El régimen jurídico de los contratos...*, ob. cit., pp. 223-224.

¹⁴¹ Uzal, *Los contratos internacionales en la Argentina...*, ob. cit., pp. 322-323.

los contratos de consumo”.

El Derecho aplicable a los contratos con consumidores es establecido por el artículo 2655 del citado Código, norma que distingue entre consumidores activos y pasivos. En el caso de estos últimos, los contratos de consumo estarán sometidos al Derecho del domicilio del consumidor, siempre que la conclusión del contrato haya sido precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y este haya cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; el proveedor haya recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; el consumidor haya sido inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; o, en el supuesto de los contratos de viaje, por un precio global, se incluyan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

En los demás casos, es decir, en el caso de los consumidores activos, los contratos de consumo se rigen por el Derecho del lugar de cumplimiento y, en caso de no poder determinarse, por el Derecho del lugar de celebración, con lo cual quedan sometidos al Derecho aplicable a los contratos en general, cuando no se ha elegido el Derecho aplicable, de conformidad con el artículo 2652 del mismo Código.

La Ley dominicana, por su parte, dispone en su artículo 63 que los contratos celebrados por consumidores se rijan por la Ley del país donde habitualmente se realiza la actividad. Sin embargo, la propia norma da cabida a la posibilidad de elegir el Derecho aplicable al contrato, cuando admite que, en defecto de elección, se aplicará Derecho de la residencia habitual del consumidor y añade, en su aparte único, que, en estos casos,

...la elección por las partes de la Ley aplicable no podrá aminorar los estándares de protección del consumidor previstos en la Ley de su residencia habitual, en aquellos casos en que el cocontratante tenga un establecimiento comercial en dicho país o de cualquier forma haya dirigido su actividad comercial hacia dicho país.

No nos queda claro, no obstante, el papel a desempeñar por el Derecho del lugar donde se realiza la actividad, pues entrando en juego la autonomía conflictual y

Claudia Madrid Martínez

estableciéndose claramente el Derecho de la residencia habitual del consumidor como aplicable a falta de elección, poco espacio queda para aquella¹⁴².

El artículo 50 del Proyecto uruguayo excluye, entre otros, a los contratos con consumidores de la aplicación de las reglas generales en materia de contratos que, como afirmamos *supra*, consagran a la autonomía conflictual como conexión principal. El Proyecto establece en el inciso 5 del propio artículo 50, una norma especial de conformidad con la cual

Los contratos otorgados en relaciones de consumo se rigen:

- a) Por la Ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan por parte del consumidor.
- b) En caso de que los bienes se adquieran o los servicios se utilicen en más de un país o no pudiere por otras circunstancias determinarse dicha Ley, se regirán de conformidad por la Ley del lugar del domicilio del consumidor.
- c) En los contratos celebrados a distancia, así como cuando la celebración ha sido precedida de ofertas o publicidad específica en el domicilio del consumidor, se aplicará la Ley de este Estado, siempre que el consumidor hubiere prestado su consentimiento en él.

La Ley venezolana, tal como la Convención de México, tampoco reguló expresamente estas relaciones, por lo que la doctrina ha aceptado la necesidad de recurrir a la regla general en materia de contratos, signada por la voluntad conflictual o, en su caso, del principio de proximidad, y a las normas internacionalmente imperativas para evitar lesiones en los derechos de los consumidores¹⁴³.

¹⁴² Poca claridad aporta la doctrina que, en algunos casos se limita a parafrasear la norma. Ver: Ortiz de la Torre, José Antonio Tomás, *El nuevo Derecho Internacional Privado de la República Dominicana*, en: *Anales de la Real Academia de Doctores*, 2018, pp. 250 ss., especialmente p. 268.

¹⁴³ Ver: Madrid Martínez, Claudia, *La protección internacional del consumidor, o de como el Derecho internacional privado puede influir en la conducta de los proveedores de bienes y servicios*, en: A. do Amaral Junior / L. Klein Vieira (coords.), *El Derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá, Ibáñez, 2016, pp. 155 ss.

CONCLUSIONES

La Ley venezolana es aún hoy, a 21 años de su entrada en vigor, un referente obligatorio en la regulación de los contratos internacionales. La amplísima aceptación de la autonomía conflictual, la flexibilidad inyectada por el sistema y la posibilidad de recurrir a los diversos componentes de la *Lex mercatoria* en sede judicial, son ejemplo de la actualidad de sus soluciones. Tiene vacíos, sí, pero siendo el juez el gran protagonista de su aplicación y teniendo este a su disposición la posibilidad de aplicar, en caso de lagunas, los principios del Derecho internacional privado generalmente aceptados –ex artículo 1– esto no es un problema que impida u obstaculice la eficacia de sus soluciones.

Sería deseable contar con regulación especial para algunos tipos contractuales, particularmente aquellos en los que las partes no dispongan de igual o semejante poder de negociación, es decir, en el caso de contratos no bilateralmente negociados como ocurre con los contratos con consumidores. No obstante, de momento, el sistema puede funcionar con la barrera de las normas internacionalmente imperativas.

Todo sistema es mejorable, el venezolano no escapa a esta afirmación, pero cuando lo miramos en el contexto latinoamericano, con normas aprobadas a partir de 2014, con normas provenientes de importantes foros de codificación universal, no tenemos más que reconocer las bondades de un sistema que ha alcanzado la madurez. Esto no queda en entredicho por el hecho de que la actividad judicial no parezca haberse dado cuenta de ello, pues en Derecho internacional privado, como en Derecho venezolano en general, la jurisprudencia es eminentemente procesal.

BIBLIOGRAFÍA

ALBORNOZ, María Mercedes, Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement 'Rome I', en: *Journal du Droit International*, 2012

BOUTIN, Gilberto, El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho internacional privado panameño, en: D. Fernández Arroyo / J. Moreno Rodríguez (eds.), *Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)*, Buenos Aires, ASADIP, OEA, 206, pp. 203 ss., especialmente, p. 221.

CIDIP VII – Protección al Consumidor. Propuesta conjunta brasileña. http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_propuesta_conjunta_brasilena.htm (15/07/2020).

CJI/RES. 227 (LXXXIX-O/16), Rio de Janeiro, 3-14 de octubre de 2016, en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_227_LXXXIX-O-16.pdf (15/07/2020).

DAVID, René, I. The Problem of the International Unification of Private Law, en: U. Drobnig / R. David / H. H. Egawa / R. Graveson / V. Knapp / A. T. von Mehren / Y. Noda / S. Rozmaryn / V. M. Tschchikvadze / H. Valladão / H. Yntema / K. Zweigert (eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971

Decreto 410 de 1971 (marzo 27), mediante el cual se expide el Código de Comercio, Diario Oficial No. 33.339, 16 de junio de 1971.

DELAUME, Georges M., *Transnational contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes (A study in conflict avoidance)*, New York, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 1988-1990, Booklet 4

GIULIANO, Mario / Paul Lagarde, Informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, en: *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 327, 11 de diciembre de 1992

Claudia Madrid Martínez

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, La contratación mercantil internacional a la luz de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994), en: *IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Visión contemporánea del Derecho mercantil venezolano*, Valencia, Vadell Hermanos Editores, 1998

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Hernández-Bretón, Eugenio, Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional, en: *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, 2005, Vol. 17, pp. 11 ss., especialmente pp. 25-26.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., pp. 85-86.

JUENGER, Friedrich K., General Cours on Private International Law, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1983, Tome 193

KEGEL, Gerhard / Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 9ª ed., 2004, p. 653; Romero, Fabiola, Derecho aplicable al contrato internacional, en: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, Tomo I

LAGARDE, Paul, Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain : Cours générale de Droit international privé, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1986 I, Tome 196

LEIBLE, Stefan, La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales, en: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, No. 1

Ley 1563 de 2012 (julio 12), por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial No. 48.489, 12 de julio de 2012.

