

Revista Mexicana de

 DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO Y COMPARADO

*Academia Mexicana de Derecho
Internacional Privado y Comparado*

REVISTA MEXICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Publicación de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado.



N°33. Abril de 2015. Nueva Época.

ISBN 978-607-9142-10-0

Correspondencia:

Kelvin 8-302, colonia Anzures, delegación Miguel Hidalgo, México.D.F., CP 11590

Advertencia:

El contenido y la redacción de los textos son de la única responsabilidad de los autores.

Se autoriza la reproducción parcial o total del

Editor

Leonel Pereznieto Castro

Consejo editorial

José Carlos Fernandez
Rozas

Jorge Alberto Silva Silva
Bernardo M. Cremades
James A. Graham

Consejo Consultivo.

José Luís Siqueiros
Laura Trigueros Gaisman +
Alejandro Ogarrio R. E.
Francisco José Contreras
Vaca

Loretta Ortiz Ahlf
Ligia Gonzalez Lozano
Roberto Rendón Graniell
Mario de la Madrid Andrade
María Virginia Aguilar

Realización electrónica.

James A. Graham

CONTENIDO

DOCTRINA

El Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional
Eduardo Picand Albónico

La Protección de Inversiones. Retos actuales.
Carlos H. Reyes Díaz

La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales
Ana Elizabeth Villalta Vizcarra

RESEÑAS:

Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional
Jorge Alberto Silva Silva
Reseña de María Mercedes Albornoz

Damages in International Arbitration Under Complex Long-Term Contracts
Wöss, H, San Román R,A, Spiller T,P y Dellefiane,S.
Reseña de Leonel Pereznieta Castro

Fundamento y Condición del derecho internacional.
Luis Ernesto Orozco Torres
Reseña de Jorge Alberto Silva Silva

Derecho Internacional Privado, Génesis Doctrinaria en México
Jorge Alberto Silva
Reseña de María Virginia Aguilar

COMENTARIOS:

Informe de la presidencia AMEDIP 2013-2014

El Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional.

Eduardo Picand Albónico.

Sumario

1. Introducción. 2. Art.28 de la Ley 19.971. 3. Arbitraje de Derecho y de Equidad. 4. Función del Derecho aplicable al fondo del asunto. 5. Elección del Derecho aplicable. 5.1. Elección de un Derecho estatal. 5.2. Elección de tratados internacionales. 5.3. Elección de *Lex Mercatoria*. 6. Derecho aplicable a falta de elección. 6.1. Aplicación de los usos comerciales. *Lex Mercatoria* y Principios generales de Derecho.

Introducción

1.- Introducción.

La voluntad de las partes es el elemento esencial que da vida al arbitraje.

En su naturaleza más elemental, el arbitraje constituye una forma de administrar justicia que nace a instancias de los propios justiciables. Son ellos quienes, en ejercicio de la libertad y de la libre disposición de sus derechos, acuerdan que un tercero resuelva el destino de sus controversias ejerciendo jurisdicción.

En el moderno Derecho de los Negocios Internacionales, el arbitraje es, sin lugar a dudas, el mecanismo de solución de controversias más utilizado por los operadores jurídicos.

El acto jurídico a través del cual las partes acuerdan someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, sea contractual o no contractual, se denomina acuerdo arbitral. La forma y contenido que pueda dársele al acuerdo arbitral es un aspecto fundamental y determinante en el juicio arbitral. La redacción defectuosa o incompleta de una cláusula arbitral, que no responda a las necesidades de las partes y/o de la transacción a la que se somete, puede generar graves y a veces insalvables problemas no sólo en la sustanciación del procedimiento, sino también en la resolución de la controversia que se ha sometido a conocimiento de los árbitros.

Por tal motivo, la redacción de la cláusula de arbitraje no es, en caso alguno, una materia que pueda asumirse a la ligera. De hecho, se ha dicho con razón que el acuerdo arbitral es la piedra angular del arbitraje. La metáfora no es exagerada. De estar mal diseñado, el edificio arbitral se desmorona.

Si bien las cláusulas modelo de arbitraje que ofrecen la mayoría de los centros e instituciones arbitrales que operan a nivel nacional e internacional, cumplen en términos generales los requisitos mínimos para garantizar su validez y ejecución, lo cierto es que no siempre dichos modelos satisfacen las necesidades específicas que puedan tener las partes en su transacción. Así, pues, reconociendo las bondades que ofrecen ese tipo de cláusulas, y coincidiendo con Paul Friedland en el sentido que "...la regla básica en la redacción de cláusulas de arbitraje es comenzar con una cláusula modelo o estándar", muchas veces resulta necesario y aconsejable diseñar cláusulas arbitrales específicas a través de las cuales puedan regularse materias de gran relevancia como el número de árbitros; la sede arbitral, el idioma, el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje y al procedimiento; el derecho aplicable a la controversia, entre otras.

La determinación del derecho aplicable al fondo del asunto en el arbitraje comercial internacional es un tema de particular importancia en el Derecho Internacional Privado y su desarrollo ha sido encaminado claramente por la evolución de los principios generales que inspiran en general la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales.

En efecto, las partes pueden pactar libremente, en uso de la autonomía de la voluntad, el derecho sustantivo que el tribunal arbitral debe utilizar para resolver la controversia surgida respecto a los derechos y las obligaciones del contrato.

La práctica contractual demuestra la creciente tendencia de los operadores de incorporar en los contratos internacionales una cláusula de elección de ley en donde las partes fijen el derecho sustantivo aplicable, materia que habitualmente debe negociarse antes de suscribir el contrato pues, surgida la

controversia, las dificultades para llegar a un acuerdo probablemente se incrementarán.

Elegir el derecho aplicable al fondo del asunto es importante básicamente por dos razones: primero, pues será el que utilice el tribunal arbitral para resolver la controversia que ha surgido entre las partes; segundo, porque constituye el estatuto jurídico que deberán utilizar supletoriamente las partes para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales. Por tal motivo, nos parece una práctica saludable regular el derecho aplicable al fondo en una cláusula distinta de aquella en donde se pacta arbitraje.

La cláusula de elección de ley está íntimamente relacionada con la cláusula de elección de foro, por cuanto será el tribunal nacional o arbitral quien deba aplicar en último término el derecho elegido. Se trata de cláusulas independientes entre sí, pero que, sin embargo, deben pensarse siempre de manera conjunta al momento de ser redactadas.

Así, resulta perfectamente posible que las partes no quieran someterse a arbitraje puesto que les acomoda la jurisdicción estatal, sin embargo, mantienen la firme convicción de someter su contrato y las eventuales controversias que puedan surgir a un derecho extranjero y/o a los principios de UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales (2010), caso en el cual dicho tribunal está obligado a aplicar dicha normativa, en la medida que no violente sus normas imperativas. Si las partes tampoco quisieran incorporar en el contrato una cláusula de derecho aplicable, el tribunal nacional tendría que aplicar las normas de conflicto de su *lex fori* para indagar cuál es el derecho sustantivo que tendrá que usar para resolver la controversia.

De igual forma, las partes podrían acordar que sus controversias sean resueltas por un tribunal arbitral y no por jueces nacionales, estableciendo, además, el derecho que deben aplicar para resolver el fondo del asunto, caso en el cual deberán utilizarse dichas normas para cumplir el contrato y resolver la controversia. También podrían no incorporar una cláusula de elección de

ley, escenario en el cual el tribunal arbitral deberá asumir un rol muy activo, pues los árbitros, a diferencia de los jueces, no tienen una *Lex Fori* que les permita ubicar el derecho sustantivo aplicable, de modo tal que su tarea será mucho más activa en la determinación del derecho aplicable al fondo de la controversia ya que deberá aplicar las normas de conflicto o las normas materiales –en su caso- que consideren “apropiadas”

Ahora bien, es indiscutible que en aquellos casos en que las partes acuerdan someter sus controversias a la decisión de un panel arbitral, lo hacen sabiendo los beneficios que ello reporta, dentro de los cuales considerarán muy especialmente el conocimiento que tengan los árbitros sobre el derecho de fondo que quieren elegir en su contrato.

Como es posible advertir, la determinación del derecho aplicable al fondo del asunto en un arbitraje comercial internacional es un aspecto de suma importancia que no puede entregarse al azar y requiere ser cuidadosamente estudiado por los operadores no sólo al momento de redactar el contrato o el convenio arbitral, sino especialmente antes de hacerlo, anticipándose a las consecuencias jurídicas que implicará para las partes la determinación de tal o cual Derecho.

2.- El artículo 28 de la ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional (2004).

El artículo 28 de la Ley N° 19971, sobre Arbitraje Comercial Internacional (2004), regula expresamente las normas aplicables al fondo del litigio. Sobre el particular, entrega las siguientes directrices:

- 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

- 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.
- 3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.
- 4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

3.- Arbitraje de Derecho y arbitraje de Equidad.

El artículo 28(3) de la Ley N° 19.971 reconoce que las partes pueden acordar expresamente que los árbitros fallen como amigables componedores. El árbitro de Derecho resuelve sobre la base de normas jurídicas que las partes le han dado al tribunal arbitral para resolver la controversia; en cambio, el árbitro que falla *ex aequo et bono* lo hace conforme su leal saber y entender, entregando una decisión que se funda en su concepción de justicia .

A falta de elección, la ley 19.971 establece una presunción a favor del arbitraje de Derecho , tal como lo hace la mayoría de las legislaciones que siguen la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. De esta manera, es requisito esencial para que un árbitro pueda resolver conforme a su leal saber y entender, que lo hayan pactado expresamente los litigantes. De esta manera, si el árbitro falla conforme a la equidad no obstante que las partes hubieren determinado el derecho aplicable al fondo de la controversia, o bien, guardaron silencio respecto al asunto, el fallo se expone a ser impugnado y consecuentemente invalidado.

En concreto, la gran diferencia entre un arbitraje de Derecho y un arbitraje *ex aequo et bono* o amigable compositor, se verá reflejada en la fundamentación de la decisión. . En el primero, al sentenciador se le exige un mayor rigor en la motivación del fallo, debiendo justificar no sólo la elección de las normas aplicables al asunto y su interpretación, sino que lo obliga a llevar un procedimiento arbitral en el que las partes puedan debatir sobre el alcance

jurídico de dichas normas. En cambio, si bien en un arbitraje de Equidad es perfectamente lícito que el árbitro incorpore en su decisión las normas jurídicas que estime adecuadas, lo hará solo en cuanto representan o ejemplifiquen su leal saber o particular concepto de justicia, no existiendo en consecuencia la posibilidad de generar un debate procesal respecto de la aplicación y alcance de las normas jurídicas invocadas.

Tal como señala el profesor Sánchez Lorenzo, “en ocasiones, los límites entre una decisión puramente equitativa y otra ajustada a Derecho son borrosos, en particular si las normas aplicadas se expresan en forma indeterminada o genérica, como principios generales del Derecho o expresiones de la *Lex Mercatoria*”. Esto sucede como consecuencia de la utilización de un concepto difuso o poco concreto de la *Lex Mercatoria*, unida a la falta de fundamentación del alcance jurídico de las normas aplicadas, todo lo cual desemboca en un laudo de equidad disfrazado de legalidad.

Naturalmente, la determinación del derecho aplicable al fondo del asunto no puede contrariar la autonomía de la voluntad de las partes ni la disposición expresa del artículo 28 de la ley 19.971, por lo que el árbitro obligado a fallar en derecho no puede “ampararse en una mención puramente retórica de la *Lex Mercatoria*, y precise de una motivación suficiente de carácter jurídico de los criterios o reglas que fundamentan su decisión, y de la opción en su caso por dichas reglas”.

4. Función del derecho aplicable al fondo del asunto

Un aspecto importante en cuanto al derecho aplicable a la controversia es su función, o dicho en otras palabras, el rol que está llamado a cumplir en su interacción con las disposiciones materiales del contrato. El artículo 28(4) de la Ley 19.971 señala que “en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”. Es decir, la ley de arbitraje comercial

internacional sitúa los pactos contractuales en un lugar primario o preferente relegando al derecho aplicable a una posición secundaria o subsidiaria.

Se ha señalado por la doctrina, particularmente en materia contractual, que el derecho aplicable cumple tanto una función completiva, esto es, que tiene el fin de integrar las lagunas contractuales como una función interpretativa, la cual como señala su nombre tiene la misión de determinar el sentido y alcance de las disposiciones contractuales. Adicionalmente, parte de los autores sostienen que las normas que gobiernan la relación contractual cumplen una función restrictiva, anulando todas aquellas cláusulas que resulten contrarias a las normas imperativas de la *lex causae*. Otros en cambio, niegan tal función.

En este sentido concordamos con el profesor Sánchez Lorenzo en que “cuando las partes eligen la ley aplicable, un principio elemental de la interpretación aconseja prescindir de la función restrictiva de la ley aplicable, pues es de suponer que las partes no habrían elegido una ley aplicable que anulara sus pactos ” Esta conclusión es de toda lógica, por cuanto no tiene sentido presumir que las partes, haciendo uso de su autonomía conflictual, hubiesen elegido un determinado ordenamiento jurídico que excluya o invalide lo que expresa y específicamente pactaron en el contrato.

No obstante, la solución no es tan simple cuando el derecho aplicable es determinado por el sentenciador en defecto de elección. En estos casos, señala el autor citado que “la determinación objetiva de la ley aplicable cumple con normalidad su función restrictiva de los pactos y cláusulas previstos en las soluciones jurisdiccionales. Sin embargo, este efecto no debe ser admisible en el ámbito del arbitraje comercial internacional, debido a la prevalencia de las disposiciones contractuales como ley primera en la solución arbitral”

En conclusión, en el arbitraje comercial internacional el derecho aplicable cumple un rol completivo e interpretativo, integrando el clausulado cuando exista una laguna en el contrato y determinando el sentido y alcance de las estipulaciones, mas no una función restrictiva.

5.- Elección del Derecho aplicable.

Una de las características sobresalientes de los contratos internacionales y que constituye el elemento diferenciador respecto de aquellos que resultan puramente internos, es el hecho de que presentan contactos con más de un ordenamiento jurídico.

De esta manera, se presenta el problema de determinar cual de todos los derechos potencialmente aplicables al contrato debe gobernar dicha relación jurídica transnacional. En el ámbito de la contratación internacional, es un principio de general aceptación el que las partes puedan elegir el derecho al cual se someten. En otras palabras, la autonomía de la voluntad se constituye en esta área del derecho como el principal elemento o factor de conexión para determinar el derecho aplicable.

En la regulación del arbitraje comercial internacional, se recoge este principio en el artículo 28(1) de la ley 19.971 en los siguientes términos: “El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”.

Esta disposición, al referirse a “las normas de derecho” permite la elección tanto de un ordenamiento jurídico estatal como de normas a-nacionales, ya que este concepto es más amplio que otros que se podrían haber utilizado, como por ejemplo “ley” o derechamente “ley estatal”, los cuales se refieren a normas que necesariamente emanan de la soberanía de un Estado y que en su creación se ajustaron a procedimientos y formalidades previstos en un determinado ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el mismo artículo 28(1), al señalar que se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico “de un Estado determinado” se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al Derecho sustantivo de ese

Estado y no a sus normas de conflicto, demuestra que no obstante pueda elegirse un cuerpo normativo a-nacional, la elección de derechos estatales sigue teniendo gran relevancia. Finalmente, la norma excluye la posibilidad del reenvío.

5.1. Elección de un Derecho estatal.

Tradicionalmente, la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable al fondo del asunto se ha ejercido en favor de un determinado ordenamiento jurídico estatal. “Esta situación tiende a acomodarse a las necesidades de las transacciones comerciales internacionales en el sentido que tal Derecho es interpretado y aplicado de conformidad con parámetros internacionales” Las partes pueden, a través de una cláusula de elección de ley, elegir un determinado ordenamiento jurídico estatal como fuente rectora principal de su contrato, o bien, pueden combinarlo con otros cuerpos normativos no estatales. Con todo, aun cuando la elección del derecho aplicable se refiera únicamente a un ordenamiento jurídico estatal, dicha remisión conflictual no excluye la aplicabilidad de los usos del comercio internacional ni tampoco la eventual aplicación de Convenciones Internacionales como el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías .

Como ya señalé en un apartado anterior, el derecho estatal elegido tiene una función completiva e interpretativa. La *lex causa* elegida no puede restringir, derogar o invalidar los acuerdos que las partes han establecido expresamente en el contrato.

Cabe hacer presente aquí ciertos problemas que pueden presentarse a la hora de aplicar un determinado ordenamiento jurídico estatal. Si las partes pactan la aplicación del derecho de un país pluri legislativo, como por ejemplo los Estados Unidos de Norteamérica, no será suficiente señalar el país al cual hacen referencia, sino que resultará necesario indicar con toda precisión el Estado en particular a cuyo derecho someten su controversia (por ejemplo el

derecho vigente en el Estado de Texas). Por otra parte, pueden presentarse problemas temporales. Así, especialmente en los contratos donde participan empresas estatales será de cierta relevancia estabilizar el derecho elegido. Dicho en otras palabras, las partes al indicar el ordenamiento jurídico establecen que se aplicará aquel derecho que se encuentre imperando a la época de la suscripción del contrato. Por ejemplo, el derecho alemán vigente en febrero del año 2014. Finalmente, podría resultar que el derecho elegido devenga imposible de aplicar. Así sucedería si las partes no logran acreditar el contenido de las normas hipotéticamente aplicables. En efecto, resulta excepcional que los miembros del panel arbitral tengan un profundo conocimiento del derecho que resulte aplicable al fondo de la controversia, dada la naturaleza intrínseca del arbitraje comercial internacional y de la neutralidad cultural que en él se busca. Por su parte, los reglamentos de arbitraje nada dicen en cuanto a la forma de determinar el contenido del derecho aplicable. El problema surge justamente cuando las partes nada dicen respecto de su contenido. El árbitro en este caso podría tomar la iniciativa de buscarlo por sus propios medios, de hecho así lo establece el reglamento de la London Court of International Arbitration, pero la verdad es que no tiene la obligación de hacerlo.

5.2. Elección de tratados internacionales.

Si bien es cierto que ordinariamente se considerará la aplicación de un ordenamiento jurídico estatal, existe una diversidad de situaciones en las que el árbitro se halla facultado o incluso obligado a fallar según alguna Convención Internacional. Así, en ciertos tipos de arbitrajes, la remisión a una determinada Convención resulta necesaria. Un buen ejemplo de ello es el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas de 1978 sobre el Transporte Marítimo de Mercancías o “Reglas de Hamburgo” (incorporado en la legislación chilena interna en los artículos 1036 a 1038 del Código de Comercio), que faculta someter a arbitraje los conflictos que deriven de los

contratos de transporte de mercancías en modalidad de conocimiento de embarque, ordenando sin embargo que el tribunal arbitral deberá aplicar las normas de dicha convención, entiendo incorporada a la cláusula arbitral dicha exigencia y considerando nula y sin efecto cualquier disposición en contrario.

En otros casos, la aplicación de una Convención Internacional resulta de la autonomía de la voluntad de las partes. Los litigantes son libres para someter su controversia al Convenio que estimen conveniente. Sin embargo, se presenta aquí el problema del alcance de la elección “pues como regla general se admite que tal elección produce una suerte de incorporación por referencia de la Convención al contrato con la consecuencia de que sus disposiciones imperativas no invalidan las cláusulas que resulten contrarias” a las disposiciones contractuales pactadas.

Vale la pena mencionar el caso de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CCIM), sin duda uno de los textos de derecho uniforme de mayor relevancia. Su aplicación podrá resultar bien porque el asunto queda comprendido en su ámbito de aplicación, o bien porque así lo han pactado expresamente las partes. Por su parte, el artículo 6 de la CCIM confiere la posibilidad de excluir parte o la totalidad de dicha Convención cuando ésta resulte aplicable, caso en el cual el árbitro deberá determinar el derecho a observar según corresponda.

En otras situaciones incluso se tomó en consideración una Convención Internacional “aun cuando no era aplicable al caso específico. Concretamente en el laudo CCI nº 5713/1989 se planteó la cuestión de la ley aplicable a un contrato de compraventa internacional resolviéndola los árbitros con remisión a lo dispuesto en la Convención de la Haya de 15 de Junio de 1955, sobre ley aplicable a la venta de cosas muebles corporales admitiendo que la convención constituía un *general trend in conflicts law*

5.3. Elección de *Lex Mercatoria*.

Como ya hemos señalado, en el arbitraje comercial internacional se ha admitido que las partes puedan escoger como ley del contrato, un instrumento que no tenga la naturaleza de Derecho estatal. De hecho, en los reglamentos de arbitraje internacional, como el de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional y el de la Cámara de Comercio Internacional de París, en lo referente a la ley aplicable al fondo de la controversia no se emplea la palabra “ley” sino “normas de derecho” o “normas jurídicas”. Es por ello, que existe un amplio consenso en este campo, sobre el valor de la *Lex Mercatoria* como un Derecho no nacional que ya sea las partes o los árbitros, podrían designarla como aplicable al fondo de la controversia. Resulta entonces recomendable, que cuando se pacte que un instrumento que haga parte de la *Lex Mercatoria* será la ley del contrato, las partes acuerden adicionalmente arbitraje internacional, como forma de solucionar sus conflictos.

El problema se producirá al momento de identificar que reglas deben considerarse incorporada a la *Lex Mercatoria*. Existen entusiastas que incluyen en este concepto cualquier regla del comercio internacional de origen no estatal, como contratos tipo, leyes modelo, principios generales del derecho, etc. En la vereda opuesta están quienes identifican la *Lex Mercatoria* únicamente con los usos o prácticas del comercio internacional, adoptando de esta manera una postura restrictiva.

Por cierto, seguir una u otra postura no será indiferente al momento de decidir la controversia. Si el árbitro admite el criterio más amplio de la *Lex Mercatoria* aplicará en forma íntegra los distintos textos de normas no nacionales, entre los cuales podemos mencionar como ejemplo a los principios de UNIDROIT sobre contratos mercantiles internacionales. Si bien es cierto que este cuerpo normativo recoge varios de los principios que uno podría reconocer como de general aceptación, no es menos cierto que asimismo regula materias que resultan novedosas e incluso desconocidas para muchas legislaciones. Un claro ejemplo de ello es la incorporación de la figura del *hardship* en los

principios UNIDROIT y la consecuente posibilidad del árbitro de modificar los términos contractuales ante supuestos de excesiva onerosidad sobreviniente. Esta figura no sólo es desconocida en legislaciones tan relevantes para el régimen de la contratación internacional como lo es el inglés, sino que además, no parece lógico que en virtud de una remisión genérica a la *Lex Mercatoria* se le permita al árbitro modificar los pactos expresamente establecidos por las partes.

“En definitiva, una remisión genérica a la *Lex Mercatoria* no habilita al árbitro a una consideración indiferenciada de cualquier Derecho no estatal como *Lex Mercatoria*, y aconseja una ponderación particularizada de qué reglas dentro de dichos sistemas responden en realidad a prácticas o proposiciones generalmente aceptadas en el comercio internacional”

Otro problema que puede presentar la elección de la *Lex Mercatoria* como derecho aplicable al contrato, es que a diferencia de los derechos estatales, ésta regula solo ciertos aspectos de la relación contractual, guardando silencio en diversas materias de gran importancia. De esta manera, “para colmar las frecuentes lagunas de la *Lex Mercatoria*, los árbitros son muy proclives al empleo de los principios generales del Derecho para extraer de ellos las normas aplicables al caso concreto” Sin embargo, el principio que establece el deber de minimizar los daños por parte del acreedor en caso de incumplimiento o el deber de colaboración y actuar de buena fe, no permite al árbitro resolver los litigios sometidos a su conocimiento, dada su generalidad y abstracción. Por tanto, muchas veces sucederá que la remisión al recurso de la *Lex Mercatoria* se limite a un mero recurso de interpretación de las cláusulas de los contratos comerciales internacionales.

6.- Derecho aplicable a falta de elección.

Si las partes han guardado silencio respecto del derecho aplicable al fondo de la controversia será el árbitro quien deba decidir el asunto. Para estos efectos el artículo 28(2) de la ley 19.971 ha establecido la siguiente directriz: “Si las

partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”.

Esta norma establece una solución conflictual mediante la cual el árbitro está facultado para escoger la regla de conflicto que estime pertinente, la que a su vez le indicará cual estatuto normativo material resulta aplicable al fondo del asunto. Es necesario destacar aquí que el árbitro goza de absoluta libertad a la hora de elegir la norma conflictual, no siendo necesario que ésta presente algún grado de vinculación o contacto objetivo con la controversia o sede del arbitraje.

Así, al momento de determinar la norma conflictual aplicable puede tomar en consideración el lugar de celebración del contrato, el lugar del cumplimiento de las obligaciones, la nacionalidad de las partes, el domicilio o residencia habitual de una o ambas partes, etc.

Sin embargo, la formula utilizada por la ley 19.971 (que como sabemos sigue la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional), no constituye la única manera de solucionar el problema de determinar el derecho aplicable a falta de elección de las partes. Existen ciertas leyes arbitrales que también utilizan una solución conflictual pero limitándola generalmente en base a criterios de proximidad o de vinculación con la controversia o el contrato . En estos casos el árbitro no tiene plena libertad de escoger la norma de conflicto que estime pertinente si no que deberá aplicar aquella que presente los vínculos más estrechos.

Sin embargo, pareciera más sensato permitir que los árbitros busquen la solución directamente en las “normas materiales” que estimen pertinentes y no en las “normas conflictuales”. Así lo han reconocido el artículo 21 del nuevo Reglamento de Arbitraje de la International Chamber of Commerce (ICC), de 2012, dispone que “...A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas. 2 El tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes. 3 El tribunal

arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá ex aequo et bono únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes.

El artículo 1.496 del Código Procesal Civil francés señala, por su parte, que “El árbitro deberá dirimir la controversia con arreglo a las normas que hayan acordado las partes o, ante la omisión de una elección en este sentido, de conformidad con las normas que considere adecuadas”. En un sentido similar el artículo 1054 de la Ley de Arbitraje de los Países Bajos de 1986. Esta norma presenta 2 ventajas. “En primer lugar, el tribunal arbitral internacional no está obligado a aplicar las normas de derecho internacional privado de algún país para realizar su elección del derecho aplicable. En segundo lugar, no está obligado a elegir un ordenamiento jurídico como derecho de fondo del contrato. En lugar de ello, puede optar por las reglas de derecho que considere adecuadas a efectos de decidir la controversia ”

Con todo, la solución prevista en nuestro ordenamiento jurídico y que coincide con la gran mayoría de los países que han incorporado en su legislación la ley modelo de CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional sigue la formula conflictual, por lo que el árbitro deberá escoger la norma de derecho internacional privado que estime pertinente. Esto no impide sin embargo, que su decisión se vea materialmente orientada por las normas sustantivas de fondo que crea conveniente para resolver el fondo de la controversia.

6.1. Aplicación de los Usos Comerciales, *Lex Mercatoria* y los Principios Generales del Derecho.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, existe cierto consenso en que independiente que se aplique el método conflictual o el material para determinar el derecho aplicable al fondo de la controversia ante la ausencia de elección de las partes, el árbitro está facultado para fundamentar su decisión en cuerpos normativos de origen no estatal.

En este sentido, el árbitro tiene a su disposición una amplia gama de posibilidades, pudiendo elegir entre aplicar usos comerciales, *Lex Mercatoria* y/o principios generales del derecho o una combinación de ellos. Hago presente desde ya que las fronteras entre estos conceptos son difusas y su aplicación no es en caso alguno excluyente. Así, el uso de los principios generales del derecho (*pacta sunt servanda*, por ejemplo) difícilmente ofrezca al juzgador una solución para la controversia, pero sí que podrá ser utilizado como parte de su argumento en unión a otras reglas emanadas de la *Lex Mercatoria* o de los usos comerciales.

Los usos comerciales desempeñan una función importante en la resolución del conflicto independiente ya sea en ausencia de elección del derecho aplicable o bien en coordinación con este. Ya hemos señalado que el artículo 28 de la ley 19.971 señala que “en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”. Como señala el profesor Sixto Sánchez “los usos comerciales devienen una suerte de acuerdo tácito o término implícito entre los contratantes u operadores económicos. (...) El carácter disponible de los usos comerciales implica la prevalencia de los pactos establecidos entre las partes cuando pudieran ser contrarios a dichos usos”. En otras palabras, los usos comerciales, al igual que la *Lex Mercatoria*, cumple una función integradora o interpretativa, mas no la función restrictiva. La dificultad en cuanto a la aplicación de los usos comerciales recaerá, obviamente, en determinar cuando existe un determinado uso, lo cual deberá ser probado por la parte que lo invoca. Al igual que los usos del comercio internacional, en ciertas sentencias se han considerado como obligaciones implícitas, aquellas que derivan de los principios generales del derecho.

En cuanto a la aplicación de la *Lex Mercatoria* como ordenamiento rector de la controversia, “se ha señalado que, salvo excepciones, se ha generalizado la aceptación del recurso por los árbitros a la *Lex Mercatoria* en defecto de elección por las partes del derecho aplicable” Sin embargo, aquí vuelven a

presentarse los mismos problemas de delimitación del concepto a que hicimos referencia cuando las partes remiten expresamente a la *Lex Mercatoria* o a las normas generales del derecho. ¿Qué debe entenderse por *Lex Mercatoria*? ¿Cuál es su alcance? Es paradigmático el caso de los principios de UNIDROIT sobre contratos mercantiles internacionales. ¿Deben considerarse parte de la *Lex Mercatoria* todos sus artículos o solamente los principios generales? Lo cierto es que el árbitro deberá resolver este asunto en forma casuística, teniendo en cuenta todos los aspectos de la controversia, en particular la validez del laudo y su posibilidad de ejecución.

7.- Derecho aplicable al fondo y normas imperativas.

El árbitro internacional a diferencia de un Juez nacional carece de *Lex Fori*. Así lo ha señalado reiteradamente la doctrina y los fallos arbitrales internacionales. Una sentencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional señaló que “el árbitro internacional no tiene *Lex fori* de la cual podría extraer reglas de conflictos de leyes”. La falta de *Lex Fori* tiene como consecuencia que el sentenciador “no tiene una relación privilegiada con ningún sistema jurídico nacional, así como tampoco exista una ley que pueda catalogar como extranjera. En este sentido, todos los sistemas jurídicos se encuentran en igualdad de condiciones”

No obstante, el árbitro internacional sí puede verse en la obligación de considerar determinadas normas de aplicación necesaria que se encuentren reguladas en un ordenamiento jurídico estatal que tenga una relación estrecha con la ejecución del contrato. Así pasa generalmente con normas que protegen la libre competencia, que regulan las exportaciones o importaciones, las disposiciones aduaneras, ordenanzas sanitarias, protección del medio ambiente, etc. “La aplicación de las normas imperativas implica que el árbitro tome en consideración y considere legítimo el cumplimiento o la interferencia de normas de orden público económico de un Estado particularmente vinculado al contrato, en particular del país de ejecución ”.

Es importante señalar que las normas imperativas que deben ser observadas necesariamente por el árbitro internacional no dicen relación ni con la *Lex Contractus* ni con la *Lex Causae*. La imperatividad de su aplicación no se encuentra ligada a la determinación del derecho aplicable al fondo de la controversia. Ya me referí anteriormente a la inexistencia de la función restrictiva del derecho aplicable.

El respeto a las normas imperativas de un determinado Estado se justifica con la estrecha conexión del contrato con un Estado que hacen que las partes deban prever su aplicabilidad. “Así, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato, un importador no puede prevalerse de la inaplicación de las normas administrativas que regulan la importación de mercaderías en su país, o de las disposiciones sobre ejecución material de las prestaciones, o la obtención de licencias o permisos administrativos. Un contrato destinado a producir efectos en un determinado mercado genera para las partes la obligación de tener en cuenta las reglas sobre libre competencia del mercado afectado”.

La Protección de Inversiones. Retos actuales

Carlos H. Reyes Díaz*

Resumen

El arbitraje inversionista-Estado tiene en la actualidad mucho auge, tanto que hoy es uno de los mecanismos internacionales de solución de conflictos (junto con el de la OMC) más solicitados. Recientemente, se ha considerado que las decisiones de estos tribunales son una de las principales amenazas para los Estados y uno de los obstáculos más claros para la elaboración, promoción y aplicación de políticas nacionales, especialmente en el área de la salud pública. El trabajo presenta el problema y analiza los casos más emblemáticos

que actualmente están por resolverse y se presenta una perspectiva personal del futuro inmediato de este mecanismo de solución de controversias.

Palabras clave: Arbitraje, comercio internacional, políticas públicas, salud pública.

Introducción

Los días en los que la soberanía estatal era considerada como el poder irrestricto de reyes, presidentes, primeros ministros (dictadores, en algunos casos) están en desuso (al menos en esta época, sin olvidar que se trata de episodios cíclicos). Casos como los de Cuba, Corea del Norte, o los casos recientes de Rusia (Putin) y Venezuela (Chávez-Maduro), son emisarios del pasado, reminiscencias que nadie extraña.

La soberanía del Siglo XXI (al menos la de sus albores) está conformada por la comunión de factores de poder entre los que no sólo están los Estados, sino también (como siempre, pero ahora con mayor énfasis) los organismos internacionales y, recientemente con más fuerza, las decisiones de los tribunales internacionales.

Cuando se redactó el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y en él se estableció, dentro de las fuentes del derecho internacional, a las decisiones de los tribunales, estoy seguro de que no se tuvo en cuenta la multiplicación de tribunales que ahora existe porque de haber sido así, no se les hubiera dotado de la fuerza que como fuentes del derecho internacional, hoy representan, al menos no a todos los tribunales.

No obstante, tribunales arbitrales, semi-arbitrales o ad hoc, existen y siguen multiplicándose desde su especialización por materia, que es la causa más frecuente de su existencia. La velocidad con la que se crean y se desempeñan es mayor que el avance del propio derecho internacional como disciplina jurídica general. En la actualidad, se intenta sin éxito aplicar

principios generales del derecho internacional a las nuevas relaciones jurídicas. Los puristas del derecho piensan que estos principios trascienden cualquier frontera material, temporal y espacial, pero lo cierto es que el derecho es más dinámico y maleable de lo que se cree y aunque existen principios inmutables (*jus cogens*), aquellos que no lo son representan los más y no se aplican de manera uniforme a todas las relaciones jurídicas.

Los precedentes del universo de tribunales de reciente creación no tienen la fuerza obligatoria para considerarlos como jurisprudencia, al menos de iure, aunque de facto sus decisiones han dejado de ser meramente referenciales y cada vez se citan con mayor frecuencia y llegan a constituir factores de decisión en favor o en contra de determinados argumentos. No está lejos el día en el que estas decisiones tendrán raíces y serán cimientos de nuevas estructuras jurídicas de las que organismos multilaterales como el de Naciones Unidas, serán incapaces de dotarles de un marco jurídico universal, un esfuerzo pretendido por largo tiempo.

Para bien o para mal, el sistema multilateral general (ONU) o especializado (OMC, OIT, OMS) pierde cada día algo de su influencia y en muchos casos, la cede a estructuras preferenciales (en algunos casos regionales, como Unión Europea, TPP, TTIP, TLCAN) que prometen y materializan con más frecuencia, resultados que han sido inalcanzables desde el foro multilateral. Lo mundial ya no se construye primordialmente desde lo multilateral, los consensos parten desde el debate preferencial. Lo estatal, por consecuencia, ha sido relegado a tercer término, a pesar de que es precisamente en el Estado donde se aplican normas y acuerdos negociados en los foros internacionales y que sin éste, no simplemente habría derecho internacional. Es por ello que el concepto de soberanía tiene que remover sus escombros doctrinales y construir desde una base distinta, más acorde con las necesidades y realidades de un mundo que dejó de ser lo que era cuando

Hobbes, Bodino, Locke y Maquiavelo, entre muchos otros, construían sus teorías.

Uno de los escaparates más evidentes de este cambio de sentido en los conceptos tradicionales de soberanía estatal, es precisamente el arbitraje de inversión (sin olvidar a los derechos humanos, que son tema de un estudio aparte, aunque no necesariamente alejado de el que ahora se analiza). Las controversias recientes en materia de salud (tema, por cierto, ajeno a los derechos de propiedad pero que se adhieren como materias accesorias en demandas de inversión), han puesto en entredicho la otrora tan poderosa autodeterminación de los pueblos, para darle paso a decisiones forzadas más por el respeto de los derechos de propiedad, que por el interés social para la elaboración tradicional de políticas públicas. El mensaje que se ha mandado respecto de ello ha sido interpretado de manera errónea, es decir, como erosión de la facultad estatal en beneficio de intereses económicos, lo que no necesariamente es así.

Lo que sí es cierto, es que los Estados están ante el reto de adaptarse a una nueva realidad internacional en la que han dejado de ser los únicos (y ni siquiera los principales) protagonistas, en donde su poderío económico y militar es insuficiente para influir de forma decisiva en la conducción de sus propias políticas (al menos, no en ámbitos como el comercial y de inversiones), porque dependen cada vez más del entorno internacional. Las alianzas (tratados comerciales y bilaterales de inversión, como primeros ejemplos) han dejado de ser una estrategia más, para convertirse ahora en la premisa sine qua non para la construcción de objetivos.

Cualquier intento estatal de ser el centro del debate para temas mundiales no es más que un reflejo de soberbia, de imposición, y de egoísmo en una sociedad mundial que ya no admite imperialismos, sino consensos.

Este trabajo tiene la misión de poner sobre la mesa un debate reciente en el que la protección de inversiones ha tomado un rol protagónico y como centro de las controversias más recurrentes en la actualidad. Las decisiones que se han emitido y las que vienen en camino, constituyen un riesgo para la elaboración y mantenimiento de políticas públicas de interés social, como la salud, el medio ambiente, la seguridad, entre otras.

La creciente vinculación entre temas de inversión y de propiedad intelectual y quizá (aunque menos) de derechos humanos, ha propiciado incertidumbre jurídica y jurisdiccional porque con tantos tribunales internacionales conviviendo con los estatales, se incrementa el riesgo de choque de sus decisiones, pero también de la erosión de las facultades estatales para decidir sobre sus propias estrategias para combatir problemas internos, porque ellas pueden representar violaciones a los derechos de inversión.

Este trabajo no pretende resolver las controversias, sino reflexionar sobre los posibles efectos negativos de no establecer un orden internacional que controle la expansión sin control de tantas decisiones de muchos y muy variados tribunales actuales.

1. Derechos de Inversión

El Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), negociado por los Miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en 1998, fracasó rotundamente, con lo que se dio por terminada una discusión que no duró mucho tiempo. Ante este relativo fracaso, la comunidad internacional, uno a uno de los países, encontró la manera de reproducirse –y bastante bien- desde lo bilateral y lo regional. Hoy, nadie extraña los esfuerzos de finales del Siglo XX para dotar de normas multilaterales a un derecho que ha sabido desarrollarse por otras vías. Los más de 3 mil

acuerdos bilaterales de inversión vigentes demuestran que el derecho internacional general y económico internacional, comandados por la ONU y la OMC, respectivamente, pueden pasar desapercibidos, sin que ello impida que los acuerdos de inversión existan y generen las fuertes consecuencias jurídicas de hoy.

El reto ahora, no sólo del Estado sino también de los organismos multilaterales, está en reconocerle al derecho de inversiones el espacio que se ha ganado a pulso, ya no como una sub-disciplina del derecho económico internacional, sino como una rama jurídica con principios, reglas e, inclusive, con sus propias sub-disciplinas (como el derecho a la salud, el de propiedad intelectual, de manufacturas, de productos básicos, de servicios, entre otras), sin que por ello se limiten las competencias que cada una de estas ramas tienen por sí mismas, no vinculadas en principio con la inversión.

Los tribunales han librado batallas tremendas para limitar la competencia material sobre estas ramas jurídicas y regresarlas a su foro original (propiedad intelectual-OMPI-OMC, salud-OMS, etc.) que es para algunos, el más adecuado. Una razón de ello es el temor que existe de que las controversias, al poder ser resueltas de distinta forma por dos (o más) tribunales, podrían generar contradicciones en las decisiones, lo que constituye un reto todavía mayor para el propio derecho internacional general que, dicho sea de paso, ha dejado de ser la principal fuente normativa para la solución de estos conflictos.

2. Tribunales Inversionista-Estado

Actualmente en el mundo hay más de tres mil tratados que contienen disposiciones en materia de protección de inversiones, sean estos bilaterales específicos o acuerdos comerciales regionales o preferenciales con capítulo de inversión (TLC's y uniones aduaneras). Con tantos tratados, también se ha incrementado el número de tribunales que resuelven estas controversias.

La Unión Europea y los Estados Unidos son los mayores reclamantes en la actualidad, en tanto que Argentina, Venezuela, la República Checa, Polonia, son los demandados más frecuentes. Los sectores más involucrados entre 2003 y 2013, fueron el sector primario (22%), la generación y distribución de electricidad (18%), las manufacturas (15%), y la construcción (12%), y los motivos de las demandas más frecuentes son la violación del trato de nación más favorecida, trato nacional, trato justo y equitativo y expropiación.

Este aumento de tribunales internacionales ha propiciado que los demandantes busquen todas las alternativas posibles para ganar sus conflictos y, últimamente, existe una gran preocupación ante la posibilidad real de que dos o más tribunales resuelvan en diferente sentido sobre una misma causa o por causas directamente relacionadas o vinculadas entre sí.

Esto se explica cuando una reclamación por violaciones a derechos de propiedad intelectual puede al mismo tiempo constituirse en una violación a derechos de inversión, porque los acuerdos de inversión han reconocido a los derechos “intangibles” como derechos de inversión (Artículo 1139 del TLCAN), sin que por ello dejen de ser también derechos de propiedad intelectual.

Los casos que mayor controversia han causado recientemente tienen relación con temas sensibles, generalmente dentro del ámbito de competencia estatal y sobre aspectos relacionados con beneficios sociales, como la protección al medio ambiente (comúnmente relacionado con el sector energético), el derecho a la salud, dentro de los que destacan el tabaco y las patentes farmacéuticas, así como los derechos de pueblos originarios.

El arbitraje de inversión está viviendo un momento de gran auge en algunas partes del mundo y, como suele suceder con todas las tendencias, esta también tiene sus impulsores y detractores en todo el planeta.

Por su configuración ajena a la de los arbitrajes tradicionales, públicos y privados, por la posibilidad de que un particular demande a un Estado soberano, la publicidad de sus actuaciones y decisiones, su inimpugnabilidad, entre otras, el arbitraje de inversión se ha convertido en una alternativa que va acaparando cada día más espacios en este mundo repleto de tribunales de muy variadas configuraciones, estilos y naturaleza jurídica.

En su contra, se ha dicho que las decisiones de estos arbitrajes carecen de mecanismos de impugnación (para algunos es un beneficio, para otros lo contrario), lo que los hace menos atractivos comparativamente con los tribunales nacionales, a lo que Böckstiegel señala, que después de que los países y las instituciones hicieron grandes esfuerzos para seleccionar a los mejores árbitros, es muy difícil pensar que haya todavía mejores personas que pudieran designarse para el órgano de impugnación planteado. Un argumento irrefutable a simple vista.

Otro inconveniente evidente para que este arbitraje funcione de manera óptima, es que a la fecha no existe ningún registro público de casos presentados y resueltos, lo que hace imposible determinar números redondos sobre todas las decisiones existentes, considerando que hay tribunales especializados en este tema, como el CIADI, pero otros más, como la Corte de la ICC, que no lo son.

Con la proliferación de tribunales en la actualidad también ha aumentado el número de árbitros, jueces ad hoc, o panelistas, cuya denominación depende del foro de que se trate (para muchos, no más expertos que los jueces estatales). Este fenómeno también relega a los tribunales nacionales, que cada vez resuelven más problemas locales e interfieren mucho menos ya en conflictos de naturaleza o con ingredientes internacionales.

Las demandas frecuentemente se refieren a violaciones que realizan las autoridades gubernamentales estatales a los derechos de los inversionistas extranjeros, mismos que derivan de diferentes fuentes normativas, como Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), capítulos de inversión en tratados comerciales (de integración, o de cualquiera otro), o en ocasiones, de la propia legislación del Estado receptor de la inversión (Egipto, como ejemplo emblemático).

La mayoría de los TBI vigentes no tienen la finalidad de promover inversión extranjera directa, sino que otorgan derechos posteriores frente a las controversias. Protegen a los inversionistas y a sus inversiones de violaciones, permitiendo que los inversionistas extranjeros puedan demandar al Estado ante instancias no estatales, como la del Banco Mundial (CIADI) o bajo reglas jurídicas de Naciones Unidas (UNCITRAL), aunque existen otros foros no especializados en este tipo de arbitrajes, a los que han acudido los inversionistas para presentar sus controversias, pero que, en su conjunto, brindan mayor seguridad al inversionista porque no serán los tribunales de su contraparte los que resuelvan su controversia.

Esta alternativa ha generado recientemente reacciones encontradas sobre la posibilidad de que un particular sea contraparte de un Estado soberano porque el resultado de esta controversia, de ser adverso para el Estado, reduce o vulnera el concepto tradicional de soberanía estatal tan defendido en el Siglo XX y anteriores. A esto se agrega la preocupación constante de la posible duplicidad o multiplicidad de foros que pueden revisar y resolver una misma controversia.

Los tribunales nacionales, que tradicionalmente eran los encargados de resolver controversias entre particulares, -ni qué decir de aquellas controversias en las que participaba el propio Estado-, ahora son materia de tribunales internacionales, e incluso, de tribunales extranjeros, como la

reciente decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la controversia entre Argentina y un inversionista del Reino Unido.

Pero, además de los problemas que representa la posible multi jurisdicción y las pocas alternativas viables para afrontarla dada la cantidad monumental de casos y tribunales existentes, se presenta un problema adicional que involucra de manera más cercana al Estado, me refiero a la facultad de crear y modificar sus políticas públicas, especialmente las relacionadas con salud pública, como los casos más recientes que se han presentado en el ámbito de los arbitrajes Inversionista-Estado.

3. Arbitraje de inversión y políticas públicas

En los meses recientes se ha cuestionado mucho el poder y la injerencia que tienen las decisiones de los arbitrajes de inversión en las políticas públicas estatales, especialmente las relacionadas con la salud pública (Phillip Morris v. Uruguay y v. Australia, Eli Lilly v. Canadá) y con el medio ambiente (Metalclad, Tecmed). La preocupación está en que las políticas públicas se determinan desde la perspectiva estatal y con fines sociales, mientras la decisión a favor del inversionista puede obstruir la toma decisiones gubernamentales, ya que la medida gubernamental lesiona los derechos de inversión y puede, incluso, constituir una expropiación indirecta de dicha inversión, lo que debe de indemnizarse conforme a derecho en perjuicio del patrimonio nacional (tómese en cuenta que las demandas generalmente son en términos de millones de dólares).

El punto de mayor conflicto se centra en la facultad estatal para promover y regular con libertad las políticas públicas relacionadas con estos temas, sin que ello represente la violación de derechos de inversión establecidos en los TBI y en los acuerdos comerciales que incorporan disposiciones relacionadas con estos derechos.

Algo preocupante respecto de países como México (y creo que no es una preocupación exclusiva de este país, ni siquiera un síntoma de países latinoamericanos, aunque es en ellos en los que se ve con mayor claridad) es la falta de políticas públicas claras sobre estos temas. Es verdad que su análisis no es de fácil solución y, fuera de extremos, hay temas en los que realmente es difícil decantarse por una u otra de las partes.

En otras palabras, los países buscan por todos los medios atraer inversión extranjera y consolidarla en sus territorios, porque ello representa la creación de nuevos empleos en la economía formal, oro puro en tiempos de crisis recurrentes y de inestabilidad de los mercados internacionales. Pero, al mismo tiempo, para nadie resulta controversial que los gobiernos busquen la protección del medio ambiente y la salud pública, pues es su obligación hacerlo, por tratarse de temas de interés social innegable. Cuando la protección de estos temas invade los derechos de aquellos inversionistas extranjeros, por más que se trate de la protección social, repercute en las ganancias y objetivos legítimos de las empresas.

En una discusión tradicional, resulta claro que el bienestar social debe de estar siempre por encima de los intereses económicos, pero la solución no es así de simple, el problema está cuando los gobiernos toman decisiones poco reflexivas y sin el aval científico suficiente. Esto sucede cuando los gobiernos no tienen una política nacional en defensa y protección de derechos o cuando teniéndola, no es clara; también cuando las medidas que se adoptan son el resultado de copiar tendencias internacionales, sin reparar en las razones por las que otros países las adoptaron, ni en las diferencias que existen entre unos y otros países, como su situación económica, política y social.

Un ejemplo de conflicto cuando el país no cuenta con una política nacional efectiva, lo evidenció el caso de Metalclad, una decisión del año 2000 por la que un inversionista demandó al gobierno mexicano por interferir en la

instalación y operación de una planta de tratamiento de residuos peligrosos, específicamente por la interferencia de autoridades del gobierno de San Luis Potosí y del Ayuntamiento de Guadalcázar. Mientras el gobierno federal (Secretaría de Medio Ambiente y el Instituto Nacional de Ecología) no tuvieron inconveniente para su operación, e incluso se contaba con el apoyo de estudios científicos de la UNAM y de la Universidad de San Luis Potosí, el gobierno local dio, como razón última, la existencia de una especie de cactus considerada como una especie protegida para eliminar definitivamente las aspiraciones del inversionista extranjero en México.

México perdió el caso porque las razones (en apariencia ambientales) para impedir la inversión en este territorio, fueron consideradas como una discriminación encubierta al comercio. Más allá de las cuestiones jurídicas y de fondo de la controversia, lo que resalta aquí es una posición gubernamental con miras a la protección del medio ambiente, ante una inversión autorizada para una empresa particular y la falta de una política nacional ambiental que amparara o restringiera la toma de decisiones estatales en pro de una medida de protección al medio ambiente.

En este caso, fue muy evidente la violación de derechos de inversión por parte del gobierno, pero al final, justo o no, se impidió la instalación y operación del depósito para destino final de desechos, con lo que el gobierno estatal venció, aunque la federación tuviera que pagar las consecuencias (millonarias) de la decisión arbitral.

Pero, ahora que existen muchas más controversias anuales en promedio respecto a otros años, las posibilidades de conflicto entre políticas nacionales y decisiones arbitrales se hacen más latentes. La reciente demanda de Eli Lilly contra Canadá por violaciones a los derechos de patente de la farmacéutica por el gobierno canadiense, así como las controversias en materia de marcas, de Philip Morris contra Uruguay, constituyen los temas más actuales en

donde está por verse si el derecho a la salud (protección contra el tabaco, y acceso a medicamentos) y los derechos de propiedad intelectual (marcas), como políticas públicas, tendrán la fuerza suficiente contra los derechos de los inversionistas más globales y poderosos que hay en la actualidad.

En el siguiente apartado se explicará de manera breve ambas controversias, con énfasis en lo que tiene que ver con el tema de la “invasión” de las políticas públicas estatales.

a) Eli Lilly v. Canadá

Eli Lilly, la quinta farmacéutica más grande de los Estados Unidos, anunció en diciembre de 2012 su intención de utilizar sus privilegios de inversionista concedidos por el TLCAN (Cap. XI) para combatir el mecanismo canadiense para otorgar patentes (demanda por la que la farmacéutica pretende el pago de 500 millones de dólares canadienses como compensación por la pérdida de sus ganancias).

Esto derivó de una decisión de las cortes canadienses que invalidó las patentes de dos medicamentos de Eli Lilly. Este conflicto es el primero en el que una corporación farmacéutica titular de una patente, utiliza este mecanismo para demandar a un Estado.

La farmacéutica acusa a Canadá de que su política de patentes contraviene las expectativas de la compañía, mismas que tiene que garantizar el gobierno canadiense conforme al TLCAN. Reclama, además, que los estándares de patentes de Canadá difieren de los de Estados Unidos y de la Unión Europea y argumenta que Canadá está obligado por el TLCAN a otorgar estos mismos estándares. Alega también que los contribuyentes canadienses deben de absorber este monto debido a que su gobierno endureció sus propias leyes de patentes, en lugar de las de los otros países.

La reclamación por violación del trato nacional consistió en que la compañía alega que la invalidez de los derechos de patente por las cortes canadienses le da una ventaja ilegal a las compañías de genéricos que ahora pueden comercializar el ingrediente activo.

Lo que quiere construir Eli Lilly aquí es que una violación de derechos de patente puede constituir una violación de los derechos de inversión amparados por un acuerdo comercial (TLCAN).

Finalmente, Eli Lilly reclama que la invalidación canadiense de su “monopolio” constituye una expropiación indirecta de su “gigantesca” inversión farmacéutica.

Canadá respondió a las reclamaciones de Eli Lilly en su escrito del 30 de junio de 2014, en el cual rechaza categóricamente las reclamaciones de la farmacéutica y argumenta que esta controversia cae en el ámbito del Capítulo XVII del TLCAN y no del Capítulo XI. En sus palabras, considera que Eli Lilly pretende hacer del tribunal del TLCAN uno supranacional, que interprete y aplique de manera errónea el texto del Tratado, ahora que la farmacéutica ha perdido sus casos en las instancias internas. A la fecha, sólo se espera la decisión del tribunal arbitral sobre el caso.

En el ramo farmacéutico pasa lo siguiente. Los enfermos requieren de medicamentos y éstos no los elabora el gobierno, porque cada fórmula es el resultado de investigación y desarrollo que requiere de millones de dólares. Quienes invierten para obtener aquello que servirá para curar enfermedades, son las grandes farmacéuticas multinacionales. Al gobierno le interesa curar a sus enfermos pero algunas enfermedades (las más novedosas, por lo general) requieren para su cura de medicamentos de muy alto precio, inalcanzables para comunidades de pocos recursos.

El gobierno tiene dos opciones: violar los derechos de inversión de las farmacéuticas para que otras empresas del ramo (utilizando las investigaciones de las multinacionales) repliquen las fórmulas de los medicamentos y puedan distribuirse a precios más bajos (incluso gratis) a las comunidades que los requieran. Otra opción es invertir (a través de la elaboración de una política pública eficiente en materia de salud) para que sea el gobierno, solo o conjuntamente con las farmacéuticas, el que logre los avances que la ciencia médica requiere para curar enfermedades y así, no tener que violar los derechos de inversión.

Es claro que este segundo ejemplo es utópico. Pocos o ningún gobierno estaría dispuesto a invertir miles de millones de dólares en investigación y desarrollo (quizá porque no los tienen) de un proceso para la elaboración de un medicamento del que no se tiene la certeza de su existencia final, y si llegara a crearse, tampoco de su eficacia e inocuidad.

Es por ello, que violar los derechos de inversión resulta en algunas ocasiones la alternativa más viable y políticamente atractiva porque favorece los bolsillos de los consumidores, aunque el perjuicio sea contra los inversionistas. El costo político es, evidentemente, menor.

Es en este tema, precisamente, en donde creo que los países tendrían que tener una política más clara para destinar mayores recursos a la investigación y desarrollo, quizá de manera conjunta con la industria farmacéutica (países con ingresos como Canadá tendrían que poner el ejemplo, porque es claro que los países pobres no estarían en las mismas posibilidades), para que la producción de fármacos sea más accesible a los sectores que más los necesitan. El capítulo jurisdiccional definitivo en esta controversia está aún por escribirse en los próximos meses.

b) Philip Morris v. Australia y Uruguay

Dos procesos de naturaleza distinta, pero vinculados por una misma causa. Suiza tiene celebrado un tratado bilateral de inversión con Uruguay (1988, que entró en vigor en 1991) y Hong Kong (Philip Morris Asia) tiene otro celebrado con Australia (1993), tratados ambos de los cuales se desprende la obligación para la protección recíproca de inversiones. Del incumplimiento de normas contenidas en ambos instrumentos, se originaron las controversias que Philip Morris, empresa de origen suizo, presentó.

Las medidas nacionales para protección de la salud, impuestas por ambos países, derivan del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT OMS) . Este Convenio dispone, en su artículo 11 1) a) que “cada Parte deberá adoptar y aplicar de conformidad con su legislación nacional medidas eficaces para garantizar que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros.”

Uruguay

En la controversia contra este país, el Ministerio de Salud Pública (el Ministerio) emitió la Ordenanza 514 de agosto de 2008, cuyo artículo 1 dispone que en los paquetes de cigarrillos figure una de las nuevas series de pictogramas creados por el Ministerio, que representan con imágenes “impactantes” los efectos del tabaco para la salud. Para Philip Morris, los pictogramas que debían incluirse obligatoriamente en los paquetes de cigarrillos “contenían imágenes chocantes y sensacionalistas...”.

El artículo 3 de esta Ordenanza dispuso que cada marca comercial de productos de tabaco deberá de tener una única presentación, a fin de que los productores no comercialicen más de un producto bajo una sola marca. Para Uruguay era importante destacar que su intención era no crear una falsa impresión de que los cigarrillos “lights” o “suaves” son menos nocivos para la salud que otros, con lo que no estaba de acuerdo Philip Morris, porque ello le impedía comercializar sus diferentes tipos de cigarrillos, lo que provocaba el contrabando, por una parte, y/o el beneficio de las marcas locales.

Además, el Decreto 287/009 de junio de 2009 ordenó el aumento de tamaño de las advertencias sanitarias obligatorias en los paquetes de cigarrillos, de 50% a 80% de la superficie de ambas caras de cada empaque, a lo que respondió la compañía cigarrera que esta medida impedía que su marca, legalmente protegida, fuera mostrada al público, lo que provocaba confusión al momento de su compra.

La defensa de Uruguay en el arbitraje (además de la falta de jurisdicción) está en el texto del propio TBI entre Suiza y Uruguay, que dispone en su artículo 2 1), que “Las Partes Contratantes reconocen el derecho de cada una de ellas de no permitir actividades económicas por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad, así como otras actividades que por ley se reserven a sus propios inversores.” Además, para Uruguay existe el requisito de agotamiento de las instancias nacionales, previo a cualquier procedimiento arbitral (artículo 10 2) del TBI).

Como puede verse, el cumplimiento de un tratado internacional como el de la OMS no es la solución más fácil de adoptar para Uruguay ya que, de hacerlo simple y llanamente, podría estar violando derechos de propiedad intelectual, así como posibles derechos de inversión de Philip Morris. Si decidiera hacer lo contrario, incumpliría el tratado de la OMS.

Sin embargo, existe siempre una alternativa para Uruguay, y es aplicar las disposiciones de la OMS de manera efectiva, pero analizando las posibles alternativas menos dañinas para el comercio internacional (en este caso, para la propiedad intelectual relacionada con el comercio, es decir, marcas), lo que se conoce en la doctrina como *in dubio mitius*, misma que no ha sido considerada en esta controversia y que, posiblemente vaya a considerar el tribunal arbitral en su decisión.

En pocas palabras, este principio, que ha sido recogido en varias controversias ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, y que quiere decir literalmente “en caso de duda, aplica la medida menos restrictiva posible”.

Es común que, ante una situación en la que los países pretenden proteger intereses comerciales, ambientales, de salud pública, entre otros, realicen un cierre total de las fronteras a determinadas mercancías, en perjuicio de uno o varios mercados internacionales. Sin embargo, el cierre total de las fronteras pudiera ser la medida adecuada considerando el daño o amenaza, pero también podría ser una medida desproporcionada, con fines eminentemente proteccionistas.

En situaciones como la anterior, el tribunal deberá de tomar en consideración el daño causado o la amenaza de daño que pretenda causarse, para resolver si, bajo su criterio, el país que adoptó la medida restrictiva no tenía a su alcance medidas alternativas que fueran menos lesivas a los intereses comerciales de su contraparte y que cumplieran al mismo tiempo con salvaguardar sus propios intereses nacionales de manera efectiva.

Australia

En este caso, Australia adoptó la Tobacco Plain Packaging Act 2011, el 1 de diciembre de ese mismo año, como una más de las medidas para reducir el

consumo de tabaco en este país. Philip Morris argumenta que esta norma viola disposiciones del TBI de 1993. Esta controversia es la primera (como arbitraje inversionista-Estado) que se presenta contra Australia.

Entre las violaciones que se demandan está la expropiación indirecta de las inversiones por parte del gobierno australiano, así como del trato justo y equitativo que debe de otorgarse a las inversiones extranjeras, además de constituir una medida arbitraria e injustificable, conforme al TBI. Estas medidas son rechazadas por el gobierno australiano.

El arbitraje se está realizando bajo las reglas de arbitraje de UNCITRAL (de 2010) y se constituyó formalmente el 15 de mayo de 2012 y hasta la fecha, se están realizando las actuaciones preliminares al caso. Las cuestiones de fondo serán muy similares a las planteadas en la controversia contra Uruguay, que será decidida mucho antes que esta.

Además, controversias sobre el mismo tema también fueron autorizadas también por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, derivado de solicitudes de Ucrania (28 de septiembre de 2012), Honduras (25 de septiembre de 2013), Indonesia (26 de marzo de 2014), República Dominicana (25 de abril de 2014), y Cuba (25 de abril de 2014), con relación a la misma medida legal australiana. Lo singular de estas controversias está en que estos países reclaman que la medida australiana es incompatible con las obligaciones de Australia en la OMC, en particular, de los Acuerdos ADPIC, del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, y del GATT 94 (controversias a las que se les ha unido más de 40 Miembros de la OMC).

Controversias similares fueron sometidas a los tribunales australianos en 2012, y la Corte (por mayoría de 6 a 1, con voto disidente) resolvió que la ley australiana no era incompatible con su propia Constitución, ya que “there had been no acquisition of property that would have required provision of ‘just terms’ under s51 (xxxi) of the Constitution.”

Con todo lo anterior, es evidente que la controversia no es un trámite más para los tribunales nacionales e internacionales, así como que esta disputa está por enfrentar sus momentos más controversiales. Sin embargo, de su resultado, sea el que sea, quedará muy claro que las facultades estatales para definir sus propias políticas de salud están en entredicho. El debate, sin embargo, no está en si un gobierno puede o no crear su propia política de salud, sino en que si esa política nacional es violatoria de derechos de inversión y, de ser así, si esta violación tendrá como consecuencia el pago de daños y perjuicios a favor de Philip Morris.

La violación de derechos de inversión, por más que sea como consecuencia de la aplicación de una política pública de interés social, no impide la compensación correspondiente. Así lo resolvió (aunque en el tema de la protección medio ambiental) el arbitraje del CIADI *Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica* (ARB/96/1, del 17 de febrero de 2000, para. 72), de la siguiente manera: “Expropriatory environmental measures –no matter how laudable and beneficial to society as a whole- are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state’s obligation to pay compensation remains.”

La elaboración de una política pública como la que se hace para obligar a etiquetar de forma específica (y desagradable a la vista) a las cajetillas de cigarrillos, de manera que el consumidor pueda darse cuenta “fehacientemente” de las consecuencias del daño que el tabaco y demás químicos producen en la salud, sin duda repercute negativamente en las ganancias de empresas tabacaleras, lo que sería de poca trascendencia si el gobierno tuviera claramente definida su política nacional de salud en estos temas, pero no todo se resuelve con disposiciones que digan “el gobierno protegerá la salud de sus ciudadanos”, porque si así fuera, hay otras leyendas

en el Plan Nacional de Desarrollo que dicen “se buscará la atracción de inversión extranjera”. La protección de derechos, al igual que el desarrollo económico, requieren de leyes y de políticas públicas eficientes pero también claras y suficientes para prevenir riesgos, combatir los problemas y ser atractivas para los inversionistas.

Recientemente, hay tendencias en diferentes sentidos para revocar TBIs, no celebrar nuevos, o incluir cláusulas excluyentes de aplicabilidad de políticas públicas y de medidas sobre propiedad intelectual. Bolivia, Ecuador y Venezuela han denunciado varios tratados de esta naturaleza y han abandonado la jurisdicción del CIADI, en tanto que Australia anunció en 2011 que ya no incluiría disposiciones sobre protección de inversiones en sus acuerdos comerciales. Por su parte, Sudáfrica anunció que no renovarían la vigencia de sus tratados de inversión que expiraron recientemente y a partir de 2013 comenzó a cancelar otros más que estaban vigentes. India decidió no incluir más disposiciones sobre protección de inversiones en futuros acuerdos de libre comercio, mientras Indonesia anunció recientemente su intención de dar por terminados más de 60 acuerdos bilaterales de inversión.

Por su parte, Estados Unidos ha sostenido (2007) que excepto en raras circunstancias, como por ejemplo, cuando una medida o serie de medidas sean extremadamente severas o desproporcionadas a la luz de su propósito o efecto, las medidas regulatorias discriminatorias de un Estado que sean diseñadas para proteger objetivos legítimos de bienestar social, tales como la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, entre otras, no constituyen expropiaciones indirectas.

Reflexiones Finales

Aunque es claro que los tratados bilaterales de inversión son actores muy importantes en las relaciones comerciales internacionales, también es cierto

que sus decisiones no constituyen (como las de los demás tribunales comerciales internacionales) precedentes obligatorios para casos posteriores.

Esta falta de obligatoriedad en las decisiones de tribunales arbitrales no implica, sin embargo, que las demandas contra medidas gubernamentales que afecten los derechos de inversión sigan existiendo, y que el efecto que estas demandas provocan en los gobiernos tiene un componente amenazante, mismo que influye sin duda, en las decisiones que se adoptan como políticas públicas, aun cuando estas medidas deriven del cumplimiento de tratados internacionales.

Los gobernantes deben estar muy atentos de todas las medidas que se adopten en sus países para que cumplan efectivamente con sus políticas nacionales y no constituyan medidas discriminatorias o restricciones encubiertas al comercio que, éstas sí, sean lesivas de los derechos consagrados a los inversionistas en los tratados bilaterales de inversión.

Los TBIs se crearon para contener y evitar los riesgos que los inversionistas pudieran tener en países ajenos a ellos, pues siempre se consideró que las políticas y actos gubernamentales nacionales constituían (en algunas regiones) riesgos para los inversionistas (países considerados con alto nivel de “riesgo político”). Ahora se están invirtiendo los papeles, pues son los Estados ahora los que están ante una situación de “política riesgosa” como la denomina Phillips. La razón de esto –dice este autor- es que la simple amenaza de demandar en estos arbitrajes constituye un factor importante que “desalienta a los Estados a promulgar determinadas políticas”, además de que “los Estados sufren una disminución en los flujos de entrada de inversión extranjera directa después de un caso de arbitraje, independientemente del fallo del tribunal”.

En los próximos meses se darán a conocer las decisiones sobre el fondo en las controversias de Eli Lilly, y de Philip Morris contra Uruguay y contra

Australia, mismas que darán señales evidentes a la comunidad internacional para saber si el poder de las grandes corporaciones multinacionales es tan grande como para restringir la capacidad estatal para diseñar y aplicar sus propias políticas públicas en materia de salud.

Referencias

1. Abbott, Roderick, Erixon, Fredrik, and Ferracane, Martina Francesca, European Centre for International Political Economy (ECIPE). *Demystifying Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*. ECIPE Occasional Paper No. 5/2014, En: www.ecipe.org
2. BG Group vs. Argentina. Decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, del 5 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3115.pdf>
3. Böckstiegel, Karl-Heinz. *Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?* The Lalive Lecture 2012. En: LCIA Arbitration International. The Journal of the London Court of International Arbitration. Volume 28 Number 4, 2012 (ISSN: 09570411).
4. *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco*. Organización Mundial de la Salud. <http://www.who.int/fctc/about/es/>
5. *Corporate choices in International Arbitration. Industry perspectives*. Queen Mary University of London. School of International Arbitration. 2013 International Arbitration Survey. Disponible en: www.pwc.com/arbitrationstudy
6. Correa, Carlos, Syam, Nirmalya, y Velásquez, Germán. *Los tratados comerciales y de inversión: obstáculos para las medidas nacionales de salud pública y de control del tabaco*. South Centre. Informe sobre políticas No. 12, noviembre de 2012. En: www.southcentre.org

7. Eli Lilly and Company v. Government of Canada. (Case No. UNCT/14/2).
8. Larouer, Christophe J. *In the Name of Sovereignty? The Battle over In Dubio Mitius Inside and Outside the Courts*, (2009). Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers. Paper 22. http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/22
9. Mercurio, Bryan. *International Investment agreements and public health: neutralizing a threat through treaty drafting*. Bulletin of the World Health Organization 2014; 92:520-525. doi: <http://dx.doi.org/10.2471/BLT.13.130955>
10. *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Decisión del 30 de agosto del 2000. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/>
11. North American Free Trade Agreement, Chapter 11-Investment. Eli Lilly and Company v. Government of Canada. In the Matter of an Arbitration Under Chapter Eleven of the NAFTA and the UNCITRAL Arbitration Rules (1976), Case: No. UNCT/14/2. Government of Canada Statement of Defence, June 30, 2014.
12. *OECD-UNCTAD Eleventh Report on G20 Investment Measures*, 16 June 2014, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/unctad_oecd2014d11_en.pdf
13. Organización Mundial del Comercio (OMC). *Precedentes del Órgano de Apelación de la OMC sobre el Principio In Dubio Mitius*. WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R. En: www.wto.org/
14. Pauwelyn, Joost, *Minority Rules: Precedent and Participation before the WTO Appellate Body*. Version, 31 July 2014, Forthcoming in *Judicial Authority in International Economic Law* (eds. Joanna Jemielniak, Laura Nielsen &

Henrik Palmer Olsen), 2015. Obtenido en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2474611

15. Pauwelyn, Joost & Alschner, Wolfgang, *Forget About WTO: The Network of Relations between PTAs and "Double PTAs"*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2391124>

16. Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/>

17. Pillips Williams, Zoe. *Negocios Riesgosos o Política Riesgosa: ¿Qué Justifica las Controversias entre Inversionista y Estado?* En: investmenttreatynews. Boletín trimestral sobre el derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible. No. 3 Tomo 5, agosto de 2014. Disponible en: http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd_itn_august_2014_es.pdf

18. Sarooshi, Dan, Investment Treaty Arbitration and the World Trade Organization: What Role for Systemic Values in the Resolution of International Economic Disputes? En: Forthcoming in 49(3) Texas International Law Journal (2014), p. 8.

19. The Wall Street Journal, "*Germany Grumbles Over Investor Tribunals un EU-Canada Trade Deal*", July 27, 2014, en: <http://blogs.wsj.com/>

20. *Tobacco Plain Packaging Act 2011*. Legislación de Australia. En: www.ag.gov.au/tobaccoplainpackaging

21. UNCTAD. *World Investment Report 2014*, United Nations, Geneva, 2014. Disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf

22. Investor-State Dispute Settlement. UNCTAD *Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York and Geneva 2014.

Disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf

23. *Investment Treaty Arbitration. Decisiones en materia de arbitraje de inversión*. <http://www.italaw.com/awards/chronological>

LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES.

Ana Elizabeth Villalta Vizcarra.

Sumario: I. Antecedentes. II. Situación Actual. III. Ámbito de Aplicación. IV. Determinación del Derecho Aplicable. V. Aplicación de la Lex Mercatoria . VI. Importancia de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. VII. Conclusión.

I. Antecedentes:

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

Esta Convención tuvo como orígenes la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP IV), celebrada en Montevideo, Uruguay del 9 al 15 de julio de 1989, en la que se analizó el tema pero no se llegó a ningún consenso aprobándose un documento titulado "Bases propuestas por la Conferencia para el estudio del tema del derecho aplicable en materia de Contratación Internacional".

Por su parte el Comité Jurídico Interamericano en sus Períodos Ordinarios de Sesiones de 1991 y de 1992, estudio el tema aprobando el Anteproyecto de Convención que había sido presentado por el relator, el profesor y jurista mexicano, José Luis Siqueiros, el que se elevó a Proyecto de Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable en materia de Contratación Internacional, presentado por el Comité jurídico Interamericano, CJI.

Es necesario también tener en cuenta que como este tema era parte de la Agenda preparatoria de la CIDIP IV, la Secretaría General de la Organización

de los Estados Americanos OEA, a través de la Secretaría de Asuntos Jurídicos circulo en 1991 a los Estados Miembros de la Organización un Cuestionario sobre Contratación Internacional, con el objeto de recabar opiniones principalmente en lo relativo a su derecho interno.

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado y de Derecho Internacional Público, Licenciada en Ciencias Jurídicas, Master en Comercio Internacional, Miembro del Comité Jurídico Interamericano, Embajadora de Carrera del Servicio Diplomático de El Salvador, autora de Libros, Artículos y Conferencias sobre temas de su especialidad.

Cabe recordar la importancia que ha sido para el proceso de las CIDIP'S , la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado CIDIP V de 1994, ya que para este año eran Miembros de la OEA Canadá y la mayor parte de Estados del Caribe, presentándose el reto para la Organización de armonizar las normas del Common Law (derecho anglosajón) y del Civil Law (derecho civil) y donde además se presentan por primera vez las Reuniones de Expertos, ya que para el tema del Tráfico Internacional de Menores se convocó del 13 al 26 de octubre de 1993 a una reunión en Oaxtepec, Morelos, México y en el tema de Contratación Internacional , se llevó a cabo del 11 al 14 de noviembre de ese mismo año a una Reunión de Expertos en Tucson, Arizona, Estados Unidos de América , la cual contó con la colaboración del National Law Center for Interamerican Free Trade, reunión en la que se aprobó un Proyecto para ser sometido a los trabajos de la CIDIP V, especialmente a las Delegaciones que integraron la Comisión 1.

La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado aprobó dos Convenciones: a) La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores y b) la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, ambas se consideraron en ese momento de vital importancia para la Organización de los Estados Americanos (OEA).

En cuanto a los precedentes que se han tomado en cuenta para la elaboración del texto de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, tenemos: La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de Viena de 1980; La Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, conocida como “El Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980” en el marco de la Comunidad Económica Europea; La Convención de La Haya de 22 de diciembre de 1985 sobre el derecho aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; la labor del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT), en cuanto a los Principios que rigen los Contratos Internacionales. Así como, los Tratados de Montevideo de 1939-1940 y 1889-1890 en lo relativo a la determinación de la Ley Aplicable en los Contratos Internacionales, el Código Bustamante de 1928 especialmente en su Título Cuarto que contienen normas en materia de Obligaciones y Contratos Internacionales, y la legislación interna de los Estados Miembros.

Tomando en cuenta estos Instrumentos es que la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, conocida como “Convención de México”, se basa en el Principio de la Autonomía de la Voluntad y en modernas tendencias, ya que el contrato se rige por el derecho elegido por las Partes.

Esta Convención es producto de la codificación y del desarrollo progresivo del derecho internacional, y cabe destacar la labor de la Organización de los Estados Americanos OEA, que desde 1975 que se instituyó el proceso de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado CIDIPs, se ha dedicado a la armonización de las normas de derecho internacional privado en el Continente, entre ellas las de Contratación Internacional.

Su finalidad principal tal como se deduce del texto de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, es la

conveniencia de armonizar las soluciones relativas al Comercio Internacional, con elementos modernos.

En este sentido, la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales, constituye como lo ha dicho el profesor y jurista venezolano Eugenio Hernández Bretón: “La expresión postmoderna por excelencia del Derecho Internacional Privado, viene a constituir el más firme avance en la materia”.

La profesora y jurista argentina radicada en México María Mercedes Albornoz, ha expresado: “ La Convención constituye un significativo avance en la codificación del Derecho Internacional Privado en América, dado que unifica las normas de conflictos de leyes en materia contractual tomando soluciones modernas, adaptadas a los cambios constantes de práctica comercial internacional”.

El profesor y jurista paraguayo José Antonio Moreno Rodríguez ha expresado: “La modernidad de las soluciones de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Mercantiles ha sido muy aplaudida, considerándosela una trascendente reforma normativa, que debe merecer ratificaciones o incorporaciones por otras vías a los derechos internos de los países”.

El profesor y jurista Argentino Diego Fernández Arroyo, en su artículo “La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales aprobada por la CIDIP-V” expresó: “algunos caminos conducen más allá de Roma”, refiriéndose a que esta Convención va más allá de la Convención de Roma en lo que respecta a su apertura hacia el derecho trasnacional, no obstante que el Convenio de Roma se había calificado como uno de las convenciones más exitosas en las soluciones conflictuales de los tiempos modernos.

II. SITUACIÓN ACTUAL:

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

Ha sido una de las Convenciones Interamericanas en las que ha habido una intensa preparación por parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para su adopción, ya que contó con un Cuestionario que circuló para todos los Estados Miembros de la Organización, con un documento de Bases para su fundamentación, con un Proyecto de Texto de Convención preparado por el Comité Jurídico Interamericano, con una Reunión de Expertos en la cual se adoptó un Proyecto de texto para su discusión y con la propia CIDIP – V , y solamente cuenta con la ratificación de dos Estados Miembros de la OEA siendo lo deseable que todos los Estados de la Organización la ratificasen para que puedan aprovecharse del potencial unificador del Instrumento.

En este punto sería conveniente determinar que ha detenido a los Estados Miembros de la OEA para su no ratificación, algunos expertos han expresado su convencimiento de que ello se debe a la falta de información y difusión en cuanto a su contenido y a las modalidades bajo las cuales las soluciones de esta Convención podrían ser recibidas en los países del Sistema Interamericano, labor que podría verse facilitada por los avances producidos en los últimos años en materia de arbitraje, ya que las condiciones actuales han variado a las de 1994 , fecha en la cual se adoptó la Convención. Otros expertos han expresado que las soluciones de esta Convención podrían no ser equilibradas para los Estados que sean la parte más débil en una relación contractual.

No obstante lo anterior, al ser una Convención vigente en el Sistema Interamericano logra su propósito unificador del derecho internacional privado de los contratos internacionales vía Tratado Internacional, a través de una “Incorporación por Referencia”, como lo han hecho ya varios Estados adoptando reglas de interpretación de diversos artículos de diferentes Tratados, como lo ha establecido el Profesor Hernández Bretón “se trata aquí de una modalidad de recepción unilateral del Tratado Internacional sin que se cree una obligación para el Estado que adopte la referida modalidad, convirtiéndose en reglas de derecho autónomo”, esta modalidad ya ha sido utilizado por algunos Estados cuando en una ley interna han adoptado reglas de interpretación de diversos artículos de Tratados Internacionales.

Así mismo, podría hacerse uso de una “Incorporación Material” que consiste en la transcripción íntegra del Tratado en un texto legislativo interno, es decir, un proceso de recepción del derecho que convierte al derecho internacional en derecho interno, unificando así soluciones sin crear obligaciones internacionales para el Estado Receptor.

El Profesor Hernández Bretón presenta además otro tipo de Incorporación consistente en “la Incorporación de los Principios Informadores por vía de ley y aplicación residual de los Principios Generales de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales”.

Siendo de esta manera como Venezuela incorporó los Principios Informadores de la Convención en Ley de Derecho Internacional Privado de 1998, no se trata como en “la Incorporación Material” de copiar íntegramente los artículos de la Convención, sino de tomarla como base para poder lograr una legislación interna sobre contratos internacionales, de esta manera la Convención complementa la ley, volviéndose además en un elemento fundamental para poder interpretar y aplicar las soluciones de la ley.

Con todas estas aportaciones es necesario que los Estados Miembros de la OEA , revisen nuevamente la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales como elemento unificador de

Derecho Internacional Privado en materia de Contratación Internacional, contribuyendo a que las legislaciones de los Estados se adecuen a las exigencias del mundo actual, unificando las normas de conflicto de leyes relativas a materia contractual tomando como base soluciones modernas adaptadas a los cambios constantes de la práctica comercial internacional.

Si bien es cierto lo anterior representa el abandono de un conflictualismo cerrado contenido en las anteriores Convenciones para adoptar un conflictualismo flexible que busca la llamada justicia sustantiva, y esto podría provocar problemas para los Estados para ratificar la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales podrían adoptar cualquiera de las modalidades por “Incorporación” y así poderse beneficiar de las modernas soluciones que ofrece esta Convención en sus legislaciones internas.

Hay que tomar además en cuenta que en los Estudios de Viabilidad de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en cuanto a la elección de la Ley Aplicable en materia de contratos internacionales, la Convención de México de 1994 sirvió de inspiración para la elaboración de los “Principios de La Haya”.

Por la importancia que ha tenido la Convención de México de 1994, en el desarrollo progresivo del derecho internacional privado en materia de contratación internacional, es que puede ser incorporada por la vía de la ratificación o bien por la vía de la adopción de una ley que recoja su espíritu y su normativa como ha ocurrido en varios países de América Latina.

III. AMBITO DE APLICACIÓN:

Uno de los elementos principales de la Convención y que ha provocado opiniones divergentes es precisamente el “ámbito de aplicación”, el cual está contenido en el artículo 1 de la misma cuando determina el derecho aplicable a los Contratos Internacionales.

Hay que tomar en cuenta que la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales se refiere al “derecho aplicable” y no a la “ley aplicable”, el cual no solamente es un término más adecuado al español sino que es más amplio que la ley, ya que comprende en su regulación los usos internacionales, los principios de comercio internacional, la “lex mercatoria” y expresiones análogas.

En el inciso segundo de dicho artículo establece que debe entenderse por un contrato internacional, siendo aquel en el que las Partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte. El término contrato comercial se refiere tanto a contratos comerciales como civiles.

Ahora bien, cuando la Convención se refiere a la residencia habitual esta aludiendo a las personas físicas o naturales y cuando menciona el establecimiento es para las personas jurídicas o morales. En relación a los contactos objetivos con más de un Estado Parte, esta apreciación será tarea del juzgador valorarla en cada caso que le toque resolver.

El artículo 2 establece que el derecho designado por esta Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales, se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado No Parte, determinando esta norma el carácter universal de la Convención.

El artículo 5 de la Convención se refiere a las materias excluidas del ámbito de aplicación, siendo éstas: las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de las partes; las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia: las obligaciones provenientes de títulos de crédito; las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; las cuestiones de derecho societario, incluso la

existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.

El artículo 6 de la Convención, establece que las normas de la misma no se aplicaran a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención, este artículo tiene íntima relación con el artículo 20 de la misma que se refiere a aquellas convenciones que han sido celebradas en el marco de los procesos de integración regional, no afectando la aplicación de estos Convenios.

Hay que tomar en cuenta que el texto final de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales adoptada en México, eliminó toda distinción entre contratos de naturaleza pública y de naturaleza privada, refiriéndose por lo tanto a todos los contratos internacionales, sea cual fuera su naturaleza, sean celebrados por personas de derecho público o de derecho privado.

IV. DETERMINACION DEL DERECHO APLICABLE:

Este implica la más amplia aplicación del Principio de la Autonomía de la Voluntad, y así tenemos que el artículo 7 de la Convención consagra este Principio cuando establece que: “El contrato se rige por el derecho elegido por las Partes”, otorgándoles a las Partes una libertad plena para elegir el derecho aplicable al Contrato, funcionando de esta manera el Principio de la Autonomía de la Voluntad como eje fundamental o principal de la Convención, estableciendo de esta manera la Autonomía de la Voluntad en su forma más amplia, lo que significa un enorme avance ante las tradicionales posturas territorialistas que han imperado por mucho tiempo en el Continente americano.

Por este Principio, serán las propias Partes las que evaluarán y determinarán cual derecho les será aplicable, ya que no lo harán por ellos ni el juez ni el

legislador. Creemos que esta amplia referencia al Principio de la Autonomía de la Voluntad ha sido una de las cuestiones fundamentales por las cuales los Estados no han ratificado la Convención, ya que además de estar algunos de ellos apegados a las corrientes territorialistas, establecen que esto podría provocar una desventaja o un desequilibrio para el Estado más débil en la relación contractual.

Esta Convención como se ha dicho anteriormente, adopta como principio fundamental la libertad de las partes de elegir la ley que regule el contrato, es decir, la autonomía de la voluntad plena, y que es prácticamente el Principio que ha sido adoptado por las convenciones más modernas sobre la materia y por las legislaciones internas de carácter más vanguardista.

La autonomía de la voluntad en esta Convención de México de 1994 se trata de una solución sustancialmente novedosa, ya que recoge una línea de jurisprudencia evolutiva en materia contractual, en el derecho positivo y en la práctica jurisprudencial comparada, que es la tendencia contemporánea en la materia.

Las formas o modalidades de elección para el derecho aplicable deben ser generalmente expresas y en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las Partes y de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto.

En cuanto a la omisión de elegir expresamente el derecho aplicable, esto puede deberse a varias razones, entre ellas: porque las Partes no consideraron necesaria la elección; porque habiéndose debatido el punto no llegaron a ningún acuerdo; por un simple olvido; por haberse evitado intencionalmente discutir la cuestión; para no debatir en ese momento con otro contratante que se encontraba en condiciones de superioridad.

La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales establece que en caso de ausencia de acuerdo expreso, el derecho aplicable también puede desprenderse en forma evidente de la conducta de las Partes y de las cláusulas contractuales consideradas en su

conjunto, por lo que el intérprete tendrá que determinar que las Partes han efectuado realmente la elección del derecho aplicable, aun cuando el mismo no esté expresamente establecido en el contrato. Por lo que se prefirió que la omisión de elección o elección tácita resultara evidente, con el objeto que se dedujera que dicha elección deberán hacerla las Partes y no un tercero.

La elección efectuada por las Partes se puede referir a todo el contrato o sólo a una parte del mismo, por lo que se abre la puerta del *Dépeçage* Convencional o Voluntario (fraccionamiento o desmembramiento del contrato), ya que la elección de un determinado derecho podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte de él. La unidad del contrato no estará en riesgo siempre y cuando las Partes actúen dentro del límite que deben respetar en todo *Dépeçage* o fraccionamiento, que es la coherencia.

El *Dépeçage* consiste en la posibilidad de fraccionarse un contrato a fin de que le sea aplicable más de un derecho.

El inciso final del artículo 7 establece que la selección de un determinado foro por las Partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable, por lo que no rige aquí la regla de “quien elige al Juez, elige el derecho” (*qui eligit judicem, eligit ius*).

La Autonomía de la Voluntad trae como consecuencia la exclusión del método conflictual, ya que se trata de descubrir por vía de interpretación la voluntad de las Partes, en ese sentido será posible que las Partes seleccionen como aplicable un derecho no estatal, situación que no puede darse en el marco de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales, ya que niega la posibilidad de los “Contratos sin Ley” o “Contratos sin Derecho”, ya que todo contrato está necesariamente vinculado a un ordenamiento estatal.

En defecto, falta o ausencia de elección, la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales, en su artículo 9 establece que el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos, es decir, la conexión más cercana o significativa, que

es lo que algunos juristas denominan el “Principio de Proximidad”, rechazando de esta manera el criterio de la “Prestación Característica del contrato” establecido en el Convenio de Roma de 1980. La práctica ha demostrado que en muchas situaciones resulta imposible identificar tal prestación, como lo es el caso del contrato de permuta.

El Juez además debe tomar en cuenta los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene los vínculos más estrechos, de tal manera que entre los elementos objetivos podríamos citar: el lugar de celebración, el lugar de ejecución del contrato, el domicilio, la residencia, la nacionalidad y como elementos subjetivos tenemos: el equilibrio de intereses, la relación más significativa, los vínculos más estrechos e incluso la prestación más característica.

El Tribunal también tomará en cuenta los Principios Generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por Organismos Internacionales, lo que contribuirá a la aplicación de un derecho uniforme, más acorde con las características internacionales del contrato, se trata de normas de derecho mercantil materialmente unificadas, por lo que no se trata de normas de conflicto tradicionales sino de normas que dan una respuesta directa e inmediata al problema planteado, de esta manera la Convención se está refiriendo a la *Lex Mercatoria*, ya que toma en cuenta los principios generales de derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

El último inciso del artículo 9 establece la posibilidad del *Dépeçage* Judicial, cuando dispone que si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato. De tal forma que distintos aspectos de un mismo contrato pueden quedar sometidos a distintos derechos, lo que le permite al Juez, cuando las Partes no han elegido el derecho aplicable, determinarlo fraccionando el contrato.

V. APLICACIÓN DE LA LEX MERCATORIA EN LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES:

El artículo 10 de la Convención ordena la aplicación cuando corresponda de las normas, las costumbres y los Principios de Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad al caso concreto. Este artículo está en íntima relación con el artículo 9 de la misma, por lo que debe entenderse como solución complementaria.

La *Lex Mercatoria* constituye prácticamente el nuevo derecho de los operadores del comercio internacional. Para el profesor y jurista mexicano Leonel Pereznieto Castro, la *Lex Mercatoria* “son los usos, costumbres, prácticas y principios generados por el comercio internacional en la medida que constituyen una normatividad producida de manera descentralizada por grupos u órganos internacionales no necesariamente gubernamentales y que los operadores de comercio adoptan para hacer regir sus relaciones jurídicas y, al hacerlo, se constituyen en derecho acordado por las Partes”. Derecho que eventualmente, podrá ser reconocido por los sistemas jurídicos de los Estados nacionales al ser incorporado y a partir de ese momento, convertirse en derecho nacional.

Entre las organizaciones internacionales a las que se refiere el artículo 9 de la Convención podemos citar: la CNUDMI (UNCITRAL), UNIDROIT, CCI, entre otras. Además debe tomarse en cuenta que los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales son generalmente aceptados como versión codificada de la *Lex Mercatoria*.

La *Lex Mercatoria*, en caso de ausencia de elección del derecho aplicable por las Partes, puede coadyuvar a la determinación del mismo, ya que al momento de identificar el derecho del Estado con el cual el contrato tiene

conexiones más estrechas, el Juez no solo tendrá en cuenta los elementos objetivos y subjetivos derivados del Contrato sino también los Principios Generales del Derecho Comercial Internacional que forman parte de la *Lex Mercatoria*.

La *Lex Mercatoria* debe tener como finalidad realizar la justicia y la equidad tal como lo establece el artículo 10 de la convención.

En conclusión, la *Lex Mercatoria* está destinada a ser aplicada ya sea en el caso de elección, como en el de ausencia de elección por las Partes del Contrato.

VI. IMPORTANCIA DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES.

En razón de lo anterior es necesario determinar la conveniencia o no de ratificar por parte de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) esta Convención o bien sugerir su Incorporación en las legislaciones internas de los Estados, tomando en cuenta especialmente que la Convención abre las puertas para una modernización del régimen de contratación internacional en el continente americano, por lo que ha habido una ingratitud que resulta injustificable para el seguimiento y evaluación de la Convención.

Si bien es cierto la Convención para el año de 1994 proponía soluciones totalmente modernas para los regímenes conflictuales rígidos de derecho internacional privado del Continente, hay que tomar en cuenta que ahora estamos enfocados hacia nuevas formas de contratación internacional y de Arbitraje Internacional, buscando incluso soluciones en los sistemas internacionales y abandonando el regional.

Tenemos que la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales reconoce en forma más amplia el Principio de la Autonomía de la Voluntad para seleccionar el derecho aplicable y que esto en

algunos casos podría perjudicar a la parte más débil en la contratación debido a la fragilidad de sus economías, esto puede ser superado con la aplicación de las disposiciones imperativas y de orden público, previstas en los artículos 11 y 18 de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales, ya que ambas disposiciones protegen a las partes más débiles en la contratación.

Así tenemos, que de conformidad al artículo 11 de la Convención “se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del Foro cuando tengan carácter imperativo”, y que “será discreción del Foro cuando lo considere pertinente aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el Contrato tenga vínculos más estrechos”.

Estas disposiciones imperativas son las conocidas como normas de policía o normas de aplicación inmediata que excluyen el recurso a toda otra norma, especialmente cuando el interés fundamental del Estado del Foro se puede ver afectado por la aplicación de la Ley Extranjera determinada por la norma de conflicto, en consecuencia, dicha ley es desplazada a priori.

El Artículo 18 de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales establece que: “El derecho designado por esta Convención solo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del Foro”, por lo que consagra la violación al orden público como límite al derecho extranjero aplicable.

En este orden de ideas, cuando la ley del contrato sea manifiestamente contraria al orden público del Foro éste impedirá la aplicación de dicha ley, la que será normalmente sustituida por la Ley del Foro. Y es que la autonomía de la voluntad, como principio fundamental en materia de contratación internacional puede ser limitada por las normas de aplicación inmediata y por cuestiones de orden público internacional, de igual manera el derecho designado por la Convención solo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

En cuanto a la forma de los contratos también se han dado innovaciones, ya que la norma clásica de aplicación ha sido la del “locus regit actum”, pero la Convención de México de 1994 da un abanico de posibilidades estableciendo además como normas de aplicación la ley del fondo del contrato, la ley de celebración del mismo o la ley de su ejecución.

La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales para poder superar las técnicas tradicionales del derecho internacional privado utilizadas en el Continente, ha recurrido como modalidad al empleo de soluciones substantivas o materiales, utilizando un derecho de fondo, trasnacional o adecuado a las necesidades del comercio exterior.

En este sentido, lo más conveniente sería un análisis profundo por parte de los Expertos de la región, de cómo aprovechar y beneficiarse de las soluciones novedosas propuestas en la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales, la cual como se ha dicho anteriormente ha realizado una integración de las normas del *common law* y del *civil law*, quizás lo más adecuado fuera la adopción de un mecanismo de seguimiento que pueda determinar la aplicación de una uniformidad en su interpretación y ejecución, lo que contribuirá a enriquecer el régimen jurídico de la Contratación Internacional en el Continente.

Sería también necesario, una adecuada difusión y comprensión de la Convención en los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), especialmente en las oficinas y dependencias de los Estados que se encargan de la adopción de los Instrumentos Internacionales en el Continente, para así poder obtener una cantidad mayor de ratificaciones por los Estados Miembros o bien su Incorporación por la vía legislativa, con el objeto de adecuar las legislaciones de los Estados que integran el Sistema Interamericano a las exigencias de la contratación internacional del mundo actual.

VII. CONCLUSION:

Tal como se ha expuesto en el desarrollo del presente trabajo, la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales representa un avance significativo en la armonización de los sistemas jurídicos de los Estados que conforman el continente americano, contribuyendo a facilitar y afirmar la convivencia entre dichos Sistemas.

Es un Instrumento novedoso y actual que ha venido a revolucionar el derecho internacional privado del Continente e incluso a que el sistema universal se vea obligado a reformular sus soluciones en materias de contratación internacional. Por lo que ha constituido un significativo avance en la codificación del derecho internacional privado en las Américas, debido a que unifica las normas de conflicto de leyes en materia contractual tomando en cuenta soluciones modernas.

Esta novedad como se ha visto ha quedado plasmada en la consagración del Principio de la Autonomía de la Voluntad en su forma más amplia; en la aplicación del Principio de la Proximidad por medio del cual se determina el derecho aplicable mediante la noción de los vínculos más estrechos; en la aplicación de la *Lex Mercatoria* en la regulación de los contratos internacionales, a través de la inclusión de los usos, costumbres, prácticas y principios generales del comercial internacional.

Como se ha dicho anteriormente la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales únicamente ha sido ratificada por México y por Venezuela, por lo que sería conveniente que estas ratificaciones sumaran otros Estados del continente americano para que pudieran aprovecharse de las soluciones novedosas que aporta esta Convención, lo cual redundaría en beneficio de la Contratación Internacional en el Sistema Interamericano.

DOCUMENTOS

RESEÑAS

SILVA, Jorge Alberto (coordinador), Estudios sobre *Lex Mercatoria*. Una realidad internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 139, segunda edición, XIV y 340 pp.

Tres son las razones por las cuales me da muchísimo gusto tener al fin entre mis manos y poder leer con sumo interés la segunda edición del libro sobre Lex Mercatoria coordinado por el profesor Jorge Alberto Silva. Una de ellas es netamente académica, mientras que las otras dos son afectivas.

Esfuerzos colectivos de este tipo siempre son bienvenidos y merecen ser saludados, especialmente si se considera que no abundan en América Latina en general ni en México en particular textos en español que den cuenta de estudios académicos profundos acerca de un tema tan crucial para el comercio internacional como la Lex Mercatoria. El interés que la misma despierta en nuestro medio queda puesto de relieve por el solo hecho de que, seis años después de la primera edición, haya quedado compilado el material para esta segunda edición, que además incorpora nuevas contribuciones, enriqueciendo así el contenido de la obra.

En el plano afectivo, celebro encontrar entre los autores de esta obra a varios viejos amigos y colegas, así como a otros que en años recientes he tenido oportunidad de conocer y apreciar gracias al interés compartido por el Derecho Internacional Privado (DIPr). Asimismo, es muy emocionante recibir este libro que comienza con una contribución de mi querido padre, Jorge R. Albornoz –quien falleciera recientemente, hace poco más de un año–, junto con su discípula –y buena amiga de mi familia–, Paula María All. Vayan estas breves líneas como un cariñoso homenaje a su memoria.

En el estudio que abre la obra, los profesores argentinos Jorge R. Albornoz y Paula María All reflexionan acerca de la Lex Mercatoria, el *Soft Law* y el DIPr, conceptualizando los dos primeros y desmenuzando las relaciones que existen entre los tres. Desde una concepción pluralista del DIPr, la Lex Mercatoria y el *Soft Law* tienen amplia cabida en esta disciplina que persigue la realización de soluciones justas en los casos multinacionales de derecho privado y gozan de “la misma fuerza que el vehículo que las transporta: la autonomía de la voluntad de los contratantes”. El problema será, entonces, la valoración de los límites y controles a ejercer sobre su utilización.

Si bien varias de las contribuciones tienen –por obvios motivos– de una u otra manera un tinte latinoamericano, señalaremos tres de ellas en las cuales, desde el título mismo, se advierte la intención de subrayar la perspectiva regional. El texto del profesor español José Carlos Fernández Rozas aborda la lex mercatoria en América Latina, considerándola como “un nuevo mundo jurídico”. Alude a la nueva lógica comercial que implicó la apertura de la región al comercio internacional y a la inversión extranjera y muestra cómo ha ido teniendo lugar aquí la recepción convencional y –aunque en menor medida– jurisprudencial de la Lex Mercatoria. En la contribución del profesor panameño Gilberto Boutin I., se aprecia un análisis de las dimensiones doctrinaria, convencional y judicial de lo que él denomina “Nuevo Orden Mercático” en la América Latina actual. Incluye comentarios sobre la Lex Mercatoria en la Convención de México de 1994, así como en el art. 5° Código de Comercio de la República de Panamá y en un fallo de su más alto tribunal que lo aplica. El ejercicio llevado a cabo por Leonel Pereznieta Castro para ofrecer ciertas consideraciones en torno a la Lex Mercatoria en el caso de México, su país, consiste en rescatar viejos argumentos y presentarlos de modo diferente, a fin de contribuir a la discusión. Se destacan en su exposición las consideraciones prácticas sobre la Lex Mercatoria aplicable al fondo de una controversia

sometida a arbitraje y acerca de la nueva actitud de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con respecto al arbitraje y a la Lex Mercatoria.

La evolución histórica de la lex mercatoria es abordada con precisión por el investigador mexicano Óscar Cruz Barney, quien pone el acento en el surgimiento de la organización y jurisdicción consular en el mundo hispánico en general y en México en particular. También la contribución del argentino Cristián Giménez Corte lleva a cabo una mirada retrospectiva del tema. Se detiene en ciertos aspectos de la evolución del *Ius Commune*, el *Ius Mercatorum* y el derecho estatal y procura establecer posibles proyecciones hacia el futuro. Asimismo, resultan muy interesantes las reflexiones de la investigadora venezolana Zhandra Marín acerca del trabajo de Stephen E. Sachs en el que se niega la existencia de la lex mercatoria medieval como un derecho mercatorio autónomo. Marín invita a los gobiernos actuales y a las asociaciones de comerciantes a conciliar sus intereses y llevar a cabo proyectos en conjunto, en los que “no se niegue la existencia de la nueva Lex Mercatoria ni se elimine al Estado como proveedor de justicia y supervisor de la misma”.

Otro grupo de contribuciones que forma parte de esta obra colectiva emprende el estudio del tema desde una perspectiva más filosófica o de teoría del derecho, según el caso. El profesor italiano Francesco Galgano aborda los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización. Reconoce el perfil despótico, no democrático, de la nueva Lex Mercatoria –en tanto es creada unilateralmente por la clase empresarial–; pero lo considera matizado por la labor de “tecnodemocracia” de UNIDROIT, que la filtra culturalmente en busca de un equilibrio entre los intereses empresariales y los de la parte más débil. Vittorio Olgiati, también italiano, efectúa un análisis del nuevo pluralismo y la nueva Lex Mercatoria en la dinámica constitucional europea. Estima que la “lucha por el derecho” a la que se asiste en la actualidad es una “lucha por la

investidura” “conducida a nivel mundial por las grandes corporaciones económicas para la conquista de la hegemonía política (...)”. Asimismo, el profesor mexicano radicado en Italia Adrián Rentería Díaz presenta unas breves notas de teoría general del derecho sobre la nueva Lex Mercatoria y la globalización. Considera que hay una identificación entre estos dos conceptos que se hallan estrechamente vinculados con el neoliberalismo y adopta ante ellos una postura crítica según la cual la actuación del Estado nacional es necesaria para contrarrestar los resultados de la desregulación jurídica.

La obra cierra con un claro y nutrido estudio de su coordinador, Jorge Alberto Silva, acerca del resurgimiento de la Lex Mercatoria como regulación de las relaciones comerciales internacionales. Trata diversos aspectos de la temática y, en cuanto al debate sobre la autonomía o dependencia de la Lex Mercatoria con respecto al derecho estatal, entiende que “no cabe admitir hasta ahora (al menos en las mentes de los tribunales estatales) la existencia de un ordenamiento jurídico desligado del Estado”.

Este libro tiene el mérito de ofrecer al público hispanohablante un conjunto de estudios acerca de la Lex Mercatoria en un esfuerzo académico que, coordinado desde México, reúne trabajos de autores de países europeos – Italia, España– y americanos –Argentina, Panamá, Venezuela y, por supuesto, México–. Enhorabuena al profesor Silva y a todos los autores.

María Mercedes Alborno

Wöss, H, San Román R,A,Spiller T,P y Delleíane,S., Damages in International Arbitration Under Complex Long-Term Contracts. Ed. Oxford University Press, Oxford. 2014. 357 págs.

La obra que nos ofrecen los autores puede identificarse dentro de la corriente del análisis económico del derecho. En este caso los autores utilizan las herramientas de la microeconomía y finanzas al análisis del derecho contractual y de la propiedad privada. El tema de los daños y su reparación ha sido un tema marginal en el derecho mexicano, dadas las disposiciones tan antiguas que tienen nuestros códigos, la gran dificultad que tiene la prueba de daños ante los tribunales mexicanos y la poca doctrina e información con la que se cuenta, por lo que la presente obra venga a cubrir un hueco muy grande en este ámbito del conocimiento jurídico.

Los autores discuten en su obra una serie de principios legales y económicos, asociados a la reclamación de daños producto de incumplimientos contractuales, que contribuyen a subsanar dichos incumplimientos mediante una eficiencia económica; es decir, otorgar los incentivos apropiados para la inversión y evitar conductas negativas en el cumplimiento de los contratos. En general los principios legales y económicos que son identificados por los autores y que resultan aplicables para determinar los daños derivados del incumplimiento de los contratos, son compatibles entre sí. De ahí, que sí se aplican correctamente pueden llegar a constituirse en instrumentos idóneos con objeto de evitar la sub-compensación o la sobre compensación de los daños. Los ejemplos que los autores presentan en la obra, son casos que han sido resueltos por tribunales de arbitraje. De esta manera los comentarios que se hacen en varios de los capítulos dan cuenta de los casos en los cuales se han respetado dichos principios y en qué caso, no. Lo cual permite ubicar con precisión los efectos de los principios aplicados.

En el Capítulo Segundo, los autores se refieren a los principios normativos asociados a la reclamación del daño y se resumen como sigue:

- a). Que exista un grado razonable de certidumbre sobre la pérdida y ésta pueda cuantificarse.
- b). Que exista un vínculo de causalidad entre la violación contractual y el daño
- c). Que exista la posibilidad de medir los daños

En el Capítulo Tercero, los autores definen las principales características de los contratos de largo plazo, sobre todo, los relacionados con la construcción de infraestructura en los cuales participa conjuntamente la iniciativa privada y el Estado. Lo importante de esta caracterización es que ayuda al lector a conocer este tipo de contratos y sirven para indicar la causa de los conflictos que surgen en el cumplimiento de dichos contratos. Estas disputas pueden darse en la fase de construcción de los proyectos dónde el desarrollo de los mismos puede durar varios años. También surgen en los indicadores de calidad de los proyectos que tardan varios años en manifestarse, etc. Se presenta en esta sección de la obra un muy buen resumen de los principales riesgos asociados a estos proyectos, por lo que para los abogados y constructores vinculados con este tipo de contratos, la lectura de esta obra, resulta obligada. Los autores hacen referencia a casos específicos de arbitraje, sin embargo no hay un marco teórico que permita saber porque eligieron precisamente dichos casos y no otros.

En el Capítulo Cuatro de la obra que se reseña, los autores nos presentan un interesante análisis de Derecho Comparado en el que el conjunto de principios legales, descritos en capítulos previos, se relacionan con los daños que se prescriben en diversas jurisdicciones (UK, USA, Francia, Alemania, México) y además, con principios de Derecho Internacional (CISG, UNIDROIT). Quizá hubiera sido útil que, al final del capítulo, los autores presentaran como

complemento del texto una tabla comparativa para que el lector pudiera identificar de manera fácil las equivalencias y diferencias entre la regulación de los daños en los diversos países.

En el Capítulo Quinto, se presentan una serie de factores que pueden tomarse en cuenta cuando se ha decidido elaborar una demanda de daños y con ese objetivo se muestran una serie de recomendaciones para los abogados sobre la forma de elaborar dicha demanda para la reclamación de daños y la definición de las pruebas que deben ser presentadas. Estas recomendaciones las fundamentan los autores en los principios legales expuestos del Capítulo Segundo de la obra. Aún y cuando los autores presentan una mayor cantidad de recomendaciones, sólo haremos mención de las que pueden considerarse más importantes:

- a) La utilización del *But-for Premise* como marco analítico permite contar con una herramienta que ofrece la posibilidad de comparación en el caso de cómo se hubieran desarrollado los eventos si no hubiera habido violación contractual en relación a la vida natural del contrato. Este marco analítico es la pieza fundamental de una metodología confiable en la estimación de los daños.
- b) No obstante cuando el demandante haya probado de forma fehaciente una violación contractual, se deben tomar en consideración cláusulas de excepción y justificación que pueden neutralizar la violación. Los autores presentan ejemplos de casos sobre el tema para una mejor ilustración.
- c) La importancia de contar con el experto y su metodología de cuantificación de los daños. Los autores reconocen la importancia de que los datos suministrados sean confiables con objeto de definir con precisión los daños y a fin de que éstos sean exclusivamente por la violación contractual y no por otras fuerzas económicas o de otra especie.

d) La importancia de que los daños identificados tengan una clara relación de causalidad con la violación contractual.

e) Evitar la doble contabilidad de daños. En la medida que la relación comercial ha concluido no se puede reclamar el daño dos veces. Así por ejemplo, si se reclama la pérdida de utilidades a partir de determinada fecha, no se debe reclamar al mismo tiempo, la inversión inicial.

f) La dificultad que existe en contratos de largo plazo de infraestructura de mitigar los daños, ya que generalmente el que reclama daños no tiene otras opciones alternativas.

En el Capítulo Seis, los autores explican que los litigios de reclamación de daños en ocasiones pueden ser producto no de fenómenos externos a los contratos de largo plazo, sino de elementos endógenos al contrato. En este rubro se pueden encontrar las conductas oportunistas de los gobiernos ante la inversión en costos hundidos, como por ejemplo, el caso de las plantas de generación eléctrica.

Para evitar el oportunismo gubernamental los autores recomiendan la utilización e instrumentación del principio *But for the Premise* comentado anteriormente y utilizado en los arbitrajes internacionales. Los autores analizan las implicaciones de este principio para el caso de los contratos de largo plazo. En este mismo capítulo se presentan una multiplicidad de circunstancias que suelen suceder y que, ante los tribunales arbitrales son difíciles de valorar para la estimación de los daños. Dentro de la multiplicidad de circunstancias tenemos por ejemplo:

a). Separar los efectos de la violación contractual de otras fuerzas económicas que pudieran haber afectado el negocio.

b). De cómo evitar la doble contabilizar los daños.

c). La importancia de usar el costo de capital como la tasa de interés para estimar el daño cuando hay divergencias entre las fechas de la violación contractual y la del laudo.

d). La importancia de utilizar el principio económico de que a pesar de que las inversiones no estén generando utilidades y ocurre un rompimiento contractual, sí debe existir una compensación ya que hay activos valiosos y oportunidades que quedaron frustradas.

Dentro de este capítulo los autores describen los tres principales métodos de valuación de daños, ampliamente conocidos en la literatura sobre la materia, aportando las ventajas y desventajas de los mismos.

Finalmente, en el Capítulo Siete se presentan temas muchos más específicos para la valuación de daños, tales como las fluctuaciones cambiarias. Se trata de una obra de consulta muy útil para los abogados y expertos en economía, que son los que suelen actuar como peritos. El mérito de los autores consiste en que se trata un trabajo multidisciplinario entre Economía y Derecho. De esta manera, los primeros, tienen la oportunidad de conocer los principios legales y los razonamientos de los tribunales de arbitraje. En cambio los segundos, los abogados, pueden conocer las diferentes metodologías que existen para medir los daños y la importancia de incorporar a los expertos a la brevedad posible ya que existe una gran cantidad de información que hay que valorar. Los casos ilustrados por los autores con complicaciones muy específicas, seguramente ayudarán a los practicantes ante situaciones similares. La única desventaja de la obra es la secuencia de los temas tratados en cada uno de los capítulos. No se aprecia un orden claro y en ocasiones los temas son repetitivos. Hubiera sido útil que en el proceso de edición de la obra se coordinara el tratamiento de los temas por los autores, con objeto de evitar una repetición innecesaria de los mismos.

En conclusión, se trata de una obra importante de consulta que no debe faltar en las bibliotecas de abogados y economistas que se dedican o están relacionados con casos arbitrales de infraestructura.

Expreso mis mejores deseos para que la obra se difunda y llene ese vacío que existe en la literatura jurídica del país sobre el tema y me atrevería a decir, en Latinoamérica, al menos por lo que toca a las nuevas metodologías de análisis que se presentan.

Leonel Pereznieto Castro

Fundamento y Condición del derecho internacional.
Luis Ernesto Orozco Torres
UACJ, Cd. Juárez, 2014

Reseña: Jorge Alberto Silva

Me complace en presentar esta obra de Luis Ernesto Orozco. Comenzaré con el prólogo.

La obra es prologada por el Prof. Cesar Villegas Delgado, y me detienen algunas de sus expresiones. Y aunque no parece que en una reseña se hable del prologuista, hay algo interesante en lo que dice, por ello, me detengo con un par de párrafos. Aunque no es catedrático, si es profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Sevilla.

En la tesis del prologuista, el Derecho internacional si es derecho, pues “cada día más materias son reguladas por normas internacionales o se deciden en foros diplomáticos multilaterales”. Pero lo que me llama la atención es el hecho de que le dedica un cierto espacio a una tesis personal en la que reitera (en varias ocasiones) un tema que parece serle traumático: que debido a los medios de comunicación el Derecho internacional es percibido como un no-derecho. Esto es, que en su percepción los medios han llevado al “imaginario colectivo” (esta es otra expresión) a una desafortunada influencia que ha propiciado un escepticismo en torno al carácter jurídico del Derecho internacional.

Sostiene que la mala fama del Derecho internacional se debe a que la ciudadanía recibe una “desventurada” información de que el derecho internacional “no sirve para nada”. Lo que, agrega, se fortalece en el “imaginario de los ciudadanos al constar la inoperancia y pasividad de algunas organizaciones internacionales”; agregando la excesiva politización de los organismos, que sus normas son violadas y que queden impunes. El alumno – dice-- ve con un escepticismo la disciplina, especialmente cuando la contrasta con el derecho interno, “junto a la mala fama que los medios de comunicación han fomentado en el imaginario colectivo”. En fin, me parece toda una tesis que requiere de explicación, lanzada en una obra que no tiene como objetivo la finalidad o tesis que le imprime el prologuista.

En fin, y ya para referirme a la obra central a presentar, obviamente merece mayo-res elogios en la exposición de su tesis y discurso. Luis Ernesto Orozco presenta esta obra de naturaleza teórica en la que explora una cuestión básica de la disciplina: el ¿Derecho internacional es derecho?

Para el autor de la obra reseñada es innegable la vinculación entre derecho internacional y derecho interno. Aunque se trata de discusiones que se han producido desde hace tiempo y que parece que han dejado de ser tomadas en cuenta, el autor sostiene la tesis de que ha operado un cambio en el ámbito jurídico, mismo que merece que se desempolvan aquellas viejas discusiones. Lo habido en las últimas fechas permite afirmar que las categorías de análisis del Derecho internacional (al menos el mexicano) ya no

son eficaces. Un nuevo modelo se hace necesario para responder a la vieja cuestión.

Luis Ernesto trata de responder a la adecuación de las categorías de análisis con las que hoy contamos. Cuestionándose, a la vez, si esas categorías contribuyen a la investigación y explicación de la relación entre orden internacional y orden interno, sobre todo, en los nuevos marcos constitucionales del ordenamiento jurídico nacional y la internalización del derecho constitucional. Esto es un punto central que ubica a la obra como destacada,

El autor observa la explicación habida de las relaciones entre uno y otro estrato (interno e internacional), de la que dice que vale retomar la discusión, ya que ello permitirá “dejar en claro el fundamento del derecho internacional”. Me parece razonable la tesis.

En la obra presenta las discusiones de antaño hasta las más actualizadas sobre si el Derecho internacional tiene o no un carácter jurídico. Esto es, no se trata de una obra de dogmática legalista, donde se introduzca a interpretar este o aquel artículo de alguna ley o tratado. Prefiere llegar a un marco teórico y epistemológico de importancia para la disciplina. Algo que vale en los estudios de derecho internacional.

Me parece que era necesaria una obra que recordara las antiguas posiciones metodológicas que hasta no hace muchos años eran tema o capítulo de libros de Derecho internacional, especialmente del público, pues en el privado desde hace ya más tiempo dejaron de tomarse en cuenta.

La obra es descrita por el editor en cuanto a su contenido anotando que con ella “se pretende contribuir a retomar el debate sobre uno de los tópicos del derecho internacional, a través de exponer y sistematiza la información, cuyo eje central es un repaso histórico de las distintas corrientes del pensamiento *ius internacionalista*, así como dando cuenta del status (el estado de la cuestión o estado de arete) de la temática para acercarla a los estudiantes del pregrado interesados”

Me parece correcta esta información, solo que el editor se quedó corto al delimitar la lectura a estudiantes de pregrado. Vale para profesionistas y especialistas, al menos, les rememora las cuestiones habidas y debatidas.

El autor estima que su explicación no vale solo para el derecho internacional sino para otras disciplinas. Creo que está en lo correcto.

La obra consta de tres capítulos: el carácter y alcance del derecho internacional, la búsqueda por el fundamento, y la relación entre el ordenamiento internacional y los estatales.

En el primero, aborda las tesis negativas, apologético e, incluso, definicional. El segundo rememora algunos intentos de fundamentación objetiva, subjetiva así como las que llama tendencias actuales. En el tercero, repasa en enfoque tradicional (dualismo y monismo), así como el llamado pluralismo jurídico. Obviamente no deja de hacer anotaciones sobre los enfoques iusnaturalistas, pero el autor estima que el enfoque pluralista es mediador.

Cierra la obra expresando que el pluralismo jurídico tiene sus ventajas y desventajas.

La bibliografía empleada es amplia, se nota la madurez del trabajo. Hay obras de todas partes, idiomas y juristas. Algunas meramente bibliográficas otras hemerográficas. Realmente es amplio el listado, destacando varios y conocidos juristas de nuestra época, algunos nacionales, otros extranjeros.

La obra mantiene un formato accesible a su lectura, con un estilo breve y claro. La tesis del prologuista no se ve ni desarrolla. Más bien, se infiere que la contradice.

A pesar de lo interesante de esta obra, si me gustaría decir que lo malo es que algunos apartados se encuentran en otro idioma, tal vez sería mejor traducirlos al español y, si se estima conveniente, dejan en nota al pie de página la redacción extranjera. Creo que vale lo anterior, ya que para el autor la obra va dirigida a estudiantes de pre-grado, que difícilmente conocen o traducen otro idioma.

Vale la pena tomar en consideración esta obra, es especial, se la recomiendo a los profesores de la disciplina, especialmente la de Derecho Internacional Público. Le deseo al autor el mayor de los éxitos con esta producción y va unido a este deseo, mi felicitación.

Jorge Alberto Silva

Derecho Internacional Privado, Génesis Doctrinaria en México**Jorge Alberto Silva****Editorial Limusa, S. A. de C. V. Noriega Editores****México, 2014**

Reseña: María Virginia Aguilar

Es un honor y un orgullo para la que esto suscribe reseñar esta obra, tanto por que se publicó durante el periodo en que dirigí la Presidencia de la Academia mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A. C. (2013-2014), como por referirme a un libro del Profesor Jorge Alberto Silva a quien le reconozco como un gran académico experto conocedor de la materia.

Lo prologa el Dr. Leonel Pereznieta Castro, quien a su vez es un prolijo autor de diferentes obras sobre el Derecho Internacional Privado, investigador y profesor, por lo que la referencia que hace del libro y el autor es completa y analítica.

Se trata de una recopilación de la doctrina de mexicanos ius privatistas desde la constitución del Estado mexicano en 1821, hasta la etapa contemporánea en dos etapas principales.

En la primera hizo una investigación exploratoria para localizar y recuperar los textos de estos doctrinarios sobre la temática principalmente los que se hayan escrito sobre normas de conflicto y el derecho uniforme, y en la segunda hace un análisis explicativo de cada uno de esos textos, tratando de encontrar el razonamiento o circunstancias que conformaron el discurso y la didáctica jurídica desde su contexto histórico, político o expresivo para, como dice el autor, “decantar los elementos epistémicos en que se apoyó cada obra”.

Hay en la obra del profesor Silva, raíces profundas de la doctrina jurídica mexicana, con un estupendo ejercicio de rescate de la historia consecuente a un trabajo de investigación que según se entiende le llevó varios años, que divide en periodos contextuales importantes desde el inicio, pasando por el

periodo estatutario, de territorialidad y hasta el contemporáneo, “recreando el pensamiento del jurista examinado” según refiere el escritor.

No es una obra de dogmática legalista pero es notable el estudio de investigación y el interés del autor por mostrar la evolución de la doctrina ius privatista netamente mexicana, en la que hace una especial referencia a los trabajos de la Academia mexicana de Derecho Internacional Privado y a los estudios que se presentan en los seminarios anuales de esta institución.

Para quien desee conocer y aprender más sobre la evolución de nuestra materia esta obra proporciona un vasto conocimiento al respecto, que ayudará a estudiantes de la carrera de Derechos y a investigadores a saber y a aprender más de nuestra disciplina.

Aprovecho para desear al autor un gran éxito y la difusión de esta obra.

María Virginia Aguilar

Informe de la presidencia de AMEDIP 2013-2014

Al inicio del periodo que presidí en AMEDIP, 2013-2014, mi propuesta fue dar las bases para la buena continuidad de la Institución, con el fin de mantener la calidad del contenido académico y de referencia y distinción que tiene la Academia desde hace 46 años en muchas partes del mundo, por la labor y los trabajos que han desempeñado sus Asociados.

La continuidad a la que me referí entonces estaba relacionada con buscar el orden en la parte legal y de estatutos para saber con qué contamos y qué podemos y debemos cambiar, saber quiénes son los miembros de número y los supernumerarios con los que efectivamente contamos y establecer formas de cooperación con otras entidades internacionales; continuar con la Revista y los Seminarios Anuales y buscar el auto sustento de la Academia mediante nuevos proyectos y el crecimiento económico, para dejar establecido el rumbo y la estructura a las necesidades actuales y futuras.

Afortunadamente, gracias al equipo que se conformó como mesa directiva: Carlos E. Odriozola Mariscal como Vicepresidente, James A. Graham como Tesorero, Juan Carlos Guerrero Valle como Secretario y los Secretarios Adjuntos Edgar García González y Humberto Espinosa de los Monteros, en conjunto conmigo se logró lo siguiente:

1.- Ahora sabemos que los instrumentos legales con los que contamos, son:

- a) El Acta Constitutiva 26495 del Instituto Mexicano de Derecho Internacional Privado del 5 de diciembre de 1968, ante el Notario Público número 6 del D. F. Lic. Fausto Rico Álvarez y fue inscrita en el Registro Público de la Propiedad en la Sección Cuarta de Sociedades y Asociaciones Civiles, Tomo 32, fojas 264, bajo el número 193, registro de caja 861427 en expediente 338035 en fecha 2 de enero de 1969.

- b) El Cambio de la denominación de Instituto a Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, A. C. y modificación de la totalidad de los estatutos con fecha 30 de octubