



- Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales

- **Principios
sobre la elección
del Derecho
aplicable
en materia de
contratos
comerciales
internacionales**

Publicado por

la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
Oficina Permanente
Churchillplein, 6b
2517 JW La Haya,
Países Bajos

 +31 70 363 3303
 +31 70 360 4867
secretariat@hcch.net
www.hcch.net

© Hague Conference on Private International Law 2016

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en un sistema de archivo y recuperación de datos ni transmitida de ninguna forma ni por ningún medio, incluidos fotocopiado y grabación, sin el permiso escrito del titular del derecho de propiedad intelectual.

La traducción a la lengua española fue realizada por la Oficina de Interpretación y Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores de España, a quien se agradece su apoyo y contribución. La traducción fue revisada por la Oficina Permanente.

ISBN 978-94-90265-69-4

Impreso en La Haya, Países Bajos



Índice

<i>Preámbulo</i>		7
<i>Elaboración de los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales</i>		9
<i>Lista de los expertos participantes en el Grupo de Trabajo</i>		13
<i>Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales</i>		17
Preámbulo		17
Artículo 1	Ámbito de aplicación de los Principios	17
Artículo 2	Libertad de elección	18
Artículo 3	Normas de Derecho	18
Artículo 4	Elección expresa o tácita	18
Artículo 5	Validez formal de la elección del Derecho aplicable	18
Artículo 6	Acuerdo sobre la elección del Derecho aplicable y conflicto entre formularios (<i>battle of forms</i>)	18
Artículo 7	Separabilidad	19
Artículo 8	Exclusión del reenvío	19
Artículo 9	Ámbito de aplicación del Derecho elegido	19
Artículo 10	Cesión de crédito	20
Artículo 11	Leyes de policía y orden público	20
Artículo 12	Establecimiento	20
<i>Comentario relativo a los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales</i>		21
Lista de fuentes abreviadas		21
Introducción		23
Acuerdos de elección del Derecho aplicable		23
Naturaleza de los Principios		24
Objeto y ámbito de los Principios		25
Contenido de los Principios		25
Operadores previstos de los Principios		27
Preámbulo		28
Artículo 1	Ámbito de aplicación de los Principios	29
Introducción		29
Fundamento		29

Limitación a los contratos comerciales	30
Exclusión de los contratos de consumo y de los contratos de trabajo	31
Carácter internacional	32
Determinación del carácter internacional	32
Factores irrelevantes	33
Artículo 2 Libertad de elección	36
Introducción	36
Fundamento	37
Libertad de elección	37
Elección parcial o múltiple del Derecho aplicable	37
Alcance temporal y modificación de la elección del Derecho aplicable	39
No exigencia de vínculo	40
Artículo 3 Normas de Derecho	41
Introducción	41
Aceptación general a nivel internacional, supranacional o regional	42
Conjunto de normas neutrales y equilibradas	42
Usos comerciales	43
Salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro	43
Normas supletorias	43
Artículo 4 Elección expresa o tácita	44
Introducción	44
Cuestiones generales relativas a la elección del Derecho aplicable	44
Elección expresa del Derecho aplicable	45
Elección tácita del Derecho aplicable	46
Elección tácita del Derecho aplicable que resulta claramente de las disposiciones del contrato	46
Cláusula de elección de foro y elección tácita del Derecho aplicable	47
Cláusula de arbitraje y elección tácita del Derecho aplicable	48
Circunstancias que indican una elección tácita del Derecho aplicable	48
Grado de rigor del criterio para que se considere que existe una elección tácita del Derecho aplicable	49
Modificación de la elección del Derecho aplicable	49
Ausencia de elección del Derecho aplicable	49
Artículo 5 Validez formal de la elección del Derecho aplicable	50
Introducción	50
Inexistencia de requisitos relativos a la forma de la elección del Derecho aplicable	50
Norma sustantiva de Derecho internacional privado	51
Relación con otras disposiciones relativas a la validez formal	51
Acuerdo en contrario	52
Artículo 6 Acuerdo sobre la elección del Derecho aplicable y conflicto entre formularios (<i>battle of forms</i>)	53
Introducción	53
Aplicación del Derecho presuntamente elegido	53
Elección del Derecho aplicable mediante cláusulas estándar	54

Elección del Derecho aplicable en caso de conflicto entre formularios modelo (<i>battle of forms</i>)	54
a) <i>Situaciones que presentan un falso conflicto: artículo 6(1)(b), 1.ª parte</i>	55
b) <i>Situaciones que presentan un verdadero conflicto: artículo 6(1)(b), 2.ª parte</i>	56
Cuestiones generales	57
Los Principios y la CCVIM	58
Cláusula de excepción limitada	59
Artículo 7 Separabilidad	60
Introducción	60
La elección del Derecho aplicable de las partes, considerada de forma autónoma del contrato al que se aplica	60
Ámbito de aplicación de la norma	61
La separabilidad como norma ampliamente reconocida	61
La elección de Derecho aplicable de las partes no se puede impugnar "solo sobre la base de que el contrato al que se aplica no es válido"	62
Existencia de un vicio que afecta tanto al acuerdo de elección del Derecho aplicable como al contrato principal	63
Artículo 8 Exclusión del reenvío	63
Introducción	63
Exclusión del reenvío	64
Inclusión expresa de las normas de conflicto de leyes	65
Artículo 9 Ámbito de aplicación del Derecho elegido	66
Introducción	66
Ámbitos concretos	66
Validez formal	68
Artículo 10 Cesión	69
Introducción	69
Determinación y aplicación de los Principios a la resolución de los problemas que plantean las cesiones	70
Precedentes internacionales	72
Cuestiones conexas	72
Artículo 11 Leyes de policía y orden público	73
Introducción	73
Relación entre el artículo 11 y el principio de autonomía de la voluntad	74
La relación entre las leyes de policía y el orden público	75
Leyes de policía del Derecho del foro	76
Leyes de policía de otro ordenamiento jurídico	77
Orden público del foro	79
Orden público de un Estado cuyo Derecho sería de aplicación en ausencia de elección de Derecho	81
Tribunales arbitrales: orden público y leyes de policía	82
Artículo 12 Establecimiento	82
Introducción	82
Fundamento	83
Concepto de establecimiento	83
Momento en el que debe determinarse el "establecimiento" de una empresa	83



Preámbulo

Me satisface presentar la publicación de los *Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales* (los “Principios de La Haya”), el primer instrumento normativo no vinculante elaborado y aprobado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Además de los 12 artículos de los Principios y el preámbulo, la presente publicación contiene una introducción donde se describe el marco general de los Principios de La Haya, su naturaleza, objetivo, estructura y ámbito de aplicación, así como también un comentario artículo por artículo, que constituye una herramienta interpretativa y explicativa con la que se pretende lograr un mayor nivel de entendimiento de los Principios.

El objeto esencial de los Principios de La Haya consiste en promover la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos comerciales internacionales. La autonomía de la voluntad reconoce que las partes en un contrato son quienes mejor pueden juzgar y determinar qué conjunto de normas jurídicas mejor se adecúa a su negocio, por lo que aporta una mayor previsibilidad y seguridad jurídica: condiciones esenciales para garantizar la efectividad de las operaciones comerciales internacionales. Los Principios de La Haya establecen, asimismo, límites razonables a la autonomía de la voluntad. Por ello, también pueden ofrecer una mejor demarcación del mismo en los ordenamientos en los que este concepto ya está reconocido. En lo que respecta al fondo, se puede considerar que los Principios constituyen un código de las buenas prácticas actuales a nivel internacional sobre la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales.

Los trabajos relativos a los Principios de La Haya comenzaron en 2006, cuando el Consejo de Asuntos Generales y Política de La Conferencia invitó a la Oficina Permanente a realizar un estudio sobre la viabilidad de elaborar un instrumento sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales (se presenta una breve síntesis de la evolución de los Principios de La Haya en la p. 9). En 2009, el Consejo encargó a la Oficina Permanente conformar un Grupo de Trabajo con expertos en Derecho internacional privado, Derecho comercial internacional y Derecho arbitral internacional, con el objetivo de redactar un instrumento no vinculante sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. Este Grupo de Trabajo mantuvo reuniones periódicas entre 2010 y 2012 bajo la excelente presidencia de Daniel Girsberger (Suiza) y redactó los 12 artículos del instrumento. Luego, en noviembre de 2012, se llevó a cabo una reunión de Comisión Especial para examinar el proyecto. La Comisión aprobó el proyecto y encomendó al Grupo de Trabajo la redacción de un comentario de los artículos. Gracias a los esfuerzos de varios expertos que emprendieron el trabajo de redacción de las distintas partes del comentario, y a la continuación de los debates en el marco del Grupo de Trabajo, la labor relativa a la totalidad del instrumento (introducción, preámbulo, artículos y comentario) quedó terminada en 2014. El 19 de marzo de 2015, los Miembros de la Conferencia de La Haya aprobaron oficialmente los Principios de La Haya.

Los Principios de La Haya no son vinculantes, sino que ofrecen un marco global que sirve de guía para establecer, reformar o interpretar regímenes de elección de Derecho aplicable a nivel nacional, regional e internacional. En este sentido, la utilidad de los Principios ya quedó demostrada a principios de 2015, cuando el legislador de Paraguay los tomó como modelo y promulgó una ley sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales.

La Oficina Permanente espera que otros Estados sigan esta iniciativa de vanguardia y que, de esta forma, se reafirme el valor de los Principios de La Haya como ley modelo. En julio de 2015 se obtuvo otra importante señal de aprobación por parte de la comunidad jurídica internacional: los Principios recibieron el apoyo formal de la CNUDMI.

Los Principios de La Haya son el resultado de un verdadero esfuerzo colectivo. El extraordinario compromiso, la dedicación y la amplitud de la labor de cada miembro del Grupo de Trabajo, así como de los expertos que participaron en la Comisión Especial de 2012, resultaron indispensables para el desarrollo de este proyecto. La participación activa de un grupo de observadores *ad hoc* enriqueció el proceso de redacción y permitió situarlo en contexto cada año (se presenta una lista de los expertos que participaron en el proceso en la p. 13). Merece destacarse el papel clave que desempeñó Daniel Girsberger como presidente del Grupo de Trabajo y de la Comisión Especial de 2012. Su experto liderazgo durante estos años, junto con la ayuda de Marta Pertegás, jurista a cargo del proyecto en la Oficina Permanente, resultó esencial para el desarrollo de este importante instrumento de la Conferencia de La Haya.

En nombre de la Oficina Permanente, y a título personal, quisiera expresar nuestro más sentido agradecimiento a todos los miembros del Grupo de Trabajo y a los demás expertos que participaron en la redacción de los Principios. También corresponde un especial agradecimiento a los muchos colegas y pasantes de la Oficina Permanente por las importantes contribuciones realizadas a este proyecto. Si bien son demasiados como para nombrarlos uno por uno, sabrán reconocerse como partes integrantes de la comunidad cada vez más numerosa de “embajadores de los Principios de La Haya” de todo el mundo. No tengo ninguna duda de que esta publicación será de utilidad para la promoción, la difusión y la aplicación de los Principios de La Haya en el mundo entero.

Christophe Bernasconi | *Secretario General*

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado



Elaboración de los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales

Junio de 2006

La Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia invitó a la Oficina Permanente a realizar un estudio sobre la viabilidad de elaborar un instrumento relativo a la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. El estudio debía centrarse, en particular, en evaluar si existía una necesidad concreta de elaborar dicho instrumento¹.

Enero de 2007

La Oficina Permanente envió cuestionarios a los Estados miembros y entidades interesadas en el mundo del arbitraje comercial internacional a fin de evaluar si existía una necesidad concreta de elaborar un instrumento relativo a la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales².

Marzo de 2007

En base a las respuestas recibidas de los distintos grupos, la Oficina Permanente realizó una serie de estudios de viabilidad. Con estos estudios no solo se pretendía evaluar el panorama general y analizar los instrumentos existentes³ –sobre todo en materia de arbitraje internacional⁴–, sino también anticipar los posibles problemas o desventajas que presentaría un futuro instrumento relativo a la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales⁵.

¹ *Conclusions adopted by the Special Commission on General Affairs and Policy of the Conference* (3-5 de abril de 2006), Doc. Prel. N° II de junio de 2006, párrafo 2.

² *Questionnaire addressed to Member States to examine the practical need for the development of an instrument concerning choice of law in international contracts*, preparado por la Oficina Permanente, enero de 2007; *Questionnaire addressed to stakeholders in the field of international commercial arbitration to examine the practical need for the development of an instrument concerning choice of law in international contracts*, preparado por la Oficina Permanente, enero de 2007.

³ T. KRUGER, *Feasibility study on the choice of law in international contracts – overview and analysis of existing instruments*, Prel. Doc. N° 22 B de marzo de 2007 a la atención del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de 2007.

⁴ I. RADIC, *Feasibility study on the choice of law in international contracts – special focus on international arbitration*, Prel. Doc. N° 22 B de marzo de 2007 a la atención del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de 2007.

⁵ *Feasibility study on the choice of law in international contracts – report on work carried out and preliminary conclusions*, preparado por la Oficina Permanente, Prel. Doc. N° 22 A de marzo de 2007 a la atención del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de 2007.

Abril de 2008

El Consejo invitó a la Oficina Permanente a continuar con el estudio de este tema relativo a los contratos comerciales internacionales con el objetivo de promover la autonomía de la voluntad de las partes. Se solicitó a la Oficina Permanente trabajar en cooperación con las organizaciones internacionales y los expertos interesados relevantes para examinar la viabilidad de redactar un instrumento no vinculante sobre esta materia, así como, en especial, la forma que podría revestir dicho instrumento⁶.

Marzo de 2009

La Oficina Permanente difundió un informe sobre los trabajos realizados y una propuesta de programa de trabajo para la elaboración de un futuro instrumento, documento en el cual se presentó un posible plan de acción para la elaboración de un instrumento no vinculante sobre el Derecho aplicable en materia de contratos internacionales⁷.

Marzo – abril de 2009

El Consejo invitó a la Oficina Permanente a continuar la labor de promoción de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratos comerciales internacionales. En particular, se invitó a la Oficina Permanente a conformar un grupo de trabajo con expertos en Derecho internacional privado, Derecho comercial internacional y Derecho arbitral internacional, y a facilitar la elaboración de un proyecto de instrumento no vinculante en el ámbito de este grupo de trabajo⁸.

Enero de 2010

El Grupo de Trabajo sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales (el “Grupo de Trabajo”) se reunió por primera vez en La Haya y delineó el ámbito de aplicación del futuro instrumento⁹.

Abril de 2010

El Consejo invitó al Grupo de Trabajo a continuar su trabajo relativo a la elaboración progresiva de un proyecto de instrumento de naturaleza no vinculante¹⁰.

⁶ Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (1-3 de abril de 2008), en particular en el apartado sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales.

⁷ *Report on work carried out and suggested work programme for the development of a future instrument*, preparado por la Oficina Permanente, Prel. Doc. N° 7 de marzo de 2009 a la atención del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de marzo / abril de 2009.

⁸ Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (31 de marzo - 2 de abril de 2009), en particular en el apartado sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales.

⁹ *Report of the First Meeting of the Working Group on Choice of Law in International Contracts (21-22 de enero de 2010)*.

¹⁰ *Conclusions and Recommendations adopted by the Council of General Affairs and Policy of the Conference (7-9 de abril de 2010)*, en particular en el apartado sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales.

Noviembre de 2010

El Grupo de Trabajo se reunió por segunda vez en La Haya y los expertos establecieron el texto provisional de ciertas disposiciones del proyecto de instrumento¹¹.

Abril de 2011

El Consejo decidió que, en una etapa posterior, una Comisión Especial examinara el proyecto de los artículos y el comentario elaborado por el Grupo de Trabajo¹².

Junio de 2011

El Grupo de Trabajo se reunió por tercera vez en La Haya y los expertos finalizaron el proyecto de los artículos del futuro instrumento. Asimismo, identificaron cuestiones relevantes que, bien serían recogidas en un documento específico en el cual se explicarían las decisiones estratégicas realizadas (conforme fue solicitado por el Consejo), bien serían tratadas en mayor profundidad en el comentario¹³.

Abril de 2012

El Consejo decidió establecer una Comisión Especial con el fin de evaluar las propuestas del Grupo de Trabajo y ofrecer recomendaciones sobre medidas futuras, en particular, la decisión sobre la forma que debía revestir el instrumento no vinculante y el proceso a seguir para terminar la labor relativa al comentario¹⁴.

Noviembre de 2012

Se convocó a una reunión de Comisión Especial en La Haya a fin de evaluar el trabajo realizado por el Grupo de Trabajo. Se encomendó a la Comisión Especial revisar exhaustivamente el proyecto de los Principios. La versión revisada de los Principios fue aprobada por unanimidad y se formularon una serie de recomendaciones dirigidas al Consejo con respecto a la finalización del instrumento¹⁵.

¹¹ *Report on the Second Meeting of the Working Group on Choice of Law in International Contracts* (15-17 de noviembre de 2010).

¹² *Conclusions and Recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference* (5-7 de abril de 2011), en particular en el apartado sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales.

¹³ *Report of the Third Meeting of the Working Group on Choice of Law in International Contracts* (28-30 de junio de 2011).

¹⁴ *Conclusions and Recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference* (17-20 de abril de 2012), en particular en el apartado sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales.

¹⁵ *Draft Hague Principles as approved by the November 2012 Special Commission meeting on choice of law in international contracts and Recommendations for the commentary.*

Abril de 2013

El Consejo dio su aprobación preliminar al proyecto de los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales y encomendó al Grupo de Trabajo finalizar el Comentario. Luego se invitó al Consejo a dar su aprobación definitiva al todo conformado por los Principios y el Comentario, o a remitirlo a la Comisión Especial de ser necesario¹⁶.

Junio de 2013

El Grupo de Trabajo se reunió en La Haya por quinta vez. Durante esta reunión los expertos se centraron en la redacción del Comentario¹⁷.

Enero 2014

El Grupo de Trabajo se reunió por quinta vez en La Haya. Los expertos continuaron y concluyeron los debates respecto del texto del Comentario que acompaña al proyecto de los Principios de La Haya. Dentro del Grupo de Trabajo se estableció un comité de redacción encargado de finalizar el texto del proyecto de Comentario con la asistencia de la Oficina Permanente¹⁸.

Abril de 2014

Con posterioridad a la reunión del Consejo de abril de 2014 se estableció un proceso de consulta sobre el proyecto de instrumento y se invitó a los Estados miembros a remitir sus comentarios por escrito. De no presentarse objeciones en un plazo de 60 días, el instrumento quedaría aprobado¹⁹.

Marzo de 2015

Ante la ausencia de objeciones durante este proceso de consulta, los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales fueron aprobados oficialmente el 19 de marzo de 2015.

¹⁶ *Conclusions and Recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference* (9-11 de abril de 2013).

¹⁷ *Report of the Fourth Meeting of the Working Group on Choice of Law in International Contracts* (24-26 de junio de 2013).

¹⁸ *Report of the Fifth Meeting of the Working Group on Choice of Law in International Contracts* (27-28 de enero de 2014); *The draft Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, Prel. Doc. N° 6 de marzo de 2014 a la atención del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de abril de 2014.

¹⁹ *Conclusions and Recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference* (8-10 de abril de 2014), en particular en el apartado sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales.



Lista de los expertos participantes en el Grupo de Trabajo

Miembros del Grupo de Trabajo (determinados expertos fueron los principales autores de los comentarios relativos a ciertos artículos en particular, lo cual se indica mediante un * a continuación)

Neil B. COHEN, Catedrático de Derecho, Brooklyn Law School, Brooklyn, Nueva York, Estados Unidos (miembro del Comité de Edición, *artículo 10)

Clyde CROFT, Tribunal Superior de Victoria, Melbourne, Australia

Sibidi Emmanuel DARANKOUM, Catedrático de Derecho, University of Montreal, Montreal, Quebec, Canadá

Andrew DICKINSON, *Fellow* del St. Catherine's College y Catedrático de Derecho, University of Oxford, Oxford, Reino Unido (*artículo 11)

Ahmed Sadek EL KOSHERI, socio de Kosheri, Rashed & Riad, Legal Consultants & Attorneys at Law, El Cairo, Egipto

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Catedrática de Derecho, Université Paris II Panthéon-Assas, París, Francia (miembro del Comité de Edición, *artículo 7)

Lauro GAMA E. SOUZA Jr., abogado especialista en Derecho internacional y arbitraje comercial; profesor asociado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Río de Janeiro, Brasil (*artículos 2 y 3)

Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España (*artículos 1, 9 y 12)

Daniel GIRSBERGER, Catedrático, Universität Luzern, Facultad de Derecho, Lucerna, Suiza (presidente del Grupo de Trabajo, miembro del Comité de Redacción, *Introducción y artículo 10)

Yujun GUO, Catedrática de Derecho, Wuhan University, Instituto de Derecho Internacional, Wuhan, China

Thomas KADNER GRAZIANO, Catedrático, Université de Genève, Facultad de Derecho, Ginebra, Suiza (miembro del Comité de Edición, *artículo 6)

Marielle E. KOPPENOL-LAFORCE, Catedrática de Derecho, Universiteit Leiden; Abogada (contratos, arbitraje y procesos internacionales), Houthoff Buruma, Róterdam, Países Bajos (*artículo 6)

Dieter MARTINY, Profesor Emérito de Derecho, Europa-Universität Viadrina, Fráncfort del Óder; investigador visitante del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburgo, Alemania (*artículos 4, 5 y 8)

Campbell McLACHLAN, Catedrático de Derecho, Victoria University of Wellington, Wellington, Nueva Zelanda

José Antonio MORENO RODRÍGUEZ, Catedrático, CEDEP – Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Asunción (Paraguay); miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Jan L. NEELS, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, University of Johannesburg, Sudáfrica (*Preámbulo, artículos 4 y 5)

Yuko NISHITANI, Catedrática, Kyushu University, Facultad de Derecho, Fukuoka, Japón (*artículos 1, 8 y 12)

Richard F. OPPONG, Catedrático Adjunto de Derecho, Facultad de Derecho, Thompson Rivers University, Kamloops, Columbia Británica, Canadá (*artículo 9)

Geneviève SAUMIER, Catedrática de Derecho, McGill University, Facultad de Derecho, Montreal, Quebec, Canadá (presidente del Comité de Redacción de la Comisión Especial, miembro del Comité de Edición, *artículos 2, 3 y 11)

Symeon C. SYMEONIDES, titular de la Cátedra Alex L. Parks de Derecho y Decano Emérito, Willamette University College of Law, Salem, Estados Unidos (miembro del Comité de Edición)

Ivan ZYKIN, Catedrático de Derecho, Primer Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, Moscú, Rusia (*artículo 7)

Observadores

Michael Joachim BONELL, Presidente del Grupo de Trabajo para la preparación de los Principios UNIDROIT, Roma, Italia

Fabio BORTOLOTTI, Presidente de la Comisión de Derecho y Prácticas Mercantiles de la CCI, Cámara Internacional de Comercio, París, Francia

José Alejandro CARBALLO LEYDA, Consejero Jurídico, Carta de la Energía, Bruselas (Bélgica); observador de la Asociación de Derecho Internacional (ILA)


Simone CUOMO, Asesor Jurídico Sénior, Consejo de la Abogacía Europea (CCBE), Bruselas (Bélgica) (sustituto: **Enrica SENINI**, Studio Legale Senini, observadora del Consejo de la Abogacía Europea, Brescia, Italia)

Timothy LEMAY, Oficial Jurídico Principal, Jefe, Subdivisión Legislativa, Secretaría de la CNUDMI, Viena (Austria) (sustitutos: **Miriana BELHADJ**, Oficial Jurídica Asociada; **Cyril EMERY**, Oficial Jurídico, Secretaría de la CNUDMI, Viena, Austria)

Francesca MAZZA, Abogada, antigua Secretaría de la Comisión de Arbitraje de la CCI, Corte Internacional de Arbitraje, París (Francia), actualmente Secretaria General, Institución Alemana de Arbitraje (DIS)

Klaus REICHERT, Abogado Principal del Colegio de Abogados de Irlanda, observador de la Asociación Internacional de Abogados (IBA), Londres, Reino Unido

Peter WERNER, Director Principal, Asociación Internacional de Swaps y Derivados (ISDA), Londres, Reino Unido

 *Principios sobre la elección del Derecho* aplicable en materia de contratos internacionales*
(aprobados el 19 de marzo de 2015)

Preámbulo

1. Este instrumento enuncia principios generales relativos a la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. Afirman el principio de autonomía de la voluntad, con un número limitado de excepciones.
2. Pueden utilizarse como modelo para instrumentos nacionales, regionales, supranacionales o internacionales.
3. Pueden utilizarse para interpretar, completar y desarrollar normas de Derecho internacional privado.
4. Los pueden aplicar los tribunales judiciales o arbitrales.

Artículo 1
Ámbito de aplicación de los Principios

1. 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.
2. A los efectos de estos Principios, un contrato es internacional salvo si las partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado y la relación entre las partes y los demás elementos relevantes, independientemente del Derecho aplicable elegido, está vinculada únicamente con dicho Estado.
3. Estos Principios no se aplican al Derecho que rige:
 - (a) la capacidad de las personas físicas;
 - (b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro;
 - (c) las sociedades u otras personas jurídicas y los *trusts*;
 - (d) los procedimientos de insolvencia;
 - (e) los efectos de los contratos sobre la propiedad; y
 - (f) la cuestión de si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona a la que representa.

* Se utiliza el término “Derecho aplicable” como sinónimo de “ley aplicable”

Artículo 2

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) diferentes Derechos para diferentes partes del contrato.
3. La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad a la celebración* 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 operación.

Artículo 3

Normas de Derecho

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.

Artículo 4

Elección expresa o tácita

La elección del Derecho aplicable, o toda modificación de la elección del Derecho aplicable, debe efectuarse de manera expresa, o resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias. Un 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.

Artículo 5

Validez formal de la elección del Derecho aplicable

La elección del Derecho aplicable no está sometida a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes establezcan lo contrario.

Artículo 6

Acuerdo sobre la elección del Derecho aplicable y conflicto entre formularios (*battle of forms*)

1. No obstante lo dispuesto en el párrafo 2,
 - (a) para determinar si las partes llegaron a un acuerdo respecto de la elección del Derecho aplicable, se utiliza el Derecho presuntamente elegido por las partes;

* Se utiliza el término “celebración” como sinónimo de “perfeccionamiento”.

- (b) 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.
2. El Derecho del Estado en el que una parte tiene su establecimiento determina si esa parte prestó su consentimiento sobre la elección del Derecho aplicable si, en vista de las circunstancias, no fuere razonable determinarlo según el Derecho mencionado en el párrafo precedente.

Artículo 7 Separabilidad

No se puede impugnar la elección del Derecho aplicable únicamente sobre la base de que el contrato al que se aplica no es válido.

Artículo 8 Exclusión del reenvío

La elección del Derecho aplicable no incluye las normas de conflicto de leyes del Derecho elegido por las partes, a no ser que las partes establezcan expresamente lo contrario.

Artículo 9 Ámbito de aplicación del Derecho elegido

1. El Derecho elegido por las partes rige todos los aspectos del contrato entre las partes, en particular:
- (a) su interpretación;
 - (b) los derechos y obligaciones derivados del contrato;
 - (c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluso la valoración de los daños y perjuicios;
 - (d) los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad;
 - (e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato;
 - (f) la carga de la prueba y las presunciones legales; y
 - (g) las obligaciones precontractuales.
2. El párrafo 1(e) no excluye la aplicación de cualquier otro Derecho aplicable que confirme la validez formal del contrato.

Artículo 10

Cesión de crédito

En el caso de una cesión contractual de los derechos que le competen al acreedor frente a su deudor en virtud de un contrato que los vincula:

- (a) si las partes del contrato de cesión de crédito han elegido el Derecho que rige su contrato, el Derecho elegido rige los derechos y obligaciones del acreedor y del cesionario derivados de su contrato;
- (b) si las partes del contrato entre el deudor y el acreedor han elegido el Derecho que rige su contrato, el Derecho elegido rige
 - (i) la oponibilidad de la cesión al deudor;
 - (ii) los derechos del cesionario frente al deudor, y
 - (iii) el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor.

Artículo 11

Leyes de policía y orden público

- 1. Estos Principios no impiden a un tribunal judicial aplicar las leyes de policía del foro al que se ha acudido, independientemente del Derecho elegido por las partes.
- 2. El Derecho del foro determina los casos en que un tribunal judicial puede o debe aplicar o tener en cuenta las leyes de policía de otro Derecho.
- 3. Un tribunal judicial puede denegar la aplicación de una disposición del Derecho elegido por las partes únicamente en el caso y en la medida en que su aplicación resulte manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de orden público del foro.
- 4. El Derecho del foro determina cuándo un tribunal judicial puede o debe aplicar o tomar en consideración el orden público de un Estado cuyo Derecho sería aplicable a falta de elección del Derecho aplicable.
- 5. Estos Principios no impedirán a un tribunal arbitral aplicar o tomar en consideración el orden público o las leyes de policía de un Derecho distinto al elegido por las partes, si el tribunal arbitral tiene la obligación o el derecho de hacerlo.

Artículo 12

Establecimiento

En el caso de que una parte tenga más de un establecimiento, el establecimiento relevante a los efectos de estos Principios es aquel que tiene la relación más estrecha con el contrato en el momento de su celebración.



Comentario relativo a los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales

Lista de fuentes abreviadas

FORMA ABREVIADA

NOMBRE DEL INSTRUMENTO

Convenio de la Haya de 1978 sobre los Contratos de Intermediarios	Convenio de La Haya 14 de marzo de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación
Convenio de La Haya de 1978 sobre Regímenes Matrimoniales	Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales
Convenio de La Haya de 1986 sobre los Contratos de Compraventa	Convenio de 22 de diciembre de 1986 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
Convenio de La Haya de 1989 sobre Sucesiones	Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte
Convenio de La Haya de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro	Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro
Convenio de La Haya de 2006 sobre Valores	Convenio de 5 de julio de 2006 sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario
Protocolo de La Haya de 2007	Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias
CCVIM	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
Reglamento de Arbitraje de la CCI	Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2012)
Reglamento de la LCIA	Reglamento de Arbitraje de la <i>London Court of International Arbitration</i> (2014)

Convención de México	Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994)
Convención de Nueva York	Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)
PDEC	Principios de Derecho Europeo de los Contratos (2002)
Convenio de Roma	Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales
Reglamento Roma I	Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)
Ley Modelo de la CNUDMI	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas adoptadas en 2006
Guía de Operaciones Garantizadas de la CNUDMI	Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas (2007)
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2010)
Convención de Créditos de las Naciones Unidas	Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001)
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)

Introducción

- I.1 Cuando las partes celebran un contrato vinculado con más de un Estado, se plantea necesariamente la cuestión de qué conjunto de normas jurídicas rige la operación. La respuesta a esta cuestión resulta sin duda importante para el órgano jurisdiccional o el tribunal arbitral que tenga que resolver un conflicto entre las partes, pero también para las propias partes al planificar la operación y ejecutar el contrato, a fin de conocer el conjunto de normas que regirán sus obligaciones.
- I.2 La determinación del Derecho aplicable a un contrato sin tener en cuenta la voluntad manifestada por las partes puede producir una inseguridad contraproducente, debido a las diferentes soluciones de cada Estado. Por este motivo, entre otros, ha prosperado el concepto de "autonomía de la voluntad" para determinar el Derecho aplicable.
- I.3 La autonomía de la voluntad, que se refiere a la potestad de las partes de un contrato de elegir el Derecho por el que va a regirse, potencia la seguridad y la previsibilidad en el marco del acuerdo contractual primario de las partes y reconoce que éstas pueden ser las mejor capacitadas para determinar qué conjunto de principios jurídicos es el más adecuado para la operación. Son muchos los Estados que han llegado a esta conclusión y, por tanto, la efectividad de la autonomía de la voluntad es la posición predominante hoy en día. Sin embargo, aún no es de aplicación universal.
- I.4 La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ("**la Conferencia de La Haya**") considera que la autonomía de la voluntad tiene ventajas destacables y desea difundir este concepto entre Estados que aún no lo han adoptado, o lo han hecho con restricciones significativas, así como desarrollarlo mejor y definirlo con más precisión donde ya es un principio aceptado.
- I.5 Por todo ello, la Conferencia de La Haya ha promulgado los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales ("**los Principios**"). Estos pueden ser considerados un ejemplo de cómo crear un régimen completo de elección del Derecho aplicable a fin de promover la aplicación de la autonomía de la voluntad, y una guía de "buenas prácticas" para establecer y perfeccionar dicho régimen.

Acuerdos de elección del Derecho aplicable

- I.6 La elección del Derecho aplicable realizada por las partes debe distinguirse de los términos del acuerdo contractual primario de las partes ("**contrato principal**"). Este podría ser, por ejemplo, un contrato de compraventa, de servicios o de préstamo. Las partes pueden elegir el Derecho aplicable en el contrato principal o concluir un acuerdo separado a tal efecto (denominado en adelante "**acuerdo de elección del Derecho aplicable**").

- 1.7 Estos acuerdos deberían distinguirse asimismo de las "cláusulas (o acuerdos) de elección de jurisdicción", las "cláusulas (o acuerdos) de elección de foro" o las "cláusulas (o acuerdos) de elección de órgano jurisdiccional", términos que son sinónimos para referirse al acuerdo de las partes sobre el foro (generalmente un órgano jurisdiccional) que debe resolver sus conflictos. Los acuerdos de elección del Derecho aplicable también deberían distinguirse de las "cláusulas (o acuerdos) de arbitraje", que se refieren al acuerdo de las partes para someter sus conflictos a un tribunal arbitral. Aunque estas cláusulas o acuerdos (denominadas de forma colectiva "**acuerdos de resolución de conflictos**") se combinan a menudo en la práctica con los de elección del Derecho aplicable, su finalidad es diferente. Los Principios solo se refieren a los acuerdos de elección del Derecho aplicable y no a los de resolución de conflictos o a otras materias consideradas generalmente cuestiones procesales.

Naturaleza de los Principios

- 1.8 Tal y como apunta su título, los Principios no constituyen un instrumento formalmente vinculante, un Convenio que los Estados deban aplicar directamente o trasponer a su Derecho interno. Este instrumento tampoco constituye una ley modelo que se anima a los Estados a aprobar. Se trata más bien de un conjunto no vinculante de *principios* que la Conferencia de La Haya anima a los Estados a incorporar a su régimen interno de elección de Derecho aplicable, adecuándolos a sus respectivas circunstancias. De esta forma, los Principios pueden servir de guía para reformar el Derecho interno en materia de elección del Derecho aplicable, operando conjuntamente con los instrumentos vigentes en la materia (véase el Reglamento Roma I y la Convención de México, instrumentos que adoptan y aplican el concepto de autonomía de la voluntad).
- 1.9 En su calidad de instrumento no vinculante, los Principios difieren de otros instrumentos desarrollados por la Conferencia de La Haya. A pesar de que la Conferencia de La Haya no excluye la posibilidad de elaborar un instrumento vinculante en el futuro, considera que actualmente es más apropiada una solución no vinculante a fin de promover la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales y el desarrollo de regímenes jurídicos bien elaborados que apliquen este principio de forma equilibrada y viable. Al inspirar reformas legislativas, los Principios deberían promover una armonización cada vez mayor entre Estados en el tratamiento de esta materia y, tal vez, propiciar las circunstancias en las que resulte idóneo aprobar un instrumento vinculante.
- 1.10 Aunque la promulgación de principios no vinculantes es una novedad en el caso de la Conferencia de La Haya, este tipo de instrumentos son relativamente frecuentes. De hecho, los Principios se suman a un número creciente de instrumentos no vinculantes de otras organizaciones que han resultado eficaces para desarrollar y armonizar el Derecho. Valga como ejemplo la influencia de los Principios de UNIDROIT y de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos en el desarrollo del Derecho de contratos.

Objeto y ámbito de los Principios

- I.II La finalidad general de los Principios es reforzar la autonomía de la voluntad y garantizar que el Derecho elegido por las partes tenga el ámbito de aplicación más amplio posible, con sujeción a unos límites claramente definidos (Preámbulo, párrafo 1).
- I.I2 La aplicación de los Principios exige el cumplimiento de dos criterios. En primer lugar, el contrato en cuestión debe ser "internacional". Según la definición del término que establecen los Principios, un contrato será "internacional" salvo si las partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado y la relación entre ellas y los demás elementos relevantes, independientemente del Derecho aplicable elegido, está vinculada únicamente con dicho Estado (art. 1(2)). El segundo criterio es que las partes del contrato actúen en el ejercicio de su actividad profesional (art. 1(1)). Los Principios excluyen expresamente de su ámbito de aplicación determinadas categorías específicas de contratos en las que el poder de negociación de una de las partes (un consumidor o un trabajador) es presumiblemente menor (véase art. 1(1)).
- I.I3 Aunque el objetivo de los Principios es promover la aceptación de la autonomía de la voluntad para la elección del Derecho aplicable, también establecen limitaciones de dicha autonomía. Las limitaciones más importantes, y por ende a la aplicación del Derecho elegido por las partes, se recogen en el artículo 11. Este artículo regula las limitaciones resultantes de las normas de policía y de orden público (*ordre public*). Su objeto es garantizar que, en determinadas circunstancias, la elección del Derecho aplicable por las partes no tenga el efecto de excluir determinadas normas que son de importancia fundamental para los Estados.
- I.I4 Los Principios solo establecen normas para situaciones en las que las partes han efectuado una elección (expresa o tácita) del Derecho aplicable mediante un acuerdo, pero no para determinar el Derecho aplicable en defecto de elección por las partes. Existen dos motivos para esta exclusión. En primer lugar, el objetivo de los Principios es fomentar la autonomía de la voluntad, y no establecer un conjunto global de principios para determinar el Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales. En segundo lugar, no existe actualmente un consenso respecto de las normas que determinan el Derecho aplicable en defecto de elección. Sin embargo, la limitación del ámbito de aplicación de los Principios no impide que la Conferencia de La Haya pueda elaborar en un futuro normas para determinar el Derecho aplicable a los contratos en defecto de un acuerdo de elección.

Contenido de los Principios

- I.I5 El Preámbulo y los 12 artículos que comprende el instrumento pueden ser considerados un código internacional de buenas prácticas actuales respecto del reconocimiento de la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, con determinadas disposiciones innovadoras según resulta necesario.

- 1.16 Algunas disposiciones reflejan planteamientos que son objeto de un amplio consenso internacional. Entre ellos se encuentran la capacidad fundamental de las partes de elegir el Derecho aplicable (Preámbulo, párrafo 1 y art. 2(1)) y las pertinentes limitaciones a la aplicación del Derecho elegido por ellas (art. 11). Cabe esperar que un Estado que adopte un régimen que favorezca la autonomía de la voluntad adoptará necesariamente normas coherentes con dichas disposiciones.
- 1.17 Otras disposiciones reflejan la posición de la Conferencia de La Haya sobre buenas prácticas y proporcionan precisiones útiles para aquellos Estados que aceptan la autonomía de la voluntad. Entre otras, existen disposiciones que establecen la posibilidad de que las partes elijan Derechos diferentes aplicables a distintas partes del contrato (art. 2(2)), elijan tácitamente el Derecho aplicable (art. 4) o modifiquen la elección efectuada (art. 2(3)), así como la no exigencia de vinculación entre el Derecho elegido y la operación de las partes (art. 2(4)). Además, en línea con muchas regulaciones nacionales e instrumentos regionales, el artículo 7 establece el tratamiento separado de la validez del acuerdo de elección del Derecho aplicable de la validez del contrato principal; y el artículo 9 describe el ámbito de aplicación del Derecho aplicable. Otras disposiciones en materia de buenas prácticas sirven de guía para determinar el ámbito de aplicación del Derecho elegido en el contexto de una relación de cesión triangular (art. 10) y sobre cómo proceder en caso de que las partes tengan establecimientos en más de un Estado (art. 12). Estas disposiciones contienen recomendaciones útiles a los Estados a la hora de adoptar o modernizar una regulación que favorezca la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la Conferencia de La Haya reconoce que un Estado puede tener una regulación eficiente de la autonomía de la voluntad sin aceptar todas estas buenas prácticas.
- 1.18 Algunas disposiciones de los Principios reflejan soluciones novedosas. Una de las características destacables se encuentra en el artículo 3, que permite a las partes elegir no solo el Derecho de un Estado, sino también "normas de Derecho" que emanen de fuentes no estatales, con determinados requisitos. Históricamente, la elección de normas o "normas de Derecho" solo se contemplaba habitualmente en el contexto arbitral. Al someter un conflicto a litigio ante un tribunal estatal, los regímenes de Derecho Internacional Privado han exigido tradicionalmente que el acuerdo de elección del Derecho aplicable de las partes designase un ordenamiento jurídico estatal. Por el contrario, algunos sistemas permiten a las partes incorporar, mediante remisión en el contrato, "normas de Derecho" o usos comerciales. Sin embargo, la incorporación por remisión no es lo mismo que permitir a las partes elegir "normas de Derecho" como Derecho aplicable al contrato.
- 1.19 Los artículos 5, 6 y 8 también recogen disposiciones innovadoras. El artículo 5 establece una norma sustantiva de Derecho Internacional Privado al indicar que no se exige una forma concreta para que los acuerdos de elección del Derecho aplicable sean válidos, salvo pacto en contrario de las partes. El artículo 6 establece, entre otras cosas, una solución al controvertido problema del "conflicto entre formularios", o, más concretamente, cuál es el resultado cuando ambas partes efectúan la elección del Derecho aplicable mediante el intercambio de "cláusulas estándar". El artículo 8 excluye el reenvío, pero, a diferencia de otros muchos instrumentos, permite a las partes acordar expresamente lo contrario.

Operadores previstos de los Principios

- I.2O Entre los usuarios previstos de los Principios, se incluyen los órganos responsables de la producción normativa, los órganos jurisdiccionales y los tribunales arbitrales y las partes y sus asesores jurídicos.
- a. Para los *responsables de la producción normativa* (ya sean los órganos del poder legislativo o los órganos jurisdiccionales), los Principios constituyen un modelo que puede emplearse para crear nuevas normas sobre elección del Derecho aplicable, o complementar y desarrollar las existentes (Preámbulo, apdos. 2-3). Debido a su naturaleza no vinculante, dichos responsables a nivel nacional, regional, supranacional o internacional pueden aplicar los Principios de forma completa o parcial. También conservan la posibilidad de tomar una opción legislativa cuando los Principios se remiten al Derecho del foro (véanse arts. 3, II(2) y II(4)).
 - b. A los *órganos jurisdiccionales y tribunales arbitrales*, los Principios les orientan sobre cómo abordar las cuestiones relativas a la validez y los efectos de los acuerdos de elección del Derecho aplicable y cómo resolver los conflictos relativos a dicha elección dentro del marco jurídico vigente (Preámbulo, apdos. 3-4). Los Principios pueden ser particularmente útiles para abordar situaciones novedosas.
 - c. A *las partes y sus asesores jurídicos*, los Principios les sirven de guía respecto de qué Derecho o "normas de Derecho" pueden elegir legítimamente y sobre los parámetros y consideraciones relevantes a la hora de efectuar la elección del Derecho aplicable, incluidas algunas cuestiones importantes relativas a la validez y efectos de su elección y a la redacción de un acuerdo de elección exigible.
- I.2I Se anima a los usuarios de los Principios a leer los artículos de forma conjunta con el Preámbulo y los Comentarios. Cada artículo va acompañado de un comentario, que sirve de texto explicativo e interpretativo. Los comentarios incluyen muchos ejemplos prácticos que ilustran la aplicación de los Principios. La estructura y longitud de cada comentario y de los ejemplos varían dependiendo del nivel de detalle requerido para entender cada artículo. Los comentarios también incluyen referencias comparativas a instrumentos regionales, supranacionales o internacionales, y al proceso de redacción, y dichas referencias sirven de apoyo a la interpretación. Los usuarios también pueden consultar la bibliografía y el material disponible en la página web de la Conferencia de La Haya.

Preámbulo

- P.1 El Preámbulo introduce la naturaleza (Preámbulo, párrafo 1), el objetivo (Preámbulo, párrafo 1) y las finalidades previstas (Preámbulo, párrafos 2-4) de los Principios, en su calidad de instrumento no vinculante.
- P.2 Las disposiciones del instrumento constituyen "principios generales", término que refleja su carácter de parte integrante de un instrumento no vinculante. Los Principios hacen referencia a la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, tal y como se describe en el artículo 1(1)-1(2); no resultan aplicables a contratos de consumo o de trabajo (véase art. 1(1)). El instrumento se podrá considerar un código de buenas prácticas actuales respecto de la elección del Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, según lo reconocido a nivel internacional, con ciertas disposiciones innovadoras cuando procede.
- P.3 El objetivo de los Principios es difundir el concepto de autonomía de la voluntad en Estados que todavía no la han adoptado, o lo han hecho con restricciones significativas, así como su desarrollo ulterior y su definición más precisa donde ya es un principio aceptado. La autonomía de la voluntad responde a las expectativas legítimas de las partes en este entorno y, como tal, promueve la previsibilidad y la seguridad jurídica. La seguridad se ve favorecida, en concreto, porque el Derecho aplicable en ausencia de elección por las partes depende del foro que conoce del litigio. La autonomía de la voluntad permite a las partes elegir un Derecho neutral o aquel que consideren más apropiado para el contrato concreto. Los Principios afirman por tanto la libertad de las partes en un contrato comercial internacional (véase art. 1(1)-1(2)) para elegir el Derecho aplicable al mismo (véanse arts. 2 y 3). Los Principios, sin embargo, establecen algunas excepciones a la autonomía de la voluntad en el artículo 11 (normas de policía y de orden público).
- P.4 Uno de los objetivos del instrumento es la aceptación de sus principios en los instrumentos de Derecho Internacional Privado actuales y futuros, promoviendo un grado significativo de armonización jurídica a nivel nacional, regional, supranacional e internacional y haciendo efectiva la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales.
- P.5 Los principios pueden ser aplicados por órganos jurisdiccionales o tribunales arbitrales (preámbulo, párrafo 4) para interpretar, completar y desarrollar normas de Derecho Internacional Privado. Estas normas pueden ser de ámbito nacional (incluidos también los niveles inferiores, como el autonómico/estatal o el provincial), regional, supranacional o internacional y se pueden encontrar, por ejemplo, en convenios, en reglamentos, en la legislación o en la jurisprudencia. *Interpretación* se refiere en este caso al proceso de explicar, aclarar o inferir el significado de la normativa de Derecho Internacional Privado vigente. *Complementación* en este contexto se refiere a la mejora de una norma vigente de Derecho Internacional Privado que no regula suficiente o adecuadamente una situación particular. A pesar de que el *desarrollo* de normas de Derecho Internacional

Privado puede incluir la interpretación o complementación conceptual, el concepto en el contexto del presente párrafo se refiere en concreto a la creación por parte de los órganos legislativos o, en algunos casos, de los órganos judiciales, de nuevas normas en materias en las que no existían, o a la realización de modificaciones sustanciales a las normas ya vigentes. Por supuesto, la interpretación, la complementación y el desarrollo de normas de Derecho Internacional Privado tienen que llevarse a cabo dentro de los límites del Derecho vinculante (por ejemplo, la Convención de Viena).

- P.6 Se invita tanto a los órganos judiciales como a los tribunales de arbitraje a aplicar los Principios. Todos los artículos han sido redactados para su aplicación por parte de los órganos judiciales y de los tribunales de arbitraje y, con tan solo dos excepciones, no diferencian entre unos y otros. El art. 3 *in fine* ("salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro") se aplica únicamente a los órganos judiciales, mientras que el artículo 11 diferencia entre órganos judiciales (véase art. 11(1)-11(4)) y tribunales de arbitraje (véase art. 11(5)).

Artículo 1 Ámbito de aplicación de los Principios

Introducción

- 1.1 El objeto del artículo 1 es determinar el ámbito de aplicación de los Principios, que está definido por tres criterios: los Principios se aplican a los acuerdos de elección de Derecho aplicable (i) en materia contractual cuando el contrato es (ii) internacional (véanse apdos. 1.13-1.21) y (iii) comercial (véanse apdos. 1.5-1.12).
- 1.2 El artículo 1.1 delimita el ámbito de aplicación de los Principios y los tipos contractuales a los que éstos se aplican. El artículo 1(2), junto con el artículo 12, define el concepto de contrato internacional. El artículo 1(3) contiene una lista de materias excluidas del ámbito de aplicación de los Principios.

Fundamento

- 1.3 Los Principios se aplican a la elección del Derecho aplicable en los contratos internacionales en los que cada una de las partes actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional. Se incluye una aclaración explícita para confirmar que los Principios no se aplican a los contratos de consumo ni a los contratos de trabajo.
- 1.4 El ámbito de aplicación de los Principios se restringe a los contratos comerciales, ya que en ellos, la autonomía de la voluntad goza de amplia aceptación. En 2008, "el Consejo instó a la Oficina Permanente a continuar analizando este asunto relativo a los contratos internacionales entre empresas, a fin de promover la autonomía de la voluntad" (Conclusiones y recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos

Generales y Política de la Conferencia (1-3 de abril de 2008), pág. 1); y en 2009, "el Consejo instó a la Oficina Permanente a continuar trabajando en la promoción de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los contratos comerciales internacionales" (Conclusiones y recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (31 de marzo - 2 de abril de 2009), pág. 2). La finalidad 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.

Limitación a los contratos comerciales

- 1.5 Tal y como se indica en el Preámbulo (párrafo 1), los Principios se refieren solo a los "contratos comerciales", un término que se emplea, entre otros instrumentos, en los Principios de UNIDROIT. El artículo 1(1) delimita este aspecto del ámbito de los Principios (i) describiendo los tipos de contratos a los que resultan aplicables y (ii) excluyendo expresamente los contratos de consumo y los contratos de trabajo.
- 1.6 Sin embargo, a diferencia del Preámbulo, el artículo 1 no emplea el término "contratos comerciales" y por tanto no lo define formalmente, sino que establece que entran dentro del ámbito de aplicación de los principios aquellos contratos en los que "...cada una de las partes actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional". Para que apliquen los Principios, ambas (o todas las) partes tienen que actuar en ejercicio de su actividad comercial o profesional. Esta redacción está inspirada en el Reglamento Roma I (art. 6(1)), que define al consumidor como una persona física que actúa "para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional". El artículo 1(1), por el contrario, describe los contratos comerciales de forma positiva como aquellos en que cada una de las partes actúa en el marco de su actividad comercial o profesional. Este artículo es importante porque introduce un concepto autónomo para determinar cuándo se aplican los Principios, pero no emplea el término "contratos comerciales", que puede tener distintas connotaciones en los distintos Estados. Por ejemplo, esta formulación no refleja necesariamente la distinción tradicional existente en algunos Estados entre las transacciones civiles y mercantiles, ni sigue la práctica común en algunos otros de considerar "comerciales" los contratos celebrados entre empresas y consumidores.
- 1.7 El empleo del término "parte" que se hace en el artículo 1(1) y en toda la redacción de los Principios incluye a cualquier persona física o jurídica, como por ejemplo: contratistas independientes, sociedades, fundaciones, asociaciones, entidades sin personalidad jurídica o entidades públicas. No se requiere que las partes tengan una amplia experiencia o competencia en su actividad comercial o profesional específica. Además, el uso de los términos "actividad comercial o profesional" deja claro que la definición incluye las actividades comerciales tanto de comerciantes, fabricantes o artesanos (transacciones comerciales) como las de los profesionales, como los abogados o los arquitectos (servicios profesionales). Se incluyen también en el ámbito de los Principios los contratos de seguro y los contratos de transmisión o cesión de derechos de propiedad intelectual e industrial entre profesionales, así como los contratos de agencia o de franquicia.

- 1.8 El hecho de que una parte actúe "en ejercicio de su actividad comercial o profesional" depende de las circunstancias del contrato, no de la condición de las partes. Así pues, la misma persona puede actuar en calidad de comerciante o profesional en relación con determinadas transacciones y en calidad de consumidor respecto de otras.

Ejemplo 1-1

La parte A es un abogado en ejercicio. Cuando celebra un contrato de servicios jurídicos con la parte B, actúa en el ejercicio de su profesión. Sin embargo, cuando celebra un contrato de arrendamiento de un apartamento de vacaciones, no actúa en el ejercicio de su profesión.

- 1.9 Si el contrato está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 1, los Principios resultarán de aplicación con independencia de los medios a través de los cuales se haya celebrado. De este modo, los Principios se aplican, por ejemplo, a las transacciones de comercio electrónico y a cualquier tipo de contrato celebrado por medios electrónicos, siempre que las partes actúen en el ejercicio de su actividad comercial o profesional.

Exclusión de los contratos de consumo y de los contratos de trabajo

- 1.10 Los contratos no comerciales quedan excluidos del ámbito de aplicación de los Principios. En concreto, el artículo 1(1), para evitar cualquier duda, excluye explícitamente los contratos de consumo y los contratos de trabajo. La exclusión comprende tanto los contratos de trabajo individuales como los colectivos, y se justifica por el hecho de que el Derecho sustantivo de muchos Estados somete a los contratos de consumo y de trabajo a normas específicas de protección que las partes no pueden excluir por contrato. Dichas normas tienen por objeto proteger a la parte más débil (al consumidor o al trabajador) de los abusos de la libertad contractual, extendiéndose la protección al Derecho Internacional Privado, en forma de exclusión o limitación de la autonomía de las partes. Sin embargo, la exclusión de los contratos de consumo y de trabajo establecida en el artículo 1(1) es meramente ilustrativa del tipo de contratos no comerciales a los que no resultan aplicables los Principios. También están fuera del ámbito de aplicación de los Principios otros contratos no comerciales, como los celebrados entre dos consumidores.
- 1.11 El hecho de que los Principios, según lo dispuesto en ellos, se apliquen solamente a los contratos en los que cada parte actúa en el ejercicio de su actividad comercial o profesional no debería llevar a la conclusión negativa de que no existe autonomía de las partes en los contratos no comerciales. Los Principios no establecen normas de Derecho Internacional Privado respecto de dichos contratos.

- 1.12 El artículo 1(1) describe los contratos a los que se aplican los Principios de forma genérica, en línea con la naturaleza de este instrumento como conjunto de principios generales no vinculantes. En concreto, respecto de los contratos de consumo, los Principios no abordan explícitamente la caracterización de los llamados "contratos de objeto doble", es decir, contratos con un objeto parcialmente incluido y parcialmente excluido de la actividad comercial o profesional de una de las partes. Del mismo modo, los Principios guardan silencio respecto del punto de vista desde el que se debe valorar el contrato, es decir, si es necesario que el profesional haya sido consciente del objeto del contrato (véase art. 2(a) CCVIM).

Carácter internacional

- 1.13 Para estar incluido en el ámbito de aplicación de los Principios, un contrato debe tener carácter "internacional". Esta exigencia se ajusta a la concepción tradicional de que el Derecho Internacional Privado se aplica únicamente a los supuestos internacionales. La definición de "carácter internacional" varía considerablemente entre los instrumentos nacionales e internacionales (véase apdo. 1.15).
- 1.14 A efectos de los Principios, la noción de contrato internacional se define en el artículo 1(2). Según este precepto, los únicos contratos excluidos por falta de carácter internacional son aquéllos en que "las partes tienen establecimiento en el mismo Estado y la relación entre las partes y los demás elementos relevantes, independientemente del Derecho aplicable elegido, están vinculados únicamente con dicho Estado". Esta definición negativa excluye únicamente las situaciones estrictamente nacionales, a fin de posibilitar la interpretación más amplia posible del término "internacional". Esta disposición se inspira principalmente en el Convenio de La Haya de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro (art. 1(2)).
- 1.15 El artículo 1(2) de los Principios no adopta una definición positiva del carácter internacional del contrato, como sí lo hacen otros instrumentos (véase, por ejemplo, el art. 1(a)-(b) del Convenio de La Haya de 1986 sobre los Contratos de Compraventa). Tampoco adopta un enfoque amplio consistente en remitir a todos los casos en los que se produzca un "conflicto de leyes" o una "elección entre el Derecho de distintos Estados", en el que el simple hecho de que las partes hayan elegido el Derecho aplicable puede constituir un elemento relevante (véase, por ejemplo, el art. 3 del Convenio de La Haya de 2006 sobre Valores).

Determinación del carácter internacional

- 1.16 La determinación del carácter internacional del contrato se realiza en las dos etapas que se describen a continuación.
- 1.17 En primer lugar, el artículo 1(2) hace referencia a los establecimientos de las partes como elemento pertinente. Cuando dichos establecimientos están situados en Estados diferentes, el contrato es internacional y resultan de aplicación los Principios. Esta es una comprobación simple que facilita la determinación del carácter internacional sin tener que remitirse a otros factores relevantes. Si una parte tiene más de un establecimiento, el establecimiento pertinente será el que guarde la relación más estrecha con el contrato en el momento de su celebración (véase art. 12).

Ejemplo 1-2

La parte A (que tiene su establecimiento principal en el Estado X, pero cuyo establecimiento más estrechamente vinculado con el contrato en el sentido del art. 12 está situado en el Estado Y) firma un contrato a través de su establecimiento en el Estado Y con la parte B, que también tiene su establecimiento principal en el Estado X y actúa a través del mismo. Dado que las partes actúan a través de establecimientos situados en distintos Estados (Estado Y en el caso de la parte A y Estado X en el caso de la parte B), el contrato es internacional y, por tanto, se rige por los Principios.

- 1.18 En segundo lugar, aun cuando no se cumpla el primer criterio, un contrato se considerará internacional salvo que "todos los demás elementos relevantes" estén radicados en el mismo Estado. Dichos elementos pueden ser, por ejemplo, el lugar de celebración del contrato, el lugar de cumplimiento, la nacionalidad de alguna de las partes, su lugar de constitución o aquél donde tenga un establecimiento. Si una parte tiene más de un establecimiento implicado en la transacción, podrán tomarse en consideración los establecimientos subordinados que no se hayan tenido en cuenta en la primera etapa conforme a lo dispuesto en el artículo 12 (véase apdo. 1.17).
- 1.19 La determinación del carácter internacional puede requerir un análisis pormenorizado de cada caso. Por ejemplo, la compraventa de un inmueble situado en el Estado X entre partes que tienen sus establecimientos en el Estado Y cumple el requisito de internacionalidad del contrato, debido a la ubicación de dicho inmueble en el extranjero. Sin embargo, no resultan aplicables las mismas consideraciones respecto de la venta nacional en el Estado X de bienes materiales fabricados en el extranjero, por ejemplo, en el Estado Y (o en varios Estados). Esto se debe a que durante todo el desarrollo de la compraventa, todos los elementos relevantes se encuentran situados en el Estado X. De modo similar, el hecho de que las negociaciones precontractuales hayan tenido lugar en el extranjero, o que se haya utilizado una determinada lengua en el contrato, no determina por sí solo el carácter internacional.
- 1.20 El contrato se considerará internacional y entrará en el ámbito de aplicación de los Principios salvo que no exista ningún elemento relevante que determine el carácter internacional. Esta interpretación deriva de la definición negativa del carácter internacional que se establece en el artículo 1(2).

Factores irrelevantes

- 1.21 La expresión "independientemente del Derecho aplicable elegido" del artículo 1(2) significa que la elección que realicen las partes del Derecho aplicable no es un elemento relevante para determinar el carácter internacional. En otras palabras, las partes no pueden conferir carácter internacional al contrato simplemente eligiendo un Derecho aplicable extranjero, ni siquiera si al hacerlo eligen también un órgano jurisdiccional o un tribunal arbitral extranjero, cuando todos los demás elementos

objetivos relevantes se concentran en un Estado (véase art. 1(b) del Convenio de La Haya de 1986 sobre los Contratos de Compraventa). Esta definición del carácter internacional difiere de la recogida en el Convenio de La Haya de 2006 sobre Valores (art. 3) y en el Reglamento Roma I (art. 1(1)).

- 1.22 Los Principios no contemplan los conflictos de leyes entre distintas unidades territoriales dentro de un mismo Estado, como por ejemplo, en Australia, Canadá, España, Estados Unidos de América, Nigeria o el Reino Unido. Por tanto, el hecho de que uno de los elementos relevantes esté situado en una unidad territorial diferente dentro de un Estado no confiere carácter internacional al contrato en el sentido del artículo 1(2). Sin embargo, los Principios no impiden que los responsables de la producción normativa u otros operadores amplíen su ámbito de aplicación a conflictos de leyes intraestatales.
- 1.23 Los Principios se aplican a los acuerdos de elección del Derecho aplicable a *contratos*. Siguiendo el planteamiento de otros instrumentos internacionales, los Principios no establecen una definición del término "contrato". No obstante, para facilitar la aplicación de los Principios, el artículo 1(3) excluye de su ámbito determinadas materias sobre las que no existe consenso acerca de (a) si constituyen contratos, o (b) si, en todo caso, deberían estar sujetas a la autonomía de la voluntad. La lista de exclusiones incluye seis materias: (i) la capacidad de las personas físicas; (ii) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; (iii) las sociedades u otras personas jurídicas y los *trusts*; (iv) los procedimientos de insolvencia; (v) los efectos de los contratos sobre la propiedad; y (vi) la cuestión de si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona a la que representa. Esta lista está inspirada en el Convenio de La Haya de 1986 sobre los Contratos de Compraventa (art. 5), en el Reglamento Roma I (art. 1(2)) y en la Convención de México (art. 5), entre otros instrumentos.
- 1.24 El artículo 1(3) obedece a dos razones: la naturaleza jurídica de las materias enumeradas y la falta de consenso sobre su naturaleza contractual o sobre si deben estar sometidas a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la existencia de una lista de exclusiones no debe interpretarse como una decisión normativa contra el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en las materias excluidas. Los Principios son neutrales a este respecto, y por tanto, no impiden que los responsables de la producción normativa u otros operadores extiendan los efectos de la autonomía de la voluntad a alguna de las materias excluidas o a todas ellas.
- 1.25 *En primer lugar*, los Principios no regulan el Derecho aplicable a *la capacidad de las personas físicas*. En este contexto, capacidad significa la facultad de las personas físicas de actuar y celebrar contratos de forma autónoma. No incluye la potestad de los mandatarios para representar a sus mandantes o de los órganos para representar a las entidades (véase art. 5(b) del Convenio de La Haya sobre los Contratos de Compraventa). La capacidad puede suscitarse como cuestión incidental respecto de la validez del contrato, incluido el propio acuerdo de elección del Derecho aplicable. La falta de capacidad conlleva una restricción de la autonomía de la voluntad, a causa de la necesidad de proteger a la persona debido, por ejemplo, a su edad (en el caso de un menor de edad) o a su estado mental. En algunos Estados, la capacidad jurídica se considera una cuestión de condición y no tiene consideración contractual.

La determinación del Derecho aplicable a esta materia se excluye del ámbito de los Principios. La exclusión supone que los Principios no determinan ni el Derecho aplicable a la capacidad de las personas físicas, ni los mecanismos jurídicos o judiciales de autorización, ni los efectos de la falta de capacidad sobre la validez del acuerdo de elección del Derecho aplicable (véase el Informe Explicativo relativo al Convenio de La Haya de 1986 sobre los Contratos de Compraventa, apartados 39-40).

- 1.26 *En segundo lugar*, los Principios no regulan el Derecho aplicable a los acuerdos de arbitraje y a los acuerdos de elección de foro. Esta excepción se refiere principalmente a la validez material de los mismos, es decir, a los aspectos contractuales de dichas cláusulas jurisdiccionales, y comprende cuestiones tales como el engaño, el error, la falsedad o la coacción (véase asimismo el Informe Explicativo relativo al Convenio de la Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro, apartado 126). En algunos Estados, estas cuestiones se consideran procedimentales y se rigen por tanto por la *lex fori* o la *lex arbitri*. En otros Estados, se configuran como cuestiones sustantivas que se rigen por el Derecho aplicable al propio acuerdo de arbitraje o de elección de foro. Los Principios no se inclinan por ninguno de estos dos planteamientos. Por el contrario, el artículo 1(3)(b) excluye estas materias del ámbito de los Principios.
- 1.27 *En tercer lugar*, los Principios no regulan el Derecho aplicable a las sociedades u otras entidades colectivas y los trusts. El término "entidades colectivas" se emplea en sentido amplio para incluir a entidades con personalidad jurídica o sin ella, tales como las entidades asociativas de diversa índole (como por ejemplo los *partnerships* o las *associations de common law*).
- 1.28 La exclusión del artículo 1(3)(c) comprende la constitución y organización de las sociedades y otras entidades colectivas y trusts. Las materias excluidas son, en general, la creación, la obtención de la calidad de miembro, la capacidad jurídica, la organización interna, la disolución y la liquidación de las sociedades y otras entidades colectivas, así como la toma de decisiones. Esta misma exclusión se aplica a las materias relativas a la administración interna de los trusts. En muchos Estados, estas materias están sujetas a normas específicas de Derecho internacional privado que remiten al Derecho societario (en general, la legislación del lugar de constitución o de administración principal) o a la legislación que regula otras entidades colectivas o los trusts.
- 1.29 La exclusión del artículo 1(3)(c) se circunscribe a materias relativas a la organización y administración interna de sociedades y otras entidades colectivas y trusts, sin afectar a los contratos que celebren con terceros. Los Principios también se aplican a los contratos comerciales celebrados entre los socios de una misma sociedad (acuerdos entre accionistas o partícipes).
- 1.30 *En cuarto lugar*, los Principios no regulan el Derecho aplicable a la insolvencia. Esta exclusión se refiere a los efectos que la apertura de un procedimiento de insolvencia pueda tener sobre los contratos. Los procedimientos de insolvencia pueden interferir con los principios generales del Derecho de contratos, por ejemplo, invalidando un contrato en virtud de normas de reintegración (*clawback rules*), suspendiendo el derecho de resolución de la parte *in bonis* o confiriendo al administrador concursal la potestad de rechazar el cumplimiento de un contrato pendiente de ejecución o de cederlo a un tercero. La exclusión de la insolvencia del artículo 1(3)(d) se refiere a

estas cuestiones. En general, los Principios no determinan el Derecho aplicable a la cuestión de cómo proceder con los contratos en caso de insolvencia, ni tratan la capacidad del administrador concursal de celebrar nuevos contratos en nombre de la masa de la insolvencia. El término insolvencia se emplea aquí en sentido amplio, comprendiendo los procedimientos de liquidación, reorganización, reestructuración o administración.

- 1.31 *En quinto lugar*, los Principios no regulan el Derecho aplicable a *los efectos de los contratos sobre la propiedad*. Los Principios permiten a las partes elegir el Derecho aplicable a sus obligaciones contractuales, pero no regulan la constitución y los efectos de los derechos reales derivados del contrato. En otras palabras, los Principios solo determinan el Derecho aplicable a los derechos y obligaciones mutuos de las partes, pero no el aplicable a los derechos reales. Por ejemplo, en el contrato de compraventa de un activo, mueble o inmueble, material o inmaterial, los Principios se extienden a la obligación personal del vendedor de transmitir el bien y a la obligación personal del comprador de pagar, pero no a cuestiones tales como si la transmisión efectivamente confiere derechos de propiedad sin necesidad de actuaciones ulteriores, o si el comprador adquiere la titularidad libre de derechos o pretensiones de terceros.
- 1.32 Por último, los Principios no regulan el Derecho aplicable a la cuestión de *si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona a la que representa*. Esta exclusión se refiere a los aspectos *externos* de la relación de representación, es decir, a cuestiones tales como si el representado queda vinculado como consecuencia de una autorización implícita o aparente o por negligencia, o si el representado puede ratificar *ex post* un acto *ultra vires* del representante y en qué medida (véase art. 11 del Convenio de la Haya de 1978 sobre los Contratos de Intermediarios). Por el contrario, los Principios sí resultan de aplicación a los aspectos internos de la representación, es decir, a la relación de representación o mandato entre el representado y el representante, si reúne por lo demás las condiciones para ser considerada un contrato comercial.

Artículo 2 Libertad de elección

Introducción

- 2.1 El artículo 2 establece la libertad de las partes para elegir el Derecho aplicable al contrato. Además, dispone que dicha elección puede aplicarse únicamente a una parte del contrato, que puede realizarse en cualquier momento y que no se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o la operación. Este artículo debe leerse conjuntamente con el artículo 3, que confiere a las partes la libertad de elegir "normas de Derecho" para regular el contrato.
- 2.2 Los Principios no establecen el método de determinación del Derecho aplicable a un contrato comercial internacional en defecto de elección de las partes (de forma expresa o tácita).

Fundamento

- 2.3 El artículo 2 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 (según la definición del art. 1). De particular importancia resulta el hecho de que, a tenor de los Principios, la libertad de las partes para elegir el Derecho o las "normas de Derecho" aplicables al contrato no depende del método de resolución de conflictos, ya sea ante un órgano jurisdiccional o un tribunal arbitral.
- 2.4 Los Principios reconocen que son necesarias ciertas restricciones a la autonomía de la voluntad, incluso en el ámbito de los contratos comerciales internacionales. Así pues, el efecto de la elección del Derecho aplicable por las partes queda expresamente limitado por las normas de policía y de orden público, tal y como establece el artículo 11. El ámbito de la autonomía de la voluntad en virtud de los Principios se define de forma más amplia en los artículos 1(3) y 9.

Libertad de elección

- 2.5 El artículo 2(1) establece que "un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes". Con arreglo a los Principios, las partes tienen libertad para elegir el Derecho de cualquier Estado (véase apdo. 1.22 respecto de las diferentes unidades territoriales dentro del mismo Estado); también pueden designar "normas de Derecho", según lo dispuesto en el artículo 3. El artículo 2(1) no impone más limitaciones o condiciones a la selección del Derecho aplicable.

Ejemplo 2-1

Un contrato de compraventa de equipos contiene una disposición según la cual todos los aspectos relacionados con la formación y la validez del contrato, las obligaciones del vendedor y del comprador, el incumplimiento del contrato y los daños y perjuicios se regirán por el Derecho del Estado X, donde el vendedor tiene su centro principal de actividad. Si se suscita un conflicto entre las partes, el órgano jurisdiccional o el tribunal arbitral hará efectiva la elección realizada por las partes y aplicará el Derecho del Estado X.

Elección parcial o múltiple del Derecho aplicable

- 2.6 Los Principios permiten la elección parcial o múltiple del Derecho aplicable; es decir, someter partes separadas del contrato a Derechos diferentes (principio también conocido como *dépeçage*). Teniendo en cuenta que dicha elección parcial o múltiple es, por su propia naturaleza, una de las formas de ejercicio de la autonomía de

la voluntad, los Principios reservan a las partes la opción de recurrir a esta solución. Sin embargo, su uso conlleva el riesgo de contradicción o incoherencia en la determinación de los derechos y obligaciones de las partes.

- 2.7 En virtud del artículo 2(2)(a), las partes pueden elegir el Derecho aplicable solo a una parte del contrato. Cuando las partes realizan una elección parcial de este tipo, el resto del contrato se rige por el Derecho aplicable en defecto de elección. Tal y como se ha indicado en el párrafo 2.2, los Principios no establecen normas para la determinación del Derecho aplicable en defecto de elección de las partes. Por tanto, la elección parcial con arreglo al artículo 2(2)(a) implica que el Derecho aplicable al resto del contrato será determinado por el órgano jurisdiccional o tribunal arbitral conforme a las reglas aplicables en defecto de elección.
- 2.8 El artículo 2(2)(b) también permite a las partes elegir el Derecho aplicable a distintas partes del contrato, lo que supondrá que dicho contrato se regirá por más de un ordenamiento.
- 2.9 En la práctica, las elecciones parciales o múltiples pueden referirse, por ejemplo, a la denominación de la divisa del contrato, a cláusulas específicas relativas al cumplimiento de determinadas obligaciones, como la obtención de autorizaciones gubernamentales, o a cláusulas de indemnización / responsabilidad.

Ejemplo 2-2

En un contrato de suministro e instalación de una línea de producción especial en los Estados X, Y y Z, las partes han elegido el Derecho del Estado W para regular todos los aspectos relativos a la formación y validez del acuerdo. En este caso, el resto del contrato se regirá por el Derecho aplicable en defecto de elección de las partes.

Ejemplo 2-3

El comprador y el vendedor han celebrado un contrato de adquisición de acciones relativo al control de la sociedad D (la sociedad objetivo). La parte C, un tercero, ha garantizado las obligaciones de pago del comprador derivadas del contrato. El contrato entre el comprador y el vendedor establece que, a efectos de la determinación del precio, los estados financieros de la sociedad objetivo deben ajustarse al Derecho del Estado X, lugar donde dicha sociedad tiene su establecimiento principal. El contrato también establece que los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor se regirán por el Derecho del Estado Y, y la garantía personal prestada por la parte C por el Derecho del Estado Z, donde el comprador tiene su establecimiento principal. En este caso, en virtud de la elección de las partes, los Derechos de los Estados X, Y y Z regirán los distintos aspectos de esta relación contractual.

Ejemplo 2-4

En un contrato de compraventa internacional, las partes han acordado expresamente que todos los aspectos del contrato se regirán por el Derecho del Estado X, excepto las condiciones en las que el vendedor debe conseguir los certificados de inspección, que se ajustarán a los Derechos de los distintos Estados de destino final de las mercancías. En este caso, y tal y como ocurre en el ejemplo anterior, el resultado es que el contrato se regirá por más de un Derecho.

Alcance temporal y modificación de la elección del Derecho aplicable

- 2.IO La autonomía de la voluntad comprende la libertad de las partes para elegir en cualquier momento el Derecho aplicable o para modificar su elección. Por tanto, está generalmente aceptado que las condiciones para modificar la elección del Derecho aplicable y los efectos de dicha modificación se rigen por la autonomía de la voluntad, con determinadas limitaciones respecto de la validez formal del contrato y los derechos preexistentes de terceros.
- 2.II Los Principios disponen que el Derecho elegido por las partes rige la validez del contrato (véase art. 9(1)(e)). En consecuencia, cualquier modificación contractual relativa al Derecho aplicable al contrato tras su celebración puede afectar a su validez formal. Para evitar la invalidación retroactiva del contrato, el artículo 2(3) especifica que cualquier modificación del Derecho aplicable como consecuencia de una elección o modificación realizada por las partes no debe afectar a un contrato que era formalmente válido en virtud del Derecho aplicable previamente. La formulación de la norma deja claro que se aplica con independencia de que el Derecho inicialmente aplicable al contrato haya sido elegido o no por las partes.
- 2.I2 Además, el artículo 2(3) recuerda que el cambio del Derecho aplicable al contrato no solo afecta a los derechos de las partes, sino que también podría afectar en algunos casos a los derechos de terceros. Existe un amplio consenso respecto de que una modificación en la elección del Derecho aplicable no debe afectar negativamente a los derechos de terceros (véase art. 3(2) del Reglamento Roma I). La relevancia de esta posible consecuencia de la autonomía de la voluntad exige que se trate directamente en los Principios, en vez de tener que confiar en que exista una protección equivalente en el Derecho sustantivo aplicable. En consecuencia, cuando se modifica el Derecho aplicable como consecuencia de una elección contractual o de una modificación de la misma, deberán preservarse los derechos preexistentes de terceros dimanantes del contrato.

Ejemplo 2-5

Las partes A y B celebran un contrato y acuerdan que éste se rija por el Derecho del Estado X. La parte C garantiza las obligaciones de la parte A. Posteriormente, las partes A y B modifican el contrato para que pase a regirse por el Derecho del Estado Y. Conforme a este último Derecho, la parte A tiene frente a la parte B una mayor responsabilidad de la que le correspondía conforme al Derecho del Estado X. A pesar de que esta modificación surte efectos entre las partes A y B, no afecta negativamente a los derechos y obligaciones de la parte C, que siguen rigiéndose por el Derecho del Estado X.

- 2.13 Los Principios no limitan el alcance temporal de la elección o de la modificación de la elección del Derecho aplicable realizada por las partes. Tal y como se ha indicado en la Introducción, los Principios no buscan de manera general resolver lo que habitualmente se consideran cuestiones procesales ante los órganos jurisdiccionales o los tribunales arbitrales. En consecuencia, si la elección del Derecho aplicable o su modificación se producen durante el procedimiento de resolución de conflictos, sus efectos dependerán de la *lex fori* o de las normas reguladoras del procedimiento arbitral. De forma similar, los Principios son neutrales respecto de la cuestión de la prueba del Derecho extranjero.

Ejemplo 2-6

Las partes A y B celebran un contrato en el que se dispone que se regirá por el Derecho del Estado X. Se suscita un conflicto y éste se lleva ante los tribunales del Estado Y. En el curso del procedimiento, las partes formulan sus alegaciones con arreglo al Derecho sustantivo de contratos del Estado Y. A pesar de que esto puede poner de manifiesto una modificación tácita del Derecho elegido conforme al artículo 4, la calificación y efectos de dicha modificación en el curso del procedimiento dependerá del Derecho del Estado Y.

No exigencia de vínculo

- 2.14 Los Principios no limitan la autonomía de la voluntad exigiendo un vínculo, geográfico o de otro tipo, entre el Derecho elegido y el contrato o las partes. Por tanto, las partes pueden elegir el Derecho de un Estado con el que las partes o la operación no tienen ninguna relación. Esta solución se adecua a la creciente deslocalización de las operaciones comerciales. Las partes pueden elegir un determinado ordenamiento

porque es neutral respecto de la relación entre ellas o porque está muy desarrollado en lo que respecta al tipo de operación de que se trata (p. ej., un ordenamiento estatal renombrado por su regulación del transporte marítimo o de las operaciones bancarias internacionales).

- 2.15 Al no exigir un vínculo entre el Derecho elegido y las partes o la operación, los Principios adoptan un concepto más amplio de la autonomía de la voluntad que algunos Estados, que requieren dicho vínculo o algún otro fundamento razonable para la elección del Derecho por las partes.
- 2.16 Los contratos regidos por "normas de Derecho", según la definición del artículo 3, no plantean esta dificultad, ya que dichas normas no suelen estar conectadas a ningún ordenamiento jurídico nacional.

Artículo 3 Normas de Derecho

Introducción

- 3.1 Las leyes y normas en materia de arbitraje permiten generalmente que las partes elijan aplicar determinadas "normas de Derecho" (véase art. 28(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI; art. 21(1) del Reglamento de la CCI). En estos instrumentos, el término "normas de Derecho" se emplea para referirse a las que no emanan de fuentes estatales. Tradicionalmente, no ha sido habitual que las partes de litigios ventilados ante tribunales nacionales tuviesen la posibilidad de optar por la aplicación de "normas de Derecho". El artículo 3 amplía el ámbito de la autonomía de la voluntad del artículo 2(1), estableciendo que las partes pueden optar no solo por someter el contrato al ordenamiento estatal, sino también a "normas de Derecho", con independencia del método de resolución de conflictos elegido.
- 3.2 El artículo 3 establece determinados criterios respecto de esas "normas de Derecho", a fin de garantizar una mayor certeza sobre lo que las partes pueden elegir como tales. Estos criterios se refieren a las fuentes admisibles y a las características de esas "normas de Derecho" reconocidas en el artículo 3. Además, este artículo reconoce que el Estado del foro conserva la prerrogativa de no permitir la elección de "normas de Derecho".
- 3.3 Los criterios establecidos en el artículo 3 se refieren a la fuente y a las características de las "normas del Derecho", con la finalidad de ayudar a las partes a determinar qué "normas de Derecho" pueden elegir y a las instancias decisoras a determinar las "normas de Derecho" aplicables al conflicto. Aunque los criterios se examinarán de forma separada a continuación, deben entenderse conjuntamente como criterios interrelacionados, ya que el artículo 3 solo admite las "normas de Derecho" generalmente aceptadas como conjunto de normas neutrales y equilibradas.

Aceptación general a nivel internacional, supranacional o regional

- 3.4 Este criterio establece que las "normas de Derecho" elegidas por las partes tienen que gozar de reconocimiento general en un ámbito superior al nacional. En otras palabras, las "normas de Derecho" no pueden hacer referencia a un conjunto de normas contenidas en el propio contrato, a las cláusulas estándar de una de las partes ni a un conjunto de condiciones locales específicas de un sector.
- 3.5 Los tratados y convenios internacionales pueden considerarse una fuente generalmente aceptada de "normas de Derecho" si dichos instrumentos se aplican únicamente como consecuencia de la elección de las partes. Por ejemplo, las partes pueden establecer la CCVIM como "normas de Derecho" que rigen su contrato en situaciones en las que dicha Convención no se aplicaría con arreglo a sus propias disposiciones (véase art. 1 CCVIM). Dicho de otro modo, las partes pueden establecer las normas sustantivas de la CCVIM como conjunto independiente de normas contractuales, pero no como versión nacionalizada de la CCVIM incorporada al Derecho de un Estado Contratante de la CCVIM. En caso de una elección de este tipo, la CCVIM se aplica como "normas de Derecho", sin tener en cuenta las declaraciones o reservas estatales que podrían entrar en juego si se aplicase como un tratado ratificado o como parte del Derecho estatal. Se encuentran disponibles cláusulas modelo de elección del Derecho aplicable que proponen el establecimiento de la CCVIM como "normas de Derecho" (véase, por ejemplo, la cláusula modelo del Centro de Arbitraje Chino-Europeo (CEAC, por sus siglas en inglés).
- 3.6 Otra fuente de "normas de Derecho" que satisfaría este primer criterio podría derivar de instrumentos no vinculantes redactados por órganos internacionales establecidos. Un ejemplo es UNIDROIT, una organización intergubernamental responsable únicamente ante sus Estados miembros y cuyo funcionamiento se basa en el consenso. Los Principios de UNIDROIT son un ejemplo de "normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional". Además, dichos Principios contemplan expresamente la posibilidad de que las partes los establezcan como regulación del contrato, y a tal fin proponen cláusulas de elección de Derecho aplicable (véase la nota al pie del Preámbulo de los Principios de UNIDROIT y las Cláusulas Modelo para el Uso de los Principios de UNIDROIT en los contratos comerciales internacionales).
- 3.7 Un ejemplo de fuentes supranacionales o regionales pueden ser los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, que han sido elaborados por un grupo independiente de expertos.
- 3.8 Debido a la naturaleza dinámica y cambiante del Derecho mercantil internacional, es probable que aumenten las fuentes de "normas de Derecho" que están siendo o serán aceptadas generalmente a nivel internacional, supranacional o regional. Por consiguiente, los ejemplos indicados anteriormente no deben considerarse exhaustivos.

Conjunto de normas neutrales y equilibradas

- 3.9 El artículo 3 exige que las "normas de Derecho" sean generalmente aceptadas, con tres características: debe ser *un conjunto de normas*, el conjunto debe ser *neutral y equilibrado*. Cada una de estas tres características tiene un significado preciso.

- 3.IO En primer lugar, las "normas de Derecho" deben ser *un conjunto de normas* y no simplemente un número reducido de disposiciones. Aunque no se exige la exhaustividad, las "normas de Derecho" elegidas deben permitir resolver la resolución de problemas contractuales comunes en el contexto internacional.
- 3.II La segunda característica es la *neutralidad* del conjunto de normas. Para cumplir este requisito, puede bastar con que la fuente de las "normas de Derecho" sea reconocida de forma general como un órgano neutral e imparcial, es decir, un órgano que representa distintas posiciones jurídicas, políticas y económicas.
- 3.I2 La tercera característica (que el conjunto de "normas de Derecho" sea generalmente aceptado como equilibrado) se justifica por: (i) la presunción subyacente a la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales según la cual las partes tienen un poder de negociación relativamente igual; y (ii) el hecho de que la presunción de que las leyes estatales son equilibradas no es necesariamente extrapolable a las "normas de Derecho". Este requisito probablemente impida la elección de un conjunto de normas que beneficien a una de las partes de las operaciones en un sector regional o global concreto.

Usos comerciales

- 3.I3 Los Principios guardan silencio respecto de la aplicación de los usos comerciales. Los efectos de los usos comerciales sobre los derechos y obligaciones de las partes se determinan típicamente conforme al propio Derecho elegido o a otras normas que rijan el conflicto (véanse art. 9 CCVIM; art. 1(9) de los Principios de UNIDROIT; art. 28(4) de la Ley Modelo de la CNUDMI; art. 21(2) del Reglamento de la CCI).

Salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro

- 3.I4 Tal y como se apunta en el apartado 3.I, las leyes y normas en materia de arbitraje permiten generalmente que las partes elijan contractualmente determinadas "normas de Derecho". Sin embargo, las leyes nacionales no han permitido tradicionalmente dicha elección en conflictos sometidos a los órganos jurisdiccionales. Los Principios reconocen este principio en el artículo 3, sometiendo al Derecho del foro la posible limitación de la autonomía de la voluntad a una elección de Derecho estatal.

Normas supletorias

- 3.I5 Cuando las partes han elegido determinadas "normas de Derecho" para regir sus contratos, pueden existir materias que dichas normas no cubren. Por ejemplo, las disposiciones de los Principios de UNIDROIT sobre las potestades de los representantes no regulan la relación entre el representado y el representante (véase, por ejemplo, el art. 2.2.1 de los Principios de UNIDROIT); de modo similar, la CCVIM, en su art. 4, establece que no regula la validez de los contratos de compraventa de mercancías, salvo que la propia Convención disponga expresamente lo contrario.

Aunque puede que estos instrumentos hagan referencia a la integración de lagunas, (véase, por ejemplo, el art. 7(2) de la CCVIM y el art. 1.6 de los Principios de UNIDROIT), los Principios no establecen normas supletorias. Las partes, al elegir unas determinadas "normas de Derecho" que rijan su contrato, deben tener en cuenta la posible necesidad de integrar lagunas y pueden regular este aspecto al realizar dicha elección. Los siguientes ejemplos pueden servir de referencia.

Ejemplo 3-1

Un acuerdo de elección de Derecho aplicable establece que: "El presente contrato se regirá por la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CCVIM), con independencia de las disposiciones de cualquier ordenamiento jurídico nacional, excepto las disposiciones del Estado X aplicables a las materias no reguladas por la CCVIM."

Ejemplo 3-2

Un acuerdo de elección de Derecho aplicable establece que: "El presente contrato se regirá por los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales y, respecto de las cuestiones no contempladas en ellos, por el Derecho del Estado X."

Artículo 4 Elección expresa o tácita

Introducción

- 4.1 El artículo 4 establece las diferentes maneras en las que se puede llevar a cabo una elección del Derecho aplicable en el sentido del artículo 2(1). Al limitar la elección tácita del Derecho aplicable a las situaciones en las que dicha elección resulta clara, el artículo 4 promueve la previsibilidad de resultados al reducir la probabilidad de controversias sobre si ha existido o no elección.

Cuestiones generales relativas a la elección del Derecho aplicable

- 4.2 El artículo 4 establece que las partes pueden elegir el Derecho aplicable al contrato, ya sea de forma expresa o tácita. Esta regulación concuerda con la establecida en otras disposiciones similares de otros instrumentos (véase art. 7 de la Convención de México; art. 3 del Reglamento Roma I). Las partes también pueden elegir las "normas de Derecho" aplicables, de forma expresa o tácita, según lo dispuesto en el artículo 3.

Elección expresa del Derecho aplicable

- 4.3 Las partes pueden elegir de forma expresa el Derecho aplicable al contrato. La elección expresa puede ser anterior, simultánea o posterior a la celebración del contrato principal (véase art. 2(3)). El término "contrato principal" se refiere al contrato respecto del cual se realiza la elección del Derecho aplicable. Los acuerdos de elección del Derecho aplicable se incluyen generalmente como una cláusula expresa en el contrato principal. No es necesario emplear palabras o expresiones concretas. Las formulaciones que indican que el contrato "se rige por" o "está sujeto a" un Derecho concreto equivalen a una elección expresa. A pesar de que el artículo 4 permite una elección tácita, se les recomienda a las partes que determinen de forma explícita el Derecho aplicable al contrato.

Ejemplo 4-1

Las partes A y B celebran un contrato. El acuerdo de elección del Derecho aplicable establece que: "El presente contrato se regirá por el Derecho del Estado X." Esto es suficiente para establecer una elección de Derecho aplicable por las partes. Por tanto, conforme a lo establecido en el artículo 2, el Derecho del Estado X rige el contrato.

Ejemplo 4-2

Las partes A y B celebran un contrato. El acuerdo de elección del Derecho aplicable establece que: "El presente contrato se regirá por los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales." Por tanto, los Principios de UNIDROIT rigen el contrato, salvo que, conforme a lo establecido en el artículo 3, el Derecho del foro establezca lo contrario.

- 4.4 También se puede realizar una elección expresa mediante referencia a un factor externo, como por ejemplo el lugar donde radique el establecimiento principal de una de las partes.

Ejemplo 4-3

El vendedor y el comprador celebran un contrato de compraventa. El acuerdo de elección del Derecho aplicable establece que: "El presente contrato se regirá por el Derecho del Estado donde radique el establecimiento principal del vendedor." En el momento de la celebración del contrato, el vendedor tiene su establecimiento principal en el Estado X, por lo que será ese Derecho el que regirá el contrato.

- 4.5 El artículo 4 no exige que el acuerdo de elección del Derecho aplicable se formalice por escrito, por lo que las elecciones expresas también se pueden realizar de forma oral (véase art. 5 y apdo. 5.2).

Elección tácita del Derecho aplicable

- 4.6 La elección del Derecho aplicable también se puede realizar de forma tácita. Para que surta efectos conforme a lo dispuesto en el artículo 4, la elección debe ser real, aunque no se explicita en el contrato. Debe existir una intención real de ambas partes de que resulte aplicable un Derecho determinado. No basta con una intención presunta atribuida a las partes.
- 4.7 Las elecciones tácitas deben resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias, debiéndose tener en cuenta tanto las condiciones del contrato como las circunstancias del caso. Sin embargo, unas u otras pueden apuntar de forma concluyente a una elección tácita del Derecho aplicable.

Elección tácita del Derecho aplicable que resulta claramente de las disposiciones del contrato

- 4.8 Se considera que la elección del Derecho aplicable resulta claramente de las disposiciones del contrato solo cuando la intención de las partes de elegir un determinado Derecho se infiera de forma concluyente de dichas disposiciones. No existe una lista fija de criterios que determine las circunstancias en las cuales la inferencia es lo suficientemente concluyente como para cumplir la exigencia de que la elección "resulte claramente", sino que, más bien, la determinación se realiza caso por caso.
- 4.9 Un ejemplo ampliamente aceptado de elección tácita que resulta claramente de las cláusulas del contrato lo encontramos en ocasiones en las que las partes emplean un formulario modelo. El hecho de que el contrato se formalice en un formulario modelo empleado generalmente en el contexto de un determinado sistema jurídico puede indicar la intención de las partes de que el contrato se rija por ese ordenamiento, aunque no exista una declaración expresa a tal efecto.

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.

- 4.IO Lo mismo ocurre cuando el contrato contiene terminología característica de un sistema jurídico concreto o referencias a disposiciones nacionales que evidencian que las partes estaban pensando en dicho ordenamiento y deseaban someter el contrato al mismo.

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.

Cláusula de elección de foro y elección tácita del Derecho aplicable

- 4.II Debe distinguirse entre la elección del Derecho aplicable a un contrato y la elección del foro competente para la resolución de conflictos. Según la segunda frase del artículo 4, los acuerdos entre las partes que atribuyen competencia a un determinado tribunal para resolver los conflictos derivados del contrato (los acuerdos de elección de foro) no constituyen por sí solos una elección del Derecho aplicable (véase art. 7(2) de la Convención de México). Por ejemplo, las partes pueden haber elegido un foro concreto debido a su neutralidad o especialización. El 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. Sin embargo, el acuerdo de elección de foro de las partes para atribuir competencia a un determinado 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.

Ejemplo 4-6

Las partes A y B celebran un contrato e incluyen un acuerdo de elección de foro por el que atribuyen competencia a los tribunales del Estado X. Salvo que el contrato contenga otras disposiciones al respecto o existan circunstancias que indiquen lo contrario, dicho acuerdo no será suficiente para indicar una elección tácita del Derecho del Estado X.

Cláusula de arbitraje y elección tácita del Derecho aplicable

- 4.12 A pesar de que existen diferencias importantes entre las cláusulas de elección de foro y las cláusulas de arbitraje, el artículo 4 adopta una norma general única sobre si la elección de foro o de un tribunal arbitral implica necesariamente la elección del Derecho aplicable. Los acuerdos entre las partes para atribuir competencia a un determinado tribunal arbitral para resolver los conflictos derivados del contrato no equivalen a la elección del Derecho aplicable. Según la segunda frase del artículo 4, la elección de un tribunal arbitral tampoco constituye un indicador suficiente, por sí mismo, de que las partes han efectuado una elección tácita del Derecho aplicable. Las partes pueden haber elegido un tribunal debido a su neutralidad o especialización. El tribunal también puede aplicar un Derecho extranjero, conforme a la normativa aplicable de Derecho internacional privado o a las normas de arbitraje elegidas. Sin embargo, un acuerdo de arbitraje que remita los conflictos a un foro claramente especificado puede ser uno de los factores para determinar la existencia de una elección tácita del Derecho aplicable.

Ejemplo 4-7

Las partes A y B celebran un contrato por el cual acuerdan que todos los conflictos derivados de dicho contrato o relacionados con el mismo se someterán exclusivamente a arbitraje en el Estado X, conforme al reglamento de la Cámara de Comercio ABC. Salvo que el contrato contenga otras disposiciones al respecto o existan circunstancias que indiquen lo contrario, dicho acuerdo no será suficiente para indicar una elección tácita del Derecho del Estado X.

Circunstancias que indican una elección tácita del Derecho aplicable

- 4.13 Las circunstancias concretas del caso pueden indicar la intención de las partes respecto de la elección del Derecho aplicable. Su comportamiento y otros factores relacionados con la celebración del contrato pueden ser particularmente relevantes. Este principio puede resultar también de aplicación en el caso de contratos conexos.

Ejemplo 4-8

En sus relaciones anteriores, las partes A y B han efectuado sistemáticamente una elección expresa del Derecho del Estado X para regir sus contratos. Si las circunstancias no indican que tenían intención de cambiar esta práctica en el contrato actual, el tribunal o el tribunal arbitral podría concluir que las partes tienen la intención clara de que dicho contrato se rija por el Derecho del Estado X, aunque dicha elección expresa no figure en él.

Grado de rigor del criterio para que se considere que existe una elección tácita del Derecho aplicable

- 4.14 Las elecciones tácitas deben resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias, por lo que la elección tiene que ser evidente como consecuencia de la existencia de indicios concluyentes.

Ejemplo 4-9

Las partes A y B celebran un contrato redactado en la lengua de un determinado Estado. Sin embargo, el contrato no emplea terminología jurídica característica del sistema jurídico de ese Estado. En defecto de otras circunstancias, el empleo de una determinada lengua no es suficiente para determinar una elección tácita del Derecho aplicable.

- 4.15 Los Principios no se pronuncian respecto de cuestiones procesales, en concreto, la práctica de la prueba y el procedimiento y modo de probar la elección tácita del Derecho aplicable (véase sin embargo el art. 9(1)(f) respecto de la carga de la prueba).

Modificación de la elección del Derecho aplicable

- 4.16 Toda modificación de la elección del Derecho aplicable debe efectuarse de manera expresa, o resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias. Se produce una modificación cuando las partes acuerdan (de forma expresa o tácita) someter el contrato a un Derecho distinto del aplicable previamente (véase art. 2(3)).

Ausencia de elección del Derecho aplicable

- 4.17 Si las intenciones de las partes no se expresan de forma explícita ni resultan claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias concretas del caso, se entiende que no existe elección del Derecho aplicable. En estos casos, los Principios no determinan el Derecho que rige el contrato.

Artículo 5 Validez formal de la elección del Derecho aplicable

Introducción

- 5.1 El propósito del artículo 5 es determinar la validez formal de la elección del Derecho aplicable. Esta solución obedece a la voluntad de respetar la intención de las partes, sin trabas derivadas de requisitos formalistas (véase Preámbulo, párrafo 1).

Inexistencia de requisitos relativos a la forma de la elección del Derecho aplicable

- 5.2 La elección del Derecho aplicable no está sometida a requisitos formales. Por ejemplo, no es necesario que se efectúe por escrito, que se redacte en una lengua concreta o que tenga lugar ante testigos. Esto mismo resulta aplicable si se modifica la elección del Derecho aplicable (véase art. 2(3)). El artículo 5 se aplica a la elección expresa o tácita del Derecho aplicable (véase art. 4).

Ejemplo 5-1

Las partes A y B celebran un contrato y acuerdan verbalmente que el contrato se registrará por el Derecho del Estado X. Dicha elección es válida desde el punto de vista formal.

Ejemplo 5-2

Las partes A y B celebran un contrato verbal sin acordar expresamente el Derecho aplicable. Sin embargo, de los términos del mismo y de las circunstancias conexas resulta claramente una elección tácita del Derecho del Estado X. Dicha elección del Derecho del Estado X es válida desde el punto de vista formal.

Ejemplo 5-3

La parte A (establecida en el Estado W) y la parte B (establecida en el Estado X) celebran un contrato y acuerdan que se rija por el Derecho del Estado Y. El contrato se redacta en la lengua oficial del Estado Z y no hay testigos presentes en la formalización del mismo. La elección del Derecho del Estado Y es válida desde el punto de vista formal.

Norma sustantiva de Derecho internacional privado

- 5.3 A diferencia de otras disposiciones de los Principios, el artículo 5 no es una norma de conflicto de leyes (que remite a un sistema jurídico nacional), sino más bien una norma sustantiva de Derecho internacional privado que se justifica por varios motivos. 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, incluidas las disposiciones de elección del Derecho aplicable (véase art. 11 CCVIM; art. 1(2) (primera frase) y 3.1.2 de los Principios de UNIDROIT). 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*) (véase, por ejemplo, el art. 13 de la Convención de México o el art. 11(1) del Reglamento Roma I).
- 5.4 El hecho de que los Principios estén diseñados únicamente para contratos comerciales (Preámbulo, párrafo 1; art. 1(1)) hace innecesario someter la elección del Derecho aplicable a requisitos formales u otras restricciones similares para la protección de las partes supuestamente más débiles, como los consumidores o los trabajadores.

Relación con otras disposiciones relativas a la validez formal

- 5.5 El artículo 5 solo se refiere a la validez formal de la elección del Derecho aplicable. El resto del contrato (el contrato principal) debe cumplir los requisitos formales de, por lo menos, un ordenamiento cuya aplicación esté permitida por la norma de Derecho internacional privado aplicable (véase art. 9(2)). Por otra parte, el Derecho elegido por las partes también rige la validez formal (y sustantiva) del contrato principal (véase art. 9(1)(e)). Los siguientes ejemplos tratan de ilustrar la relación entre los artículos 5, 9(1)(e) y 9(2) y las normas vinculantes de Derecho internacional privado aplicables respecto de la validez formal de los contratos.

Ejemplo 5-4

Las partes A y B celebran un contrato y pactan que se regirá por el Derecho del Estado X. El contrato principal es formalmente válido en términos del Derecho del Estado X, por lo que el contrato es formalmente válido.

Ejemplo 5-5

Las partes A y B celebran un contrato. De determinadas disposiciones del contrato o de las circunstancias del caso se deriva claramente una elección tácita del Derecho del Estado X. El contrato principal sería formalmente válido en términos del Derecho del Estado X, por lo que el contrato es formalmente válido.

Ejemplo 5-6

Las partes A y B celebran un contrato que contiene la designación del Derecho del Estado X. El contrato no es formalmente válido en términos del Derecho del Estado X. Sin embargo, será formalmente válido si cumple los requisitos relativos a la validez formal de cualquiera de los otros ordenamientos jurídicos cuya aplicación permite la norma aplicable de Derecho internacional privado.

Ejemplo 5-7

Las partes A y B celebran un contrato y estipulan que se regirá por el Derecho del Estado X. El contrato principal no es formalmente válido si no cumple los requisitos de forma impuestos por el Derecho del Estado X y tampoco cumple los requisitos formales de cualquiera de los otros ordenamientos cuya aplicación permite la norma aplicable de Derecho internacional privado.

- 5.6 El principio del artículo 5 (ausencia de requisitos formales para la elección del Derecho aplicable) es coherente con lo dispuesto en el artículo 7, que establece que la elección del Derecho aplicable no se puede impugnar solo sobre la base de que el contrato al que se aplica no es válido.
- 5.7 El artículo 2(3) establece que la elección del Derecho aplicable o la modificación de la misma realizada con posterioridad a la celebración del contrato no debe afectar a su validez formal.

Acuerdo en contrario

- 5.8 Si las partes acuerdan (por ejemplo, en un memorando de intenciones o de entendimiento) que una cláusula de elección del Derecho aplicable entre ambas solo surtirá efectos si se cumplen determinadas formalidades, debe respetarse su acuerdo en este sentido. Asimismo, si las partes acuerdan que una cláusula de elección del Derecho aplicable no se puede modificar, salvo que se cumplan determinadas formalidades (por ejemplo, una cláusula de exclusión de modificaciones verbales), se deberá respetar dicho acuerdo (véanse arts. 2.1.13, 2.1.17 y 2.1.18 de los Principios de UNIDROIT).

Artículo 6 Acuerdo sobre la elección del Derecho aplicable y conflicto entre formularios (*battle of forms*)

Introducción

- 6.1 El artículo 6 se centra en qué Derecho determina si las partes han acordado el Derecho aplicable. El párrafo 1 distingue dos situaciones: aquellas en las que las partes han empleado "cláusulas estándar" que designan Derechos aplicables diferentes (véase art. 6(1)(b)); y todas las situaciones restantes (véase art. 6(1)(a)). El párrafo 2 introduce una excepción aplicable, en principio, a ambas situaciones.
- 6.2 El artículo 6(1)(a) sigue una norma de Derecho internacional privado consagrada en los instrumentos internacionales, supranacionales o regionales, como el Reglamento Roma I (art. 10(1)) y la Convención de México (art. 12(1)).
- 6.3 El artículo 6(1)(b) introduce una nueva subnorma que aplica la norma del artículo 6(1)(a) identificando el Derecho presuntamente elegido en las situaciones en las que las partes han utilizado cláusulas estándar que designan Derechos aplicables diferentes. La nueva subnorma promueve la tan necesaria seguridad jurídica proporcionando una solución clara a un problema recurrente que los responsables de la producción normativa no han abordado y que los tribunales no han sido capaces de resolver de forma coherente y previsible. Esta disposición busca maximizar la autonomía de la voluntad, evitando al mismo tiempo complejidades innecesarias.
- 6.4 El artículo 6(2) establece una cláusula de excepción limitada similar a las disposiciones de otros instrumentos internacionales, supranacionales o regionales, como el Reglamento Roma I (art. 10(2)) y la Convención de México (art. 12(2)).

Aplicación del Derecho presuntamente elegido

- 6.5 Al igual que otros instrumentos internacionales y regionales, el art. 6(1)(a) establece que el Derecho presuntamente elegido por las partes determina si han llegado a un acuerdo respecto del Derecho aplicable. Si dicho Derecho confirma la existencia de una elección, será ese Derecho el que se aplique al contrato principal, salvo que la parte contraria pueda demostrar la inexistencia del acuerdo conforme a la excepción limitada del artículo 6(2) (véanse apdos. 6.28-6.29).
- 6.6 El artículo 6 evita el uso de la expresión "existencia y validez material de la elección del Derecho aplicable", que se emplea en otros instrumentos. Estos términos técnicos pueden tener significados distintos según los Estados y podrían contribuir a ampliar los motivos de impugnación del Derecho elegido, poniendo así en peligro la seguridad jurídica que los Principios tratan de ofrecer. En su lugar, el artículo 6 emplea el término no técnico "acuerdo", con la intención de abarcar todas las cuestiones relativas a si las partes han efectuado una elección del Derecho aplicable.

- 6.7 La coacción, la falsedad, el error u otros vicios del consentimiento son algunos de los motivos que las partes pueden invocar para demostrar la ausencia de "acuerdo", si afectan de forma específica al acuerdo de las partes sobre la elección del Derecho aplicable, lo cual habrá que analizar de forma independiente del contrato principal (véase art. 7). La existencia y los efectos de estos vicios del consentimiento deben determinarse conforme al Derecho presuntamente elegido o, si la excepción del artículo 6(2) resulta aplicable, conforme al Derecho designado en dicho párrafo.

Elección del Derecho aplicable mediante cláusulas estándar

- 6.8 En las negociaciones de contratos internacionales, las partes que celebran contratos similares elaboran formularios modelo o condiciones generales para su empleo en estos contratos. Según una definición ampliamente aceptada establecida en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (art. 2:209, apdo. 3), "las condiciones generales del contrato son cláusulas que han sido redactadas de antemano para una pluralidad de contratos de cierta clase, y que no han sido negociadas de manera individual entre las partes". Según los Principios de UNIDROIT (art. 1.1.19, apdo. 2), "cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte". Un método habitual empleado por las partes para negociar operaciones es el intercambio de documentos que contienen cláusulas específicas de cada operación, así como formularios modelo redactados previamente que contienen sus respectivas cláusulas estándar.
- 6.9 En los contratos internacionales, las partes incluyen a menudo cláusulas de elección del Derecho aplicable en sus formularios modelo. Los Principios no exigen que el acuerdo de las partes sobre la elección del Derecho aplicable revista una forma particular (véanse arts. 4 y 5). Así pues, la elección del Derecho aplicable puede efectuarse perfectamente en formularios modelo. Si ambas partes designan el mismo Derecho en sus cláusulas estándar, o si solo una parte emplea una cláusula de elección del Derecho aplicable, se aplica el artículo 6(1)(a) y el Derecho designado determina si ha existido efectivamente un "acuerdo" al respecto. Si conforme a ese Derecho se puede determinar que ha existido acuerdo sobre el Derecho aplicable (véanse apdos. 6.5-6.7), ese Derecho elegido regirá el contrato principal como Derecho aplicable.

Elección del Derecho aplicable en caso de conflicto entre formularios modelo (*battle of forms*)

- 6.10 Sin embargo, las condiciones establecidas por una y otra parte en los formularios modelo difieren a menudo. Esta situación se denomina comúnmente "conflicto entre formularios" (*battle of forms*). A nivel de Derecho sustantivo, las normas aplicadas en las jurisdicciones nacionales para resolver el conflicto entre formularios se suelen encuadrar en una de las siguientes cuatro categorías: (1) la "norma de la primera remisión", según la cual prevalece el formulario usado en primer lugar entre las partes; (2) la "norma de la última remisión", según la cual prevalece el formulario usado en último lugar entre las partes; (3) la "norma de la exclusión", según la cual se ignoran ambos formularios modelo; y (4) soluciones híbridas que combinan elementos de las soluciones anteriores.

- 6.11 Los formularios modelo usados por las partes en los contratos internacionales suelen contener cláusulas contradictorias de elección del Derecho aplicable. En esos casos, se debe aplicar una de las normas descritas en el apartado 6.10 para resolver esta incoherencia. Si los formularios modelo usados por las partes contienen cláusulas de elección del Derecho aplicable que designan Derechos diferentes, se plantea la dificultad de determinar cuál de ellos se debe aplicar para resolver el "conflicto entre formularios" resultante. Los instrumentos internacionales, supranacionales o regionales existentes, y la mayoría de las leyes de Derecho internacional privado, aún no han abordado esta cuestión relativa a la determinación del Derecho aplicable en caso de conflicto entre las cláusulas de elección del Derecho aplicable contenidas en formularios modelo. La doctrina está dividida en lo relativo a qué Derecho resulta aplicable, y se han propuesto diferentes soluciones, algunas de complejidad considerable. A menudo, los tribunales evitan o sortean esta cuestión, o aplican simplemente la *lex fori*. En consecuencia, si ambas partes de los contratos internacionales emplean sus formularios modelo, son incapaces de predecir de forma fiable qué Derecho acabará rigiendo el contrato, lo cual cobrará importancia generalmente cuando se suscite un conflicto.
- 6.12 Si los formularios modelo de cada parte contienen una cláusula de elección del Derecho aplicable, pero esas cláusulas designan Derechos distintos, la resolución del conflicto resulta complicada, ya que dichos Derechos pueden resolverlo de forma distinta. Esta dificultad y la forma de solventarla se abordan en el artículo 6(1)(b). Este artículo establece una norma novedosa, con la intención de ofrecer soluciones claras y predecibles a este problema complejo. Las siguientes situaciones ilustran estas soluciones en distintas circunstancias.

a) *Situaciones que presentan un falso conflicto: artículo 6(1)(b), 1.ª parte*

- 6.13 En la primera hipótesis, los ordenamientos designados por las partes establecen ambos una "norma de la última remisión" para solucionar el conflicto entre formularios:

Hipótesis 1:

La parte A realiza una oferta, remitiéndose a sus cláusulas estándar, que contienen una cláusula que establece que al contrato le resultará aplicable el Derecho del Estado X. La parte B manifiesta su aceptación de la oferta, remitiéndose a sus propias cláusulas estándar, que establecen como Derecho aplicable el Derecho del Estado Y. Respecto de las situaciones en las que se produce un conflicto entre formularios, la legislación nacional de los Estados X e Y establecen ambas que prevalecen las cláusulas estándar invocadas en último lugar (norma de la última remisión).

- 6.14 La hipótesis 1 se encuadra en el ámbito de aplicación del artículo 6(1)(b), 1.^a parte, que establece que "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". En esta primera hipótesis, si bien las partes han designado Derechos distintos (el Derecho de los Estados X e Y), ambos ordenamientos siguen la norma de la última remisión, según la cual prevalecen las cláusulas estándar alegadas en último lugar, incluida la de elección del Derecho aplicable incluida en las mismas. Dado que ambos ordenamientos designados por las partes resuelven el conflicto entre formularios a favor de las mismas cláusulas estándar, el conflicto aparente es en realidad un falso conflicto. Conforme al artículo 6(1)(b), 1.^a parte, se considera que se ha acordado la aplicación de la cláusula de elección de las cláusulas estándar invocada en último lugar (es decir, la elección del Derecho del Estado Y).
- 6.15 Resulta aplicable la misma solución si ambas partes designan en sus cláusulas estándar los ordenamientos de Estados que siguen la norma de la primera remisión. En la hipótesis 1, esto significa que se consideraría que se ha acordado la aplicación del Derecho del Estado X.

b) Situaciones que presentan un verdadero conflicto: artículo 6(1)(b), 2.^a parte

- 6.16 En la segunda hipótesis, los ordenamientos designados por las partes prevén soluciones distintas al conflicto entre formularios:

Hipótesis 2: La parte A, el oferente, designa en sus cláusulas estándar el Derecho del Estado X, y la parte B, el receptor de la oferta, designa el Derecho del Estado Y. Uno de los ordenamientos designados sigue la norma de la primera remisión, mientras que el otro sigue la norma de la última remisión.

- 6.17 La hipótesis 2 presenta un *verdadero conflicto*, ya que las partes han designado ordenamientos diferentes que resuelven el conflicto de forma distinta. Esta hipótesis se encuadra en el ámbito de aplicación del artículo 6(1)(b), 2.^a parte: "si las partes utilizaron cláusulas estándar que designan dos Derechos diferentes y [...] si según estos Derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, [...] no habrá elección del Derecho". Esto significa que, en la hipótesis 2, se deben ignorar las cláusulas de elección del Derecho aplicable de ambas cláusulas estándar y se debe determinar el Derecho aplicable conforme a las normas previstas en defecto de elección contractual. Así pues, el artículo 6(1)(b), 2.^a parte, establece una norma de exclusión a nivel de Derecho internacional privado.
- 6.18 En la tercera hipótesis, uno o ambos ordenamientos jurídicos designados por las partes aplican la norma de exclusión ante el conflicto entre formularios:

Hipótesis 3: La parte A designa en sus cláusulas estándar el Derecho del Estado X y la parte B designa el Derecho del Estado Y. El Estado X aplica una norma de exclusión, mientras que el Estado Y aplica una norma diferente, ya sea la norma de la primera remisión o la de la última remisión.

- 6.19 Este caso también presenta un *verdadero conflicto* que entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 6(1)(b): "las partes utilizaron cláusulas estándar que designan Derechos diferentes y según uno de estos Derechos o ambos Derechos no prevalece ninguna". Dado que por lo menos uno de los Derechos designados prevé una norma de exclusión, "no prevalece ninguna" de las cláusulas estándar, y por tanto se deben ignorar ambas. Por consiguiente, el resultado es que "no habrá elección del Derecho". Tal y como ocurre en la hipótesis 2, el Derecho aplicable se debe determinar conforme a las normas aplicables en defecto de elección contractual (no recogidas en los Principios).

Cuestiones generales

- 6.20 A nivel de Derecho sustantivo, algunos sistemas aplican una norma a situaciones de conflicto entre formularios si concurren determinadas circunstancias y otra diferente si concurren otras. En los casos que se rigen por estos sistemas, la determinación de qué cláusulas estándar "prevalecen" conforme al artículo 6(1)(b) debe fundamentarse en las circunstancias correspondientes que concurren no en general, sino *en el caso específico objeto de análisis*.
- 6.21 En ocasiones, puede resultar difícil determinar con precisión la posición y la norma exactas de un ordenamiento extranjero respecto de los conflictos entre formularios. Esto puede ser especialmente problemático en aquellos sistemas en los que la carga de probar el contenido de la legislación extranjera no recae sobre las partes, sino sobre el órgano jurisdiccional. Por tanto, al adoptar los Principios, los legisladores nacionales o internacionales deben valorar la posibilidad de imponer un deber a las partes de ayudar al tribunal, o de cooperar con él, en la determinación de la posición o norma extranjera correspondiente, si dicho deber no ha sido impuesto ya por su legislación procesal. En un contexto arbitral, las partes están obligadas a cooperar en la resolución del conflicto, dada la naturaleza contractual de su acuerdo arbitral. Las partes pueden estar sometidas a una obligación complementaria de cooperación si los reglamentos arbitrales aplicables así lo establecen.
- 6.22 Algunos sistemas aún no han adoptado posición alguna respecto de los conflictos entre cláusulas estándar. En casos en los que interviene al menos uno de estos sistemas, será imposible determinar si "según ambos Derechos (designados)" (a) "prevalecen las mismas cláusulas estándar" o (b) "prevalecen distintas cláusulas estándar" (véase art. 6(1)(b)). Este caso debería tratarse como un supuesto en el que "no prevalece ninguna" de las cláusulas estándar, y por tanto "no habrá elección del Derecho" (véase art. 6(1)(b), *in fine*).

Los Principios y la CCVIM

- 6.23 Los contratos de compraventa de mercaderías son un tipo de contratos internacionales particularmente frecuentes que implican el intercambio de condiciones estándar. La CCVIM puede ser de aplicación a dichos contratos. Esta Convención está en vigor en más de 80 países de todo el mundo. Dada su importancia práctica, parece pertinente detenerse en la relación entre los Principios y este texto. La interpretación de la CCVIM que aquí se efectúa por parte de la Conferencia de La Haya o sus miembros no pretende ser exclusiva ni oficial.
- 6.24 En muchos casos, la parte de una compraventa internacional designa en sus cláusulas estándar el Derecho de un Estado Contratante de la CCVIM como Derecho aplicable sin más especificaciones al respecto. Según la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, la elección del Derecho de un Estado Contratante de la CCVIM incluye el texto de esta Convención. También resulta común que una parte designe el Derecho de un Estado Contratante de la CCVIM en las cláusulas del contrato, pero excluya expresamente la aplicación del mismo, pues su artículo 6 así lo autoriza.

La hipótesis 4 combina estas dos prácticas que son muy frecuentes en los contratos internacionales de compraventa:

Hipótesis 4: La parte A de un contrato de compraventa transfronterizo designa en las cláusulas del contrato el Derecho del Estado X, que es parte de la CCVIM, como Derecho aplicable al contrato. La parte B designa en sus cláusulas el Derecho del Estado Y, que también es parte de la CCVIM, pero excluye explícitamente su aplicación. El Derecho general de contratos del Estado Y se rige por una norma de exclusión (knock-out rule). El litigio se plantea ante un tribunal de un Estado Contratante de la CCVIM.

- 6.25 Si se cumplen las condiciones para aplicar la CCVIM a tenor de sus artículos 1 y ss., el tribunal del Estado contratante está obligado por la misma a aplicarla. No obstante, en virtud del artículo 6 de la CCVIM, las partes pueden excluir su aplicación. Si las partes celebran un acuerdo sobre elección de Derecho aplicable que excluya la CCVIM, ésta no será de aplicación.
- 6.26 El artículo 7 de los Principios adopta el principio de separabilidad, conforme al cual el acuerdo de elección del Derecho aplicable no es un pacto independiente que se puede distinguir del contrato principal (por ejemplo, el de compraventa). Ello significa que, en la hipótesis 4, los Principios rigen el acuerdo de elección del Derecho aplicable, mientras que la CCVIM regula el contrato de compraventa (esto es, el contrato principal).

6.27 Conforme a los Principios, el conflicto entre formularios empleados para articular el acuerdo de elección del Derecho aplicable que se apreciaba en la hipótesis 4 queda comprendido en el alcance del artículo 6(1)(b). Ello obedece a que: (a) Las cláusulas estándar de la parte A designan el Derecho del Estado X, que incluye la CCVIM, y el artículo 19 de esta última (según interpretan la jurisprudencia y la doctrina) dispone que se aplique la norma de exclusión o de última remisión; y (b) las cláusulas estándar de la parte B excluyen la CCVIM y designan el Derecho del Estado Y, que dispone (en el Derecho general de los contratos) una norma de exclusión. En esta situación, según uno de los Derechos designados (o los dos, en función de la interpretación de la CCVIM), se aplica la norma de exclusión y "no prevalece ninguna de las cláusulas estándar", de lo que se sigue que "no habrá elección del Derecho aplicable". En consecuencia, a tenor de los Principios, pueden pasarse por alto los pactos de elección del Derecho aplicable contenidos en las cláusulas estándar de las partes A y B, así como la exclusión de la CCVIM en las cláusulas de esta última. Así pues, los pactos sobre elección de Derecho de las cláusulas estándar de ambas no serían de aplicación y, en la hipótesis 4, el contrato de compraventa se regiría por la CCVIM.

Cláusula de excepción limitada

6.28 Comúnmente se acepta que, en determinadas circunstancias, la determinación de si la parte ha consentido la elección del Derecho aplicable no debe hacerse en función del Derecho supuestamente elegido, como dispone el artículo 6(1) (véase artículo 10(2) del Reglamento Roma I). A tal fin, el artículo 6(2) introduce una cláusula de excepción. Su aplicación se supedita a dos condiciones concurrentes: en primer lugar, "si, en vista de las circunstancias, no fuere razonable determinarlo según el Derecho mencionado en el párrafo precedente [1]"; y, en segundo lugar, si no puede determinarse que existe un pacto válido de elección de Derecho aplicable conforme al Derecho del Estado en el que la parte que alega esta disposición tiene su establecimiento (por ejemplo, por razones de coacción o fraude, o de las consecuencias del silencio en el proceso de formación del contrato).

Ejemplo 6-1

La parte A, establecida en el Estado X, remite una oferta a la parte B, establecida en el Estado Y, que contiene una cláusula de elección de Derecho aplicable en la que se designa el Derecho del Estado X. Según la legislación de este último, el silencio por parte del receptor de la oferta se presume aceptación tácita. Sin embargo, según el Derecho del Estado Y, el silencio no constituye aceptación. La parte B puede alegar el Derecho del Estado Y a fin de demostrar que no consintió la elección. El tribunal o tribunal de arbitraje aplicará el Derecho del Estado Y si estima que "en vista de las circunstancias" no sería "razonable" presumir el consentimiento de B al acuerdo de elección del Derecho aplicable según el Derecho del Estado X.

Ejemplo 6-2

La parte A, establecida en el Estado X, envía a la parte B, establecida en el Estado Y, una oferta para celebrar un contrato. El contrato propuesto designa el Derecho del Estado X como Derecho aplicable. La parte B comunica la aceptación de la oferta en circunstancias de coacción económica, pero esta circunstancia no supone vicio del consentimiento según la normativa del Estado X. Sin embargo, conforme al Derecho del Estado Y, la coacción económica viciaría el consentimiento de la parte B, que puede alegar dicha ley para demostrar que no ha existido consentimiento válido. El tribunal o tribunal de arbitraje aplicará el Derecho del Estado Y si llega a la conclusión de que, en las circunstancias, "no sería razonable" decidir la cuestión de la existencia de consentimiento válido por parte de B en función del Derecho del Estado X.

- 6.29 El artículo 6(2) constituye una excepción al artículo 6(1)(a) que solo se aplicará en casos muy raros, comprendidos en el ámbito de la letra (b), primera parte, del artículo 6(1). Este artículo 6(2) no es aplicable a situaciones comprendidas en el artículo 6(1)(b), segunda parte, porque en ellas los Principios aplican una norma de exclusión y, por tanto, "no existe elección del Derecho aplicable".

Artículo 7 Separabilidad

Introducción

- 7.1 Este artículo introduce el principio de separabilidad, según el cual el acuerdo de elección de Derecho aplicable es autónomo e independiente del contrato que lo contiene o al que se aplica. En consecuencia, la nulidad del contrato no invalida necesariamente dicho pacto; más bien, el Derecho elegido por las partes se aplica a las cuestiones que deberán solventarse a raíz de la invalidez del contrato principal, a menos que el acuerdo de elección de Derecho aplicable sea asimismo nulo, analizado en sí mismo. Si el acuerdo no se ve afectado, la alegación de nulidad, inexistencia o ineficacia del contrato principal debe analizarse de conformidad con el Derecho elegido por las partes.

La elección del Derecho aplicable de las partes, considerada de forma autónoma del contrato al que se aplica

- 7.2 La elección del Derecho aplicable se basa en un acuerdo entre las partes, que tiene un objeto concreto y presenta un carácter autónomo frente al contrato al que se aplica. Ello responde al planteamiento adoptado en los instrumentos internacionales y de la UE, como el artículo 10 del Reglamento Roma I, según el cual la elección del Derecho aplicable de las partes debe someterse a un juicio independiente que no está automáticamente vinculado a la validez del contrato principal.

Ejemplo 7-1

El contrato se declara nulo por causa de error según el Derecho del Estado X. La validez del acuerdo de elección del Derecho aplicable no se ve afectada a menos que se vea viciada por el mismo error.

Ejemplo 7-2

Las partes A y B celebran un contrato que contiene la designación del Derecho del Estado X. La parte A reclama la ejecución de lo estipulado. La parte B alega que el contrato debe considerarse una operación de gran trascendencia y, por tanto, debería haberse sometido a la aprobación de la Junta de Accionistas que aún no se ha celebrado. Por consiguiente, sostiene que el contrato es inválido según el Derecho de Sociedades del Estado X. Si así se concluye, ello no implica automáticamente la invalidez del acuerdo entre las partes sobre Derecho aplicable, que debe suscitarse como una cuestión autónoma y analizarse en consecuencia.

Ámbito de aplicación de la norma

- 7.3 El acuerdo sobre elección del Derecho aplicable suele figurar en el contrato principal, pero a veces se desprende de las circunstancias externas, o aparece en un documento separado, otorgado con carácter previo, simultáneo o anterior al contrato al que se aplica (véase art. 4). La esencia del artículo 7 es que, aunque ese acuerdo sea parte del contrato, debe analizarse separadamente del mismo. Ello significa que el acuerdo no se verá afectado adversamente aunque se alegue que el contrato principal es nulo, inexistente o ineficaz. No obstante, si se alega que las partes no celebraron un contrato, el principio de separabilidad solo surte efecto si se demuestra que ha existido un acuerdo válido de elección de Derecho aplicable. Su existencia y validez se determina, pues, según lo dispuesto en los Principios, en particular sus artículos 4-6 y 9.
- 7.4 Los Principios no regulan el Derecho aplicable a determinadas cuestiones enumeradas en el artículo 1(3). Algunas de ellas (en especial las abordadas en el artículo 1(3)(a) relativas a la capacidad de las personas naturales y el artículo 1(3)(c) sobre sociedades y otras entidades colectivas y *trusts*) pueden guardar relación con la determinación de la validez del pacto de elección de Derecho aplicable.

La separabilidad como norma ampliamente reconocida

- 7.5 El término "separabilidad" tiene un sentido bien conocido en la bibliografía, donde se emplea para describir la "persistencia de la eficacia" de la cláusula de elección del Derecho aplicable si se declara la nulidad del contrato subyacente. Se ha empleado

aquí porque se trata de un tecnicismo consolidado. En otras lenguas no existe un único término, y se recurre a diversas expresiones, como "separable", "independiente" o "autónomo", que son vocablos que se utilizan en la bibliografía referente al arbitraje y las cláusulas de elección de Derecho aplicable.

- 7.6 La separabilidad de los acuerdos de elección de foro es la norma adoptada en el artículo 3(d) del Convenio de La Haya de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. La norma de separabilidad del artículo 7 de los Principios responde también a las soluciones adoptadas por muchos Estados, y es la presente en otros instrumentos internacionales y regionales.
- 7.7 En materia de arbitraje, los tribunales se basan en el principio de "separabilidad", "independencia" o "autonomía" para desestimar la oposición a la competencia del órgano arbitral basada en la nulidad del contrato. Se trata de un principio ampliamente aceptado por los Estados parte de la Convención de Nueva York y se menciona expresamente en el Ley Modelo de la CNUDMI (art. 16(1)), así como en numerosas normas de arbitraje internacional o institucional.

La elección de Derecho aplicable de las partes no se puede impugnar "solo sobre la base de que el contrato al que se aplica no es válido"

- 7.8 El adverbio "solo" significa que la invalidez formal o material del contrato principal no implica automáticamente la nulidad del acuerdo de elección del Derecho aplicable, que sólo puede declararse nulo por razones que le afecten específicamente.
- 7.9 La nulidad del contrato principal puede o no afectar a la elección por las partes del Derecho aplicable, pero ello depende de las circunstancias concretas. Por ejemplo, los argumentos centrados en invalidar el consentimiento de las partes en el contrato principal no suponen que se impugne su consentimiento al acuerdo de elección del Derecho aplicable, a menos que se aprecien circunstancias que demuestren la falta de consentimiento en *ambos* acuerdos.

Ejemplo 7-3

Las partes A y B celebran un contrato que contiene un acuerdo que se rige por el Derecho del Estado X. La parte A cumple sus obligaciones pero, conforme a la legislación del Estado X, el contrato es nulo por falta de consentimiento. En las circunstancias del caso, no puede afirmarse que la falta de consentimiento se extienda al pacto de aplicar el Derecho del Estado X. Por todo ello, se aplica ese Derecho para determinar las consecuencias de la nulidad, en particular, el derecho de restitución si el contrato ya se ha cumplido total o parcialmente.

Existencia de un vicio que afecta tanto al acuerdo de elección del Derecho aplicable como al contrato principal

- 7.10 En algunas situaciones, este acuerdo se ve afectado por un vicio que se extiende tanto al mismo como al contrato al que se aplica. Así sucede concretamente cuando uno y otro, aun siendo independientes, están viciados por el mismo tipo de fraude o cuando una parte carece de capacidad de obrar (un menor que no puede contratar tampoco puede pactar el Derecho aplicable). Con todo, debe recordarse que los Principios no se refieren a las normas que regulan la capacidad de las personas físicas (véase art. 1(3)).

Ejemplo 7-4

Se declara nulo un contrato porque la parte A sobornó a la parte B, o porque la primera carecía de capacidad de obrar. Ello implica que el acuerdo de elección del Derecho aplicable contenido en el contrato, o sujeto al mismo vicio de consentimiento en el momento de la celebración, también es nulo.

- 7.11 La cláusula de elección de Derecho aplicable se ve afectada cuando el vicio que causa la nulidad del contrato principal se extiende necesariamente, por su propia naturaleza, a la propia cláusula. En tal situación, la nulidad repercutirá también en otras cláusulas, como la de elección del foro o el recurso al arbitraje, contenidas en el mismo contrato.

Artículo 8 Exclusión del reenvío

Introducción

- 8.1 Los Principios parten de la autonomía de la voluntad de las partes y les permiten elegir el Derecho por el que debe regirse su contrato. El artículo 8 trata de si la elección de las partes del Derecho de un Estado incluye sus normas sobre Derecho internacional privado. En algunos casos, la aplicación de las normas de Derecho internacional privado de otro Estado (en este caso, el designado) puede remitirse al Derecho del Estado del foro o al Derecho de un tercer Estado. Se trata del llamado principio de reenvío.
- 8.2 El artículo 8 establece como regla que la elección de las partes del Derecho aplicable excluye las normas de Derecho internacional privado de dicho ordenamiento. Esta regla general evita la posibilidad de reenvío no intencionado y, por tanto, se ajusta a la intención aparente de las partes.
- 8.3 No obstante, en línea con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, este artículo les permite, a modo de excepción, incluir las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento elegido, siempre que lo hagan *de forma expresa*.

- 8.4 Según se emplea en este precepto, la expresión "normas de conflicto de leyes" se circunscribe a las que determinan la legislación aplicable; es decir, no abarcan las normas de competencia judicial internacional, de procedimiento o de reconocimiento de sentencias extranjeras.

Exclusión del reenvío

- 8.5 El artículo 8 dispone que, en general, la elección de Derecho no incluye las normas sobre conflicto de leyes del Derecho elegido, a menos que las partes estipulen expresamente lo contrario. Este principio está en sintonía con los Convenios de La Haya que excluyen la posibilidad de reenvío, indicando que "el término "ley" significa el Derecho en vigor en un Estado, con exclusión de las normas de conflicto de leyes" (véase, por ejemplo, el art. 12 del Protocolo de La Haya de 2007). Otros instrumentos regionales e internacionales excluyen en general la posibilidad de reenvío (véase el art. 17 de la Convención de México y el art. 20 del Reglamento Roma I). Existe una excepción menor en favor del reenvío cuando el instrumento extiende sus efectos a Estados no contratantes (véanse arts. 4 y 17 del Convenio de La Haya de 1989 sobre Ley Aplicable a las Sucesiones y el art. 4(2)(b) del Convenio de La Haya de 1978 sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales).

Ejemplo 8-1

Las partes A y B celebran un contrato en el que estipulan que se registrará por "el Derecho del Estado X". Se interpreta que esta cláusula se refiere exclusivamente al Derecho sustantivo de dicho Estado, excluyéndose pues las normas de conflicto de leyes.

- 8.6 Como aspiran a servir de modelo y fomentar la uniformidad internacional del Derecho internacional privado, los Principios excluyen también la posibilidad de reenvío, salvo pacto expreso en contrario de las partes. La exclusión se atiene a la probable intención de éstas de impedir la aplicación de un ordenamiento que no sea el que ellas prevén, evitando al mismo tiempo cualquier incertidumbre o imprevisibilidad. Uno de los motivos para pactar la elección del Derecho aplicable es evitar la incertidumbre de tener que determinar el Derecho sustantivo aplicable a través de las normas de conflicto de leyes. Esta incertidumbre no podría evitarse si hubiera que interpretar que las cláusulas estándar de elección de Derecho aplicable incluyen las normas de conflicto de leyes del Estado elegido. La idea que inspira la norma del artículo 8 es la que late en los Convenios de La Haya que reconocen una autonomía (limitada) a las partes (véanse arts. 7, 8 y 12 del Protocolo de La Haya de 2007; los arts. 5, 6 y 17 del Convenio de La Haya de 1989 sobre sucesiones; los arts. 7 y 15 del Convenio de La Haya de 1986 sobre Contratos de Compraventa; y los artículos 3 a 5 del Convenio de La Haya de 1978 sobre Regímenes Matrimoniales).

- 8.7 La norma del artículo 8 no impide a las partes elegir un instrumento jurídico internacional, supranacional o regional, como la CCVIM, que regule un contrato al margen del ámbito de aplicación material o territorial del instrumento (arts. 1(1)(a) y (b) y 2 y 3 de la CCVIM) (véase comentario del art. 3). El ámbito territorial o material de dichos instrumentos debe distinguirse de las normas de conflicto de leyes del Derecho elegido en el sentido de la norma del artículo 8.
- 8.8 Por otro lado, si un instrumento o ley no estatal (véase artículo 3) elegido por las partes contiene alguna referencia al Derecho de un determinado lugar o a la *lex fori*, esta referencia debe respetarse.

Ejemplo 8-2

Las partes A y B celebran un contrato que contiene la cláusula siguiente: "El presente contrato se regirá por los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales". Según estos Principios, el tipo de interés de demora en caso de impago es, en determinadas circunstancias, el aplicable por el Derecho del Estado de la moneda de pago (art. 7.4.9(2) de los Principios de UNIDROIT). Conforme a tal referencia, debe aplicarse el Derecho del Estado de la moneda de pago.

Inclusión expresa de las normas de conflicto de leyes

- 8.9 No obstante la regla general de interpretación antes expuesta, el artículo 8 dispone que las partes podrán elegir expresamente un ordenamiento, incluidas sus normas de conflicto de leyes. Esta disposición responde al principio de autonomía de la voluntad, dado que se atiene al pacto expreso de las partes de elegir, de forma indirecta, el Derecho sustantivo aplicable a través de las normas de conflicto de leyes. Este principio, consagrado en materia de arbitraje (véase art. 28(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI) se ha extendido asimismo a los procedimientos judiciales, y se aparta de lo previsto en los Convenios de La Haya vigentes y otros instrumentos que reconocen una autonomía (limitada) a las partes sin aceptar la posibilidad de incluir normas de Derecho internacional privado (véanse párrafos 8.5 y 8.6).

Ejemplo 8-3

Un contrato estipula que "se regirá por el Derecho del Estado X, incluidas sus normas de conflicto de leyes". En tal caso, el Derecho sustantivo aplicable se determinará conforme a las normas de Derecho internacional privado de dicho Estado.

Artículo 9 Ámbito de aplicación del Derecho elegido

Introducción

- 9.1 El objeto del artículo 9 es describir el ámbito de aplicación del Derecho elegido por las partes. Su estructura es la siguiente: en primer lugar, sienta la regla general de que el Derecho elegido por las partes regula *todos los aspectos* de su relación contractual. En segundo lugar, incluye una *relación no exhaustiva* de cuestiones reguladas por ese ordenamiento. Y, en tercer lugar, dispone claramente que los Estados pueden añadir factores de conexión que sustenten la *validez formal* del contrato.
- 9.2 El artículo 9 se basa en el principio de que, salvo pacto en contrario entre las partes, el Derecho elegido regirá *todos los aspectos del contrato*. Éste se rige por el Derecho elegido por las partes desde su nacimiento hasta su extinción. Se trata de un planteamiento que garantiza la seguridad jurídica y la uniformidad de resultados y, de esta forma, reduce el incentivo de búsqueda del foro de conveniencia: el Derecho aplicable a cualquier aspecto de la relación contractual será el elegido por las partes, con independencia del tribunal o tribunal arbitral que resuelva la controversia.
- 9.3 Naturalmente, la referencia a "todos los aspectos" no impide a las partes elegir ordenamientos distintos para diferentes partes del contrato, según dispone el artículo 2(2)(b), o incluso optar por uno de ellos sólo para uno o más de los puntos mencionados en el artículo 9(1), por ejemplo, la interpretación del contrato.
- 9.4 El artículo 9(1) contiene una lista de siete cuestiones que se rigen por el Derecho elegido por las partes. La expresión "en particular" indica que la lista es meramente ilustrativa y no exhaustiva. Hay una doble razón para mencionar los siete aspectos concretos que allí figuran: en primer lugar, se trata de los elementos más importantes de cualquier contrato, por ejemplo, las letras (a) y (b): la interpretación y los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. En segundo lugar, la lista aclara que, al aplicar los Principios, algunos aspectos deben considerarse contractuales y, por tanto, deben regirse por el Derecho elegido y no por otro ordenamiento, como la *lex fori* o la *lex loci damni*. Así sucede, por ejemplo, con los períodos de caducidad y prescripción (véase art. 9(1)(d)), la carga de la prueba y las presunciones legales (véase art. 9(1)(f)) y la responsabilidad precontractual (véase art. 9(1)(g)). Ello garantiza una calificación uniforme de estas cuestiones y, en consecuencia, fomenta la uniformidad de resultados.

Ámbitos concretos

- 9.5 Los aspectos mencionados en las letras (a) (*interpretación*) y (b) (*derechos y obligaciones derivados del contrato*) del artículo 9(1) son probablemente los más significativos en la práctica y constituyen el núcleo de los elementos que se rigen por el Derecho elegido por las partes. El ordenamiento elegido determina el significado que se atribuye a los términos empleados en el contrato. Si un término de un contrato

es ambiguo, es preciso dilucidar su significado empleando los criterios de interpretación del Derecho elegido por las partes. Dicho ordenamiento determina asimismo los derechos y obligaciones de las mismas, sobre todo cuando no se han definido expresamente en el contrato. Dado que los Principios se aplican exclusivamente a los contratos, los conceptos de derechos y obligaciones deben entenderse como contractuales, sin extenderse a la vertiente extracontractual de las relaciones entre las partes (pero véase el apartado 9.12).

- 9.6 El artículo 9(1)(c) menciona *la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluso la valoración de los daños y perjuicios*. El Derecho elegido por las partes rige las condiciones para el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del mismo o del contrato, por ejemplo, el nivel de diligencia, el lugar y el momento del cumplimiento o hasta qué punto la obligación puede cumplirla una persona que no sea una de las partes (véase M. Giuliano y P. Lagarde, “Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, [1980] OJ C282, p. 32 (“Informe Giuliano-Lagarde”). El ordenamiento elegido también regula las consecuencias del incumplimiento total o parcial de dichas obligaciones, incluidas la justificación del mismo y la evaluación de los daños y perjuicios.
- 9.7 La referencia a las consecuencias del incumplimiento, incluida la valoración de los daños y perjuicios, constituye una remisión a las normas sustantivas, es decir, se incluyen en la medida en que se rigen por Derecho sustantivo y están comprendidas en las facultades conferidas al tribunal por la *lex fori* o la *lex arbitri* (véase Informe Explicativo al Convenio de La Haya de 1986 sobre Contratos de Compraventa, págs. 42-43; Informe Giuliano-Lagarde, pág. 32). Así, cuestiones tales como los recursos por incumplimiento, por ejemplo, la concesión de indemnización y su cálculo, la orden judicial de cumplimiento, la restitución, la reducción por no mitigación de pérdida o la validez de las cláusulas penales, quedan sujetos al Derecho elegido por las partes.
- 9.8 El artículo 9(1)(d) se refiere a las *los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad*. El ordenamiento elegido por las partes rige las diversas formas de extinción de las obligaciones, incluida la prescripción y la caducidad de acciones debido al paso del tiempo. Así, sus normas determinan el inicio, el cómputo y la extensión de los plazos de prescripción y caducidad, amén de sus efectos, esto es, si suponen un argumento en favor del deudor o si extinguen los derechos y acciones del acreedor. El Derecho elegido por las partes rige estas cuestiones con independencia de su calificación jurídica conforme a la *lex fori*, lo que garantiza la armonía de resultados y la seguridad jurídica (véase art. 12(g)) del Convenio de La Haya de 1986 sobre Contratos de Compraventa y el art. 12(1)(d) del Reglamento Roma I).
- 9.9 El artículo 9(1)(e) menciona *la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato, con independencia del término que se emplee para describir el resultado ("nulo" o "inválido")*. El Derecho elegido por las partes determina el nacimiento del contrato, sus condiciones de validez y los motivos para solicitar la nulidad. Si, conforme a dicho ordenamiento, el contrato es nulo o no es válido, las consecuencias resultantes, por ejemplo, la obligación de restitución o de indemnización, también se rigen por el mismo. Véase asimismo el apartado 5.5.

- 9.10 El artículo 9(1)(e) guarda estrecha relación con el artículo 7 (separabilidad de la cláusula de elección del Derecho aplicable). Según este último, puede ocurrir que la cláusula de elección del Derecho aplicable sea válida, mientras que el contrato al que se aplica no lo sea. El artículo 9 establece claramente que, en tal caso, las consecuencias de la nulidad del contrato siguen rigiéndose por el Derecho elegido por las partes.
- 9.11 El artículo 9(1)(f) menciona *la carga de la prueba y las presunciones legales*. Los Principios no regulan cuestiones probatorias o procesales; sin embargo, el Derecho elegido por las partes sí regula las presunciones legales y la carga de la prueba. Al igual que otros instrumentos internacionales, los Principios califican estas cuestiones desde una perspectiva sustantiva, no procesal (véase art. 12(g) del Convenio de La Haya de 1986 sobre Contratos de Compraventa y art. 18(1) del Reglamento Roma I). Las presunciones legales y las normas que determinan la carga de la prueba contribuyen a clarificar las obligaciones de las partes y están intrínsecamente ligadas al Derecho que rige el contrato. Es más, la consideración uniforme de estas cuestiones garantiza resultados armoniosos y es fuente de seguridad jurídica. A la inversa, las presunciones procesales, esto es, las basadas en elementos del procedimiento, como el efecto de la incomparecencia ante el tribunal o la no entrega de determinados documentos en poder de una parte, quedan excluidas del ámbito de aplicación del ordenamiento elegido. Lo mismo sucede con la forma de la prueba y sus criterios de valoración.
- 9.12 Por último, en el artículo 9(1)(g) se mencionan *las obligaciones precontractuales*. Según los Principios, el Derecho elegido por las partes rige sus derechos y obligaciones durante el período de formación de contrato y la posible responsabilidad que puede nacer del mismo, por ejemplo, la información o los compromisos manifestados por las partes durante ese período. Por tanto, una vez que las partes concluyen un contrato, las obligaciones nacidas de las negociaciones previas al mismo quedan también sujetas al Derecho aplicable al contrato. No obstante, incluso antes de que se suscriba el contrato, las partes pueden elegir el Derecho aplicable a las negociaciones contractuales y, por ende, a la responsabilidad precontractual derivada, por ejemplo, de una ruptura inesperada de las mismas.

Validez formal

- 9.13 El artículo 9(2) dispone que el artículo 9(1)(e), que establece que el Derecho elegido regula la validez formal del contrato, no obsta a la aplicación de "cualquier otro Derecho aplicable" en el que se sustente la validez formal del contrato. Ese "otro Derecho aplicable" se determina conforme a las normas de conflicto de leyes que se sigan en el Estado del foro o que aplique el tribunal de arbitraje correspondiente. Así, el párrafo 2 nace del objetivo de promover una política de *favor negotii* común en la mayoría de instrumentos y convenios de Derecho Internacional Privado. Este principio se refleja en las normas de elección del Derecho aplicable cuyo objeto es favorecer la validez formal del contrato autorizando la aplicación de cualquiera de los ordenamientos o Derechos que se mencionan en los que pueda sustentarse el contrato en cuanto a su forma (factores alternativos de conexión). Los Derechos mencionados suelen incluir el Derecho del Estado de formación de contrato y el del Estado de domicilio de las partes o del Estado en el que estaban presentes sus

representantes respectivos en el momento de suscribir el contrato. El artículo 9(2) permite a los tribunales o tribunales de arbitraje aplicar estas normas cuando la forma de contrato no sea válida conforme al Derecho elegido. No obstante, una vez determinado el Derecho aplicable al contrato, cualquier modificación al respecto se entiende sin perjuicio de la validez formal del mismo (véase art. 2(3)). Véase asimismo el apartado 5.5.

Artículo 10 Cesión

Introducción

- 10.1** El artículo 10 establece el Derecho aplicable a cuestiones importantes en las operaciones de cesión cuando los derechos y obligaciones de las partes se definen en dos (o más) contratos formalizados por ellas, combinadas de distinta manera. En dichos contratos se estipulan distintos pactos en materia de elección de Derecho.
- 10.2** Aun cuando los Principios doten de pleno efecto a la autonomía de la voluntad, determinar el Derecho aplicable a cuestiones concretas de operaciones, tales como las cesiones en las que los derechos y obligaciones de las partes se definen en dos o más contratos conexos que las partes han formalizado combinándose de distinta manera y que reflejan diversos pactos sobre Derecho aplicable, plantea cuestiones complejas. Esta situación puede darse en el marco de una cesión (en la que el contrato que crea la obligación cedida se rige por el Derecho de un Estado, mientras que el contrato de cesión está sujeto al ordenamiento de otro Estado distinto), así como en otros contextos, como una subrogación o delegación. Ante situaciones complejas como ésta, los Principios se centran en la cesión, pues se trata de operaciones recurrentes y de importancia en los usos comerciales internacionales.
- 10.3** Las cesiones y otras operaciones complejas similares que comporten contratos que se solapan no presentan ninguna singularidad a la hora de determinar el Derecho aplicable a cada uno de los contratos considerados por separado. Sin embargo, la situación se complica cuando se trata de dirimir aquellas cuestiones específicas relativas a la confluencia de dichos contratos, en especial, cuando se rigen por distintos Derechos. Al fin y al cabo, el derecho de reclamación frente al deudor sobre el contrato cedido nace de la combinación del contrato cedido y el contrato de cesión, pero existe la posibilidad de que las partes los hayan sometido a distintos ordenamientos.

Hipótesis: Un contrato entre el deudor y el acreedor (contrato 1) otorga a este último un derecho de reclamación de una suma monetaria frente al primero. El contrato 1 se rige por el Derecho del Estado X y, a tenor de los Principios, la designación del Derecho aplicable surte efecto. De conformidad con un contrato entre el acreedor y el cesionario (contrato 2), el acreedor cede al cesionario sus derechos de reclamación frente al deudor dimanantes del contrato 1. El contrato 2 se rige por el Derecho del Estado Y y, en virtud de los Principios, se respeta la designación del Derecho aplicable. Si se consideran estos contratos en su conjunto puede originarse un derecho frente al deudor a favor del cesionario.

- 10.4 En la hipótesis, el cesionario no era parte en el contrato 1 y no participó en la elección del Derecho aplicable. Del mismo modo, el deudor tampoco era parte en el contrato 2 y no intervino en dicha elección. Así pues, no puede afirmarse que sea posible determinar qué Derecho se aplicaba a la relación entre las partes nacida de la confluencia de los dos contratos dotando meramente de efecto a su elección. Por consiguiente, resulta útil examinar el efecto de dicha elección en las transacciones de cesión ante la posible confusión respecto del Derecho por el que se rigen determinados aspectos de la relación entre deudor, cedente y cesionario cuando el contrato entre deudor y acreedor/cedente está sujeto a un Derecho distinto del que rige el contrato entre acreedor/cedente y cesionario.
- 10.5 Aunque los Principios, reconocedores de la autonomía de la voluntad, permiten a las partes elegir el Derecho por el que se rige un contrato, de tal manera que el contrato 1 de la hipótesis se somete al ordenamiento del Estado X (de conformidad con la elección de las partes del mismo) y el contrato 2 se rige, de la misma manera, por el Derecho del Estado Y, la primacía que conceden los Principios a la autonomía de la voluntad revela poco sobre las cuestiones de Derecho aplicable que afectan a la relación entre las partes que no han formalizado ningún contrato entre sí (como en el caso del deudor y el cesionario) y, por ende, no han ejercido su autonomía para elegir el Derecho por el que se rigen estas cuestiones. Si bien el acreedor y el cesionario han optado por someter su contrato al Derecho del Estado Y, el deudor no ha consentido en su aplicación. De la misma manera, mientras que el deudor y el acreedor lo han sometido al Derecho del Estado X, el cesionario no ha consentido en su aplicación. Así pues, por todo lo anterior, es imposible sostener que la aplicación del Derecho del Estado X o del Estado Y a la relación entre el deudor y el cesionario nacida de la interacción de ambos contratos sea una mera aplicación de la autonomía de la voluntad.
- 10.6 Por consiguiente, si bien los Principios dejan, por lo general, a la autonomía de la voluntad la elección del Derecho aplicable a la relación entre las partes vinculadas por un contrato, se precisan normas para esclarecer qué Derecho se aplica cuando el respeto a la elección conjunta carece de sentido real, pues las partes no han formalizado ningún contrato entre sí. Estas normas se disponen en el artículo 10.

Determinación y aplicación de los Principios a la resolución de los problemas que plantean las cesiones

- 10.7 El artículo 10 se basa en dos principios: (i) los derechos y obligaciones entre dos partes que nazcan de un contrato entre ellas deben regirse por el Derecho aplicable a dicho contrato; y (ii) las obligaciones contractuales deben continuar sujetas al Derecho aplicable al contrato que generó la obligación, incluso después de que el acreedor ceda sus derechos a un tercero respecto de dicha obligación. Aplicar ambos principios a la relación que crea la cesión conduce a las normas que establece el artículo 10(a) y (b).
- 10.8 En primer lugar, en virtud de la norma dispuesta en el artículo 10(a), los derechos y obligaciones mutuos dimanantes del contrato se rigen por el Derecho elegido por cedente y cesionario en el contrato de cesión. Se trata de una aplicación del principio según el cual los derechos y obligaciones recíprocos nacidos del contrato celebrado entre dos partes deben regirse por el Derecho que le sea aplicable.

Ejemplo 10-1

A la vista de las circunstancias referidas en la hipótesis, las obligaciones contractuales creadas entre el acreedor y el cesionario en virtud del contrato 2 y la determinación de si, entre ellos dos, el contrato 2 supone la cesión efectiva de los derechos del acreedor en virtud del contrato 1 al cesionario se rigen por el Derecho del Estado Y.

- 10.9 En segundo lugar, en virtud de la norma prevista en el artículo 10(b)(i), el Derecho que elijan deudor y acreedor en el contrato que genera la deuda determina la oponibilidad de la cesión frente al deudor. He aquí una aplicación del principio según el cual las obligaciones contractuales deben continuar sometándose al Derecho por el que se rige el contrato que las creó, incluso cuando el acreedor haya cedido a un tercero sus derechos respecto de las mismas (véase art. 2).

Ejemplo 10-2

A la vista de las circunstancias referidas en la hipótesis, la cuestión de si el cesionario puede oponer frente al deudor la cesión al cesionario de los derechos que el contrato 1 confiere al acreedor (en particular determinar los efectos de las cláusulas que prohíban la cesión en dicho contrato) se rige por el Derecho del Estado X.

- 10.10 En tercer lugar, en virtud de la disposición contenida en el artículo 10(b)(ii), los derechos del cesionario frente al deudor resultantes de la cesión se rigen por el Derecho que hayan pactado deudor y acreedor en el contrato que genera la deuda. He aquí otra aplicación del principio según el cual las obligaciones contractuales deben continuar someténdose al Derecho por el que se rige el contrato del que nacen, incluso cuando el acreedor haya cedido a un tercero sus derechos respecto de dicha obligación.

Ejemplo 10-3

A la vista de las circunstancias referidas en la hipótesis, y si se presume que el cesionario puede oponer la cesión frente al deudor, la naturaleza y el alcance de la obligación de este último frente al cesionario (en particular esclarecer el efecto de las doctrinas jurídicas que sostienen que el deudor no puede aducir frente al cesionario aquellos argumentos que el deudor pudiera haber formulado contra el acreedor) se rigen por el Derecho del Estado X.

- 10.11 En cuarto lugar, en virtud de la norma que establece el artículo 10(b)(iii), el Derecho elegido por el deudor y el acreedor en el contrato por el que se crea la deuda determina el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor. He aquí otra aplicación del principio según el cual las obligaciones contractuales deben continuar sometiéndose al Derecho por el que se rige el contrato del que dimanen, incluso cuando el acreedor haya cedido a un tercero sus derechos respecto de las mismas.

Ejemplo 10-4

A la vista de las circunstancias referidas en la hipótesis, y si se presume que el cesionario puede oponer la cesión al deudor, la cuestión de si el deudor se ha liberado de la obligación frente al cesionario resultante de la cesión (por cumplimiento del deudor o de otra manera) se rige por el Derecho del Estado X.

Precedentes internacionales

- 10.12 La cuestión del Derecho por el que se rigen las obligaciones cedidas se aborda en la Convención de Créditos de las Naciones Unidas, así como en el Reglamento Roma I y en la Guía de Operaciones Garantizadas de la CNUDMI, precedentes con los que es acorde el artículo 10. La Convención de Créditos de las Naciones Unidas (art. 28(1)) (recomendación 216 de la Guía) remite las cuestiones entre cedente y cesionario al Derecho por el que se rige la cesión, y deja su elección a la autonomía de la voluntad: "Los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y del cesionario derivados del acuerdo entre ellos se regirán por la ley que éstos hayan elegido". La Convención de Créditos de las Naciones Unidas (art. 29) (recomendación 217 de la Guía) aborda la cuestión de la relación entre el deudor en el contrato cedido y el cesionario: "La ley por la que se rija el contrato originario determinará los efectos de las limitaciones contractuales sobre la cesión entre el cesionario y el deudor, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones en que podrá oponerse la cesión al deudor y la cuestión de si el deudor ha quedado o no liberado de sus obligaciones".

Cuestiones conexas

- 10.13 Existen otras situaciones en las que se establecen los derechos por remisión a dos o más contratos entre distintos grupos de partes, como la subrogación y la delegación. Si bien el artículo 10 no dispone las normas para determinar el Derecho aplicable a las distintas cuestiones que pueden plantearse en dichos contextos, las que recoge sí pueden aplicarse por analogía a dichas situaciones.

Artículo 11 Leyes de policía y orden público

Introducción

- 11.1 Como se establece en los Principios, la autonomía de la voluntad no es absoluta, sino que opera dentro de unos límites, al igual que en todos los Estados que la reconocen. Así, el presente artículo establece los límites al principio general de autonomía de la voluntad que fija el artículo 2. Los apartados 11.4 a 11.32 de este Comentario describen en detalle los efectos de dichos límites y las condiciones que llevan aparejadas. Se trata de las únicas limitaciones al aplicar el Derecho elegido por las partes en el marco de los Principios.
- 11.2 Aunque el artículo 11 consta de cinco párrafos, expresa una sola cuestión básica: la autonomía de la voluntad para elegir el Derecho aplicable puede limitarse, en las circunstancias excepcionales que allí se mencionan, cuando su uso contravenga determinadas normas fundamentales. El artículo 11 acota este concepto al señalar las dos situaciones en las que el foro puede, de conformidad con los Principios, negarse a dotar de pleno efecto al Derecho que las partes hayan elegido. En primer lugar, sin perjuicio de dicho Derecho, el foro podrá aplicar o tomar en consideración las "leyes de policía". En segundo, podrá rehusar su aplicación en la medida en que resulte "manifiestamente incompatible con disposiciones fundamentales de orden público". Naturalmente, para imponer dichos límites, deben conocerse qué leyes de policía o disposiciones fundamentales de orden público del Estado han de tenerse en cuenta. Si bien los Principios buscan dichos límites principalmente en el Derecho del foro, también establecen las normas que permiten al foro tomar como referente otro Estado.
- 11.3 El artículo 11 cumple esta doble tarea – delinear los límites a la autonomía de la voluntad e identificar el Estado cuyo Derecho ofrezca el marco de referencia para tales límites – de la siguiente manera: los párrafos (1) y (2) se centran en las leyes de policía. Así, el primero establece la capacidad básica del foro para aplicar sus leyes de policía, mientras que el segundo determina las circunstancias en las que el foro puede aplicar o tomar en consideración las de otro Estado. Por su parte, los párrafos (3) y (4) están reservados a las disposiciones fundamentales de orden público: el tercero establece la facultad básica del foro de excluir la aplicación del Derecho elegido si contraviene las disposiciones fundamentales de orden público, mientras que el cuarto expone las circunstancias en las que el foro puede tener en cuenta las disposiciones de otro Estado. Por último, el párrafo (5) aborda la aplicación de estos principios por los tribunales arbitrales.
- 11.4 Estas limitaciones son aplicables solamente respecto de leyes y disposiciones (véanse apartados 11.15 y 11.23). De hecho, si no se concretan las limitaciones de esta manera, el principio de la autonomía de la voluntad se vería menoscabado.
- 11.5 El artículo 11 reserva un papel fundamental al Derecho del foro, que sirve al tribunal para decretar si alguna de sus leyes o disposiciones reúne las características inherentes a una "ley de policía" o si, por su naturaleza, una disposición de orden público es lo suficientemente fundamental como para imponerse al Derecho elegido por las partes (véanse arts. 11(1) y (3); véanse apartados 11.1 y 11.22). Además,

el Derecho Internacional Privado del foro determina si un tribunal aplicará o tomará en consideración las leyes de policía o el orden público de otro Estado, y en qué medida (véanse arts. 11(2) y (4); véanse apartados 11.20 y 11.28). Por otra parte, el carácter de policía o de orden público de otro Derecho se establece según este último y no el del foro.

- 11.6 Las categorías limitativas que reconoce el artículo 11 matizan el Derecho aplicable hasta cierto punto, pero no anulan la elección de las partes. En cuanto a las leyes de policía, la aplicación de dichas leyes de otro ordenamiento completará o descartará la posibilidad de aplicar el Derecho elegido. En cuanto al orden público, el Derecho elegido quedará únicamente limitado por la medida en que su aplicación sea manifiestamente incompatible con las disposiciones fundamentales de orden público. Por lo tanto, salvo que sea necesario abstenerse de ello para dotar de efecto a la ley de policía o al orden público, se aplicará el Derecho elegido de conformidad con lo previsto en otros puntos de los Principios.
- 11.7 El artículo 11(5) se distingue del resto del artículo. Tal y como evidencia el Comentario a la disposición (véanse apartados 11.29-11.31), reconoce que los tribunales nacionales o arbitrales tratan las leyes de policía y el orden público en distintos contextos. Por lo tanto, el artículo 11(5) establece que un tribunal puede tomar en consideración el orden público o las leyes de policía de un Derecho distinto al elegido por las partes si tiene la facultad o la obligación de hacerlo. De hecho, esta posibilidad es un instrumento de control importante que vela por la integridad del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

Relación entre el artículo 11 y el principio de autonomía de la voluntad

- 11.8 En el Derecho Internacional Privado, las normas que encomiendan a los tribunales la aplicación de las leyes de policía u orden público (tanto del foro como de otro ordenamiento) con el propósito de matizar el Derecho que, de no ser por ello, se aplicaría a un caso concreto revisten una importancia fundamental. Dichas normas constituyen una "válvula de seguridad" esencial sin la cual los responsables nacionales de la producción normativa serían reticentes a permitir la aplicación del Derecho elegido o de las "normas de Derecho" (*Caso relativo a la aplicación del Convenio de 1902 sobre la tutela de los niños (Países Bajos vs. Suecia)*, Sentencia de 28 de noviembre de 1958: Repertorio de la CIJ 1958, p. 55).
- 11.9 En el caso que nos ocupa, aunque las reservas del artículo 11 restringen la aplicación del Derecho que han elegido las partes, pretenden apuntalar el principio de autonomía de la voluntad. Al reconocer y definir las circunstancias excepcionales en las que un tribunal nacional o de arbitraje puede obviar legítimamente la elección de las partes en el ejercicio de la facultad que les atribuye el artículo 2(1), las disposiciones descritas a continuación son mecanismos de control importantes que deben servir para reforzar la confianza que el ordenamiento jurídico deposita en las partes, al reconocerles dicha opción. Sin disposiciones de este tipo que velen por la integridad del sistema y la sociedad que representa, sería posible rechazar frontalmente la libertad de las partes para elegir el Derecho aplicable a un contrato y que, si se reconociera, correría el riesgo de sufrir menoscabo o negación sobre la base de motivos carentes de fundamento o espurios.

La relación entre las leyes de policía y el orden público

- II.10 El artículo 11 permite distinguir, con carácter excepcional, dos categorías de restricciones a la aplicación del Derecho elegido por las partes: leyes de policía y orden público. Normalmente los instrumentos nacionales e internacionales reservan disposiciones independientes a cada una de ellas, incluidos todos los Convenios de la Conferencia de La Haya sobre cuestiones de elección del Derecho de los últimos 50 años (véanse, por ejemplo, arts. 16-17 del Convenio de La Haya de 1978 sobre los Contratos de Intermediarios; arts. 17-18 del Convenio de La Haya de 1986 sobre los Contratos de Compraventa; art. 11 del Convenio de La Haya de 2006 sobre Valores).
- II.11 Las categorías de leyes de policía y orden público guardan, sin duda, un "vínculo estrecho". Puede considerarse que comparten la misma base doctrinal: de hecho, representan las dos caras de la misma moneda. Sin embargo, el trato diferenciado que reciben en los Principios ofrece la ventaja, en concreto, no sólo de la coherencia con la mayoría de los instrumentos internacionales existentes, sino que también permiten trazar una clara distinción entre (a) las situaciones en las que la aplicación del Derecho elegido se ve desplazada porque prevalece y se impone una norma específica y positiva de *lex fori* u otro sistema jurídico (aplicación de leyes de policía) y (b) situaciones en las que su aplicación se bloquea por ser incompatible, en un caso concreto, con las disposiciones fundamentales del foro u otro ordenamiento cuyo Derecho impida aplicar el contrato en ausencia de la elección de las partes (aplicación del orden público).
- II.12 Para ponderar debidamente el principio de la autonomía de la voluntad, los límites a la aplicación del Derecho elegido por las partes deben estar justificados, claramente definidos y ajustarse a lo necesario para lograr el objetivo pretendido. En consonancia con este enfoque restrictivo, los Principios destacan el carácter excepcional del orden público y de las leyes de policía.
- II.13 El artículo 11 distingue entre la función que cumplen las leyes de policía y el orden público en los procedimientos judiciales (véanse arts. 11(1)-(4)) y arbitrales (véase art. 11(5)). En relación con los procedimientos judiciales, diferencia, asimismo, entre el efecto de las leyes y disposiciones del foro (véanse arts. 11(1) y (3)) y las de los ordenamientos jurídicos distintos del foro o del elegido por las partes (véanse arts. 11(2) y (4)).
- II.14 El artículo 11 no aborda la aplicación de las leyes de policía y orden público del Derecho elegido por las partes, debido a que la elección que establece el artículo 2 comporta (con sujeción únicamente a los límites dispuestos en dicho artículo) la aplicación de *todo* el Derecho sustantivo, encaje o no en una de estas dos categorías. El artículo 2 permite a las partes elegir el Derecho aplicable a una parte del contrato solamente (es decir, a unas estipulaciones, pero no a otras) y someter cada parte a un Derecho distinto (véase apartado 2.9). Sin embargo, no pueden "seleccionar" dentro del Derecho sustantivo con vistas a descartar la aplicación de determinadas normas, pero no de otras. Por ejemplo, según los Principios, tampoco pueden aplicar todo el Derecho del Estado X, salvo una ley (imperativa) concreta que regule las condiciones contractuales abusivas. Así pues, corresponderá, por lo general, al Derecho elegido determinar si las cláusulas estándar del contrato les permiten apartarse de una disposición jurídica concreta o si revisten carácter imperativo.

Leyes de policía del Derecho del foro

- 11.15 El artículo 11(1) dispone que las leyes de policía del foro podrán restringir el Derecho elegido por las partes. Además, surtirán efecto, sin perjuicio de que las partes hayan elegido un Derecho distinto, y prevalecerán en el supuesto de que sean incompatibles con sus disposiciones.
- 11.16 El concepto de "leyes de policía" no se define en los Principios (compárese con el art. 9(1) del Reglamento Roma I). Por lo general, se entiende que este término, recogido en distintos instrumentos regionales y nacionales, alude a las disposiciones legales (en el art. 11(1), el Derecho del foro) que deben, en sentido estricto, aplicarse a la resolución de conflictos entre las partes contratantes al margen del Derecho elegido para regular el contrato. Se trata de disposiciones *imperativas* en el sentido de que las partes no tienen libertad para eximirse de su cumplimiento en virtud de las cláusulas del contrato o de otro modo. Además, *prevalecen* por cuanto los tribunales deben aplicarlas aunque ellas hayan decidido someter la relación contractual a otro Derecho distinto al del foro. La presencia de estas dos características contribuye a recalcar la importancia de la disposición en el ordenamiento jurídico correspondiente y reducir la categoría de disposiciones a las que se aplican los Principios. Por lo general, las leyes de policía suelen limitarse a las que se consideran importantes para salvaguardar los intereses públicos del foro (véase art. 9(1) del Reglamento Roma I).
- 11.17 No es necesario que una ley de policía revista una forma concreta (es decir, no es imperativo que sea una disposición de un instrumento constitucional o de una ley) o que se indique expresamente su carácter imperativo y prevalente. Debe aplicarse siempre el Derecho del foro para determinar (a) si una disposición concreta puede comportar los efectos antedichos y (b) si, habida cuenta de sus términos (incluida su aplicación territorial) y las circunstancias externas pertinentes, incide realmente en el caso en cuestión. Sin embargo, el carácter excepcional de las restricciones del artículo 11 a la autonomía de la voluntad debe precaver contra la conclusión de que cualquier disposición es una ley de policía, salvo que se desprenda lo contrario de su redacción u otras indicaciones.

Ejemplo 11-1

Una disposición legal del Estado Z como la siguiente (art. X) incluiría la disposición sustantiva a la que se refiere (por ejemplo, art. Y sobre cláusulas contractuales abusivas) en el ámbito del artículo 11(1) de los Principios:

Artículo X

- 1) El artículo Y se aplica sin perjuicio de los pactos o renunciaciones en contrario.
- 2) El artículo Y se aplica sin perjuicio de las disposiciones que designen o pretendan designar el Derecho de un Estado distinto de Z.

Ejemplo 11-2

La parte A y la parte B celebran un contrato por el cual se nombra a la parte A agente comercial de la parte B en el Estado X. Dicho contrato establece que se rige por el Derecho del Estado Y. Cuando se resuelve el contrato, la parte A demanda a la parte B en el Estado X y le exige una indemnización en virtud del Derecho del mismo. En el Estado X, existe una ley por la que se regulan las disposiciones en materia de agencia comercial que prevé una indemnización cuando se resuelve el contrato, además de incluir una disposición según la cual "las partes no podrán establecer excepciones a las disposiciones sobre indemnización en detrimento del agente comercial antes de que el contrato de agencia se extinga". El tribunal del Estado X podrá (o no) interpretar que tal redacción justifica la conclusión según la cual las disposiciones indemnizatorias que se recogen en la norma constituyen leyes de policía, desplazando, así, a las normas, por lo demás pertinentes, del Derecho elegido del Estado Y en la materia. Para llegar a esta conclusión, el tribunal debe cerciorarse no solo de que las partes no tienen libertad para liberarse del cumplimiento de la disposición, si es de aplicación, sino que debe aplicarse sin perjuicio de que las partes hayan sometido su relación al Derecho del Estado Y.

- 11.18 Los efectos del artículo 11(1) se limitan, asimismo, de la siguiente manera: *solamente* controla la aplicación del Derecho elegido *en la medida* en que ésta es incompatible con la aplicación concurrente de la ley de policía pertinente y el Derecho elegido a la relación de las partes. Conviene señalar que concluir que tal Derecho, en uno o más sentidos, es incompatible con un ley de policía del foro no invalida la elección de las partes ni niega, salvo hasta donde alcance la incompatibilidad, las consecuencias de dicha elección con arreglo al artículo 2 y siguientes. En lo posible, debe aplicarse en consonancia con la ley de policía.

Leyes de policía de otro ordenamiento jurídico

- 11.19 Mientras el artículo 11(1) se centra en la aplicación de las leyes de policía del Derecho del foro, el artículo 11(2) aborda la posible aplicación de las que pertenecen a "otro Derecho", esto es, de un Estado distinto del foro o del Derecho elegido por las partes. A diferencia del artículo 11(4) (véase apartado 11.28), que se refiere solamente al Derecho aplicable a falta de elección, el artículo 11(2) no limita las relaciones que pueden trazarse para determinar las leyes de policía de qué Estado se aplicarán o podrán aplicarse. Por consiguiente, dicho Estado podrá ser aquél cuyo Derecho habría sido aplicable en ausencia de acuerdo, o un Estado con otros vínculos con el contrato. La definición de la categoría de leyes de policía y la relación entre dichas disposiciones y las del Derecho elegido deben entenderse de la misma manera que en el caso del artículo 11(1) (véanse apartados 11.14-11.17).

Ejemplo 11-3

Las partes A y B celebran un contrato por el que la última arrienda un vehículo industrial, a sabiendas de que servirá para introducir ilegalmente objetos históricos del Estado Y en el Estado X. El contrato indica que se rige por el Derecho del Estado Z. En virtud de la ley de objetos culturales del Estado Y, exportar artefactos históricos sin licencia es constitutivo de delito y todos los contratos que tienen por fin facilitar el tráfico son ilegales e inexigibles. La parte A no facilita el vehículo y la parte B la demanda en el Estado X. Si se presume la validez y exigibilidad del contrato en virtud del Derecho elegido por las partes (esto es, el Derecho del Estado Z), las normas sobre conflicto de leyes del Estado X determinarán si las leyes de policía del Derecho del Estado Y deben aplicarse o tomarse en consideración y, en su caso, en qué medida. Si, en virtud del Derecho del Estado X, deben ser las leyes de policía del Estado Y, entonces, debe considerarse que el Derecho del Estado Y determina si las disposiciones de la ley de objetos culturales poseen la condición de leyes de policía a tal efecto.

- 11.20** Determinados instrumentos internacionales, como el Convenio de la Haya de 1978 sobre los Contratos de Intermediarios y el Convenio de Roma, recogen disposiciones que permiten a los tribunales dotar de efecto, a discreción y en determinadas condiciones, a las leyes de policía de otro ordenamiento. Otros instrumentos, como el Reglamento Roma I en su artículo 9(3), contienen principios más concretos. En la actualidad, la práctica y la opinión de los Estados respecto de la utilidad de las disposiciones de este tipo varían enormemente. El artículo 11(2) pretende reflejar esta diversidad en los Principios, delegando en el Derecho internacional privado del foro la cuestión de si las leyes de policía de otro Derecho pueden o deben aplicarse o tenerse en cuenta, y en qué circunstancias. El artículo 11(2) de la Convención de México establece una solución similar.
- 11.21** Visto el papel central que se le reserva al Derecho del foro en el artículo 11(1) y 11(2) (véase apartado 11.4), debe aplicarse dicho Derecho a la resolución de los conflictos evidentes entre las leyes de policía del Derecho del foro y las de otro Estado.
- 11.22** El artículo 11(2) no obsta a la aplicación de aquellas disposiciones del ordenamiento elegido que autoricen u obliguen a un tribunal a tener en consideración el Derecho de un tercer Estado por ser ésta una circunstancia relevante para su aplicación con respecto a los hechos de un caso concreto (por ejemplo, una norma del Derecho de contratos por la que se suspende o termina la ejecución que se ha tornado ilegal en virtud del Derecho del lugar elegido para la ejecución).

Orden público del foro

- II.23 En virtud del artículo 11(3), solamente podrá excluirse la aplicación de una disposición del Derecho elegido si el resultado es manifiestamente incompatible con las disposiciones fundamentales de orden público del foro. Para que opere dicho artículo, deben cumplirse tres requisitos: en primer lugar, el orden público del Estado del foro debe revestir suficiente importancia como para justificar su aplicación al caso en cuestión ("disposiciones fundamentales de orden público" u "orden público"); en segundo lugar, el Derecho elegido debe ser manifiestamente incompatible con dicha normativa ("manifiestamente incompatible"); y, en tercer lugar, la incompatibilidad manifiesta debe presentarse al aplicar el Derecho elegido al conflicto sustanciado ante el tribunal. Estos requisitos reflejan el *leitmotiv* de los Principios, esto es, facilitar la autonomía de la voluntad en la medida de lo posible y controlar el uso de los argumentos de orden público para privar de eficacia al Derecho elegido.
- II.24 En cuanto al primer requisito, el uso de los términos "disposiciones fundamentales de orden público" y la expresión internacionalmente aceptada "orden público" recalca que el artículo 11(3) está dedicado a las disposiciones del sistema jurídico del foro, con independencia de su forma, que revisten tal importancia que son extensibles a los contratos de índole internacional, sin perjuicio de que las partes estén facultadas para elegir (y, en el caso en cuestión, han elegido) regular dichos contratos por otro Derecho. Por consiguiente, se trata de una categoría mucho más acotada que el concepto de "orden público", tal y como se aplica a los contratos nacionales. Por supuesto, no basta con que el Derecho elegido adopte un planteamiento distinto al del Derecho del foro, sino que es necesario que la aplicación del Derecho elegido vulnere una disposición fundamental del foro de los tipos descritos anteriormente.
- II.25 En cuanto al segundo requisito, la expresión "manifiestamente incompatible" (utilizada, por ejemplo, en el art. 17 del Convenio de la Haya de 1978 sobre los Contratos de Intermediarios y en el art. 21 del Reglamento Roma I) hace hincapié en la necesidad de resolver a favor de la aplicación del Derecho elegido en caso de duda sobre la incompatibilidad de su aplicación con las disposiciones fundamentales del foro.
- II.26 El artículo 11(3) destaca el tercer requisito, a saber, que debe valorarse la compatibilidad con el orden público que resulta de *aplicar* el Derecho elegido en un caso concreto y no en abstracto. Sin embargo, el tribunal no debe considerar aisladamente el resultado del conflicto entre las partes, sino que puede tener en cuenta consideraciones más amplias de interés general. Por ejemplo, un tribunal puede negarse, por razones de orden público, a exigir el cumplimiento de un contrato válido en virtud del Derecho elegido por las partes, basándose en la conclusión de que, con ello, pretendían eludirse las sanciones impuestas por una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aun cuando ello beneficie económicamente a la persona a quien iban dirigidas dichas sanciones e incluso si la otra parte no participó en la evasión.

Ejemplo 11-4

La parte A, jugador profesional residente en el Estado X, visita el casino de la parte B en el Estado Y. Con ocasión de la visita, celebran un contrato de juego, que se rige por el Derecho del Estado Y. La parte A no paga, así que la parte B interpone una demanda en el Estado X, donde este tipo de contratos son contrarios al orden público, pero son legales, vinculantes y oponibles en virtud del Derecho del Estado Y. La decisión del tribunal del Estado X de negarse a aplicar las normas que sustentan el cumplimiento del contrato en virtud del Derecho elegido por las partes dependerá de si (i) el orden público del Estado X se supone una consideración fundamental de dicho Estado, ampliable a todos los contratos de juego, incluso los formalizados fuera del Estado, con una parte no residente (parte B) y que se acuerda someter a un ordenamiento que no prohíba dichos contratos; y (ii) si la ejecución del contrato a favor de la parte B resultaría manifiestamente incompatible con dicha norma.

- 11.27 Solamente podrá excluirse el Derecho elegido por las partes "en la medida" en que su aplicación sea incompatible con el orden público del foro. Así pues, como sucede con las leyes de policía, la existencia de una incompatibilidad de este tipo no priva de su efecto al Derecho elegido por las partes. En su lugar, el Derecho elegido debe aplicarse, dentro de lo posible, en consonancia con el orden público del foro. Dicha aplicación podrá surtir un efecto coherente y acorde con él. Sin embargo, si la inaplicación de una disposición del Derecho elegido conlleva un resultado incompleto o incoherente, habrá que atenerse, por lo general, al Derecho del foro para hallar normas supletorias. No obstante, es posible que las propias partes hayan previsto las consecuencias de un conflicto con el orden público del foro y, en caso afirmativo, si puede dotarse de efecto a dicha elección en consonancia con el orden público, prevalecerá la expresión de la autonomía.

Ejemplo 11-5

La parte A demanda a la parte B ante los tribunales del Estado X por incumplimiento de contrato. La parte A solicita una indemnización compensatoria y punitiva por daños y perjuicios de conformidad con el Derecho del Estado Y, al que las partes han sometido el contrato y los conflictos que se deriven de él. El Derecho del Estado X considera un principio fundamental de Derecho la imposibilidad de exigir una indemnización punitiva en relación con obligaciones contractuales. En virtud del artículo 11(3), el tribunal del Estado X puede excluir la aplicación del Derecho del Estado Y a la demanda de indemnización punitiva, pero no debe dejar de aplicarlo para resolver acerca de la reclamación de daños y perjuicios de la parte A.

Orden público de un Estado cuyo Derecho sería de aplicación en ausencia de elección de Derecho

- 11.28 El artículo 11(4) reconoce que, en determinados ordenamientos jurídicos, el Estado cuyo orden público limita el Derecho elegido no es, o al menos no exclusivamente, el Estado del foro, sino también el Estado cuyo Derecho habría sido aplicable en ausencia de elección.
- 11.29 El artículo 11(4), al igual que el artículo 11(2), deja al Derecho del foro, incluidas sus normas de conflicto de leyes, la determinación de la función (si la hubiere) que debe desempeñar el orden público de un Estado distinto del foro o del Estado cuyo Derecho hayan elegido las partes. El artículo 11(4) opera con independencia del 11.2. Por consiguiente, las normas del Estado del foro pueden exigir o autorizar la remisión a las leyes de policía del Derecho de otro Estado, pero no al orden público de éste, o viceversa. Sin embargo, a diferencia del artículo 11(2), el artículo 11(4) solamente permite remitirse al Derecho del Estado que se aplicaría al contrato si las partes no han elegido un Derecho, tal y como establecen las normas del propio foro. Con sujeción a las demás restricciones que imponga el Derecho del foro, la categoría de orden público a la que se puede hacer referencia y los límites a su aplicación deben entenderse sujetos a los mismos requisitos y restricciones que el principio de exclusión del artículo 11(3) (véase apartado 11.26).

Ejemplo 11-6

Un banco, constituido en el Estado Y, que actúa a través de una sucursal en el Estado X, y el prestatario (pequeño empresario), residente en el Estado X, formalizan un contrato de préstamo comercial, que someten al Derecho del Estado Z. Cuando el Banco se niega a conceder un anticipo al Prestatario, éste demanda al Banco ante los tribunales del Estado Y. El Derecho de contratos del Estado Y y del Estado Z reconocen al banco el derecho a invocar una condición del contrato para denegar el anticipo a un prestatario que, a su juicio, atraviese dificultades económicas. Sin embargo, en virtud del orden público del Estado Y, cuyos tribunales han declarado aplicable a todos los contratos que guarden un vínculo significativo con dicho Estado, no podría acogerse esa condición basada en que el banco abusaba injustamente de la desigualdad económica entre las partes. El Derecho del Estado Y, incluidas sus normas de Derecho internacional privado, determinará (1) si puede o debe aplicarse el orden público del Estado por cuya ley se habría regido el contrato de no ser por la elección de las partes, y, de ser así, en qué condiciones, y (2) en tal caso, y, en ausencia de elección del Derecho del Estado Z, si el contrato entre las partes se habría regido por el Derecho del Estado X. Con sujeción a este punto, se aplicará al contrato el Derecho del Estado Z (elegida por las partes).

Tribunales arbitrales: orden público y leyes de policía

- II.30 El artículo 11(5) refleja las distintas situaciones a las que hacen frente los tribunales arbitrales en contraste con los tribunales nacionales en relación con las leyes de policía y el orden público. A diferencia de los órganos jurisdiccionales, los tribunales arbitrales no se inscriben en la infraestructura judicial de un único ordenamiento jurídico, sino que están sujetos a distintas influencias jurídicas. Además, los Principios, por su naturaleza intrínseca como instrumento no vinculante, no otorgan a un tribunal arbitral más autoridad de la que ya le confiere su mandato (ni pueden hacerlo), como tampoco pueden predecir las circunstancias exactas en la que se constituirá y sobre las que será invitado a pronunciarse.
- II.31 Por consiguiente, el artículo 11(5) no confiere facultades adicionales a los tribunales arbitrales ni tampoco pretende concederles una discreción plena e ilimitada para apartarse del Derecho elegido por las partes, sino todo lo contrario: los Principios reconocen que puede exigírseles que tengan en cuenta las disposiciones de orden público o las leyes de policía, y se cercioren de que les compete hacerlo. La redacción del artículo obliga al tribunal a considerar el marco legal en el que se lleva a cabo el proceso decisorio, habida cuenta (en concreto) del acuerdo entre las partes, la sede designada del arbitraje, o la presunción al respecto, las normas institucionales aplicables al proceso y el posible control efectivo de los tribunales del Estado que aplican la legislación en materia de arbitraje.
- II.32 Por ejemplo, los tribunales arbitrales podrán estar sujetos al deber expreso de esforzarse por dictar un "laudo ejecutable" (véanse, por ejemplo, art. 41 del Reglamento de Arbitraje de la CCI y art. 32.2 del Reglamento de la LCIA; véase también art. 34(2) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que exige que el laudo sea "definitivo y obligatorio"). Determinar si un deber de este tipo obliga al tribunal a tener en cuenta las leyes de policía y el orden público de la sede, comoquiera establecidas, o de los lugares donde probablemente se ejecute el laudo, es una cuestión controvertida. El artículo 11(5) no se pronuncia sobre esta polémica. Sin embargo, sí hace hincapié, al menos en un primer momento, en que corresponde al tribunal forjarse una opinión sobre la existencia y el ámbito de las obligaciones que le impone (y las facultades que le otorga), así como aplicar o tomar en consideración las disposiciones o los principios de un Derecho distinto de esos a los que las partes han decidido someter el contrato, pero solamente si estima que tiene la obligación legal de hacerlo o se considera facultado de otro modo.

Artículo 12 Establecimiento

Introducción

- 12.1 El artículo 12 señala el establecimiento relevante de una parte a efectos de determinar el carácter internacional en virtud de los artículos 1(2) y 6(2), en circunstancias en las que cuente con más de uno. Además, apunta a aquél que posee la relación más estrecha con el contrato en el momento de la formalización.

Fundamento

- 12.2 A la hora de determinar cuál es el establecimiento relevante en caso de múltiples sedes comerciales, el artículo 12 adopta principalmente el modelo de la CCVIM (art. 10(a)). A efectos de los Principios, el establecimiento principal u otro subordinado distinto de la administración central de la parte se considerarán dotados de suficiente relevancia para determinar el carácter internacional del contrato en virtud del artículo 1(2) o del Derecho por el que se rija el consentimiento a la elección del Derecho en virtud del artículo 6(2).

Concepto de establecimiento

- 12.3 En aras de la claridad jurídica, el artículo 12 utiliza el término "establecimiento" en lugar de "centro de actividad". Los Principios no recogen una definición de establecimiento, pero, en sentido amplio, se entiende que es toda ubicación en la que la presencia de la parte no sea meramente efímera. Así pues, comprende centros de administración o gestión, oficinas principales, centros principales y secundarios de actividad, sucursales, agencias u otros emplazamientos constantes o continuados. Para tener la consideración de establecimiento se requiere la presencia física de la parte, con un grado mínimo de organización económica y permanencia en el tiempo, por lo que el domicilio social de una empresa no entra, por sí, en este concepto. De la misma manera, tampoco se considerará que una parte con establecimiento principal en el Estado X y actividades comerciales en el Estado Y exclusivamente a través de Internet esté establecida también en este último lugar.
- 12.4 Puesto que los Principios se aplican únicamente a los contratos internacionales en los que cada una de las partes actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional (véase art. 1(1)), el artículo 12 no engloba a las personas físicas en su vida privada, en especial consumidores y trabajadores, en la expresión "residencia habitual". Por lo tanto, cuando se trata de personas físicas que desempeñan una actividad comercial o profesional, el establecimiento relevante se determina de la misma manera que en las empresas.

Momento en el que debe determinarse el "establecimiento" de una empresa

- 12.5 De conformidad con el artículo 12, la ubicación del establecimiento de una empresa se determinará en el momento de la celebración del contrato (véase art. 19(3) del Reglamento Roma I), por lo que, en la mayoría de los casos, bastará con tener en cuenta el centro de operaciones a través del cual se negoció y formalizó el contrato: esto respeta las expectativas legítimas de las partes y ofrece seguridad jurídica.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
Oficina Permanente
Churchillplein 6b
2517 JW La Haya
Países Bajos

☎ +31 70 363 3303
☎ +31 70 360 4867
secretariat@hcch.net
www.hcch.net