Claudia Madrid Martínez

LIMA MARQUES, Claudia, A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado: da necessidade de uma Convenção interamericana sobre a Lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo, en: *El futuro de la Codificación del Derecho internacional privado en América, de la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Córdoba, Alvarone Ediciones, 2005, pp. 105 ss

MADRID MARTÍNEZ, Claudia, Determinación del régimen de los contratos de consumo internacionales: perspectiva interamericana, en: F. Esteban de la Rosa (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 147 ss.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia, La protección internacional del consumidor, o de como el Derecho internacional privado puede influir en la conducta de los proveedores de bienes y servicios, en: A. do Amaral Junior / L. Klein Vieira (coords.), *El Derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá, Ibáñez, 2016, pp. 155 ss

MAEKELT, Tatiana, Aplicación práctica de los Principios de UNIDROIT en el sistema venezolano de derecho internacional privado, en: *El Derecho internacional en tiempos de globalización, Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, Mérida, Universidad de Los Andes, Publicaciones Vicerrectorado Académico, Tomo I, Derecho internacional privado, 2005, pp. 209 s

MAEKELT, Tatiana, La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en: P. Borba Casella (coord.), *Dimensão Internacional do Direito. Estudos em Homenagem a G. E. do Nascimento e Silva*, São Paulo, LTR, 2000

MARTINY, Dieter, VO (EG) 593/2008 Art. 3 Freie Rechtswahl, en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, 5. Auflage, 2010

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, La CIDIP VII y el tema de la protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual de expertos, en:

Claudia Madrid Martínez

<http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIPVIIproteccionconsumidorjosemorenorodriguez.pdf> (15/07/2020).

MORENO RODRÍGUEZ, José, *Arbitraje comercial y de inversiones. Marco normativo paraguayo. Ley paraguaya sobre contratos internacionales y arbitraje*, Asunción, CEDEP, 2019, pp. 102-103.

OCHOA MUÑOZ, Javier, Artículo 31. Aplicación de la *Lex mercatoria*, en: T. Maekelt / I Esis / C. Resende (eds.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. II, pp. 805 ss., especialmente pp. 807-809.

OEA/Ser.G, CP/CAJP-2652/08 add. 4 corr.1, 19 de marzo de 2010
<http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VIIIdoctrabajogtproteccionconsumidorversionsimplificadabrasil.pdf> (15/07/2020).

ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás, El nuevo Derecho Internacional Privado de la República Dominicana, en: *Anales de la Real Academia de Doctores*, 2018, pp. 250 ss., especialmente p. 268.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo, La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V, México, 1994), en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 1995, No. 130, pp. 97 ss., especialmente p. 145, nota 78.

PÉREZ LOOSE, Hernán, Ecuador, en: J. Basedow / G. Rühl / F. Ferrari / P. de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, Edward Elgar Publishing, Inc., 2017

SAMTLEBEN, Jürgen, El enigma del artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado, en: F. Parra Arangure (ed.), *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Colección Libros Homenaje No. 1, *Addendum*, pp. 355 ss.,

Claudia Madrid Martínez

SIQUEIROS, José Luis, Ley aplicable en materia de contratación internacional, en: *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, OEA/Ser.Q./CJI/RES.II-6/91, de fecha 31 de julio de 1991.

UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2016*, Rome, UNIDROIT, 2016, en: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (15/07/2020), p. 2.

UZAL, María Elsa, Los contratos internacionales en la Argentina, en: D. Fernández Arroyo / J. Moreno Rodríguez (eds.), *Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)*, Buenos Aires, ASADIP, OEA, 2006, pp. 307 ss., especialmente p. 322.

ZAPATA GIRALDO, Adriana, Colombia, en: J. Basedow / G. Rühl / F. Ferrari / P. de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, Edward Elgar Publishing, Inc., 2017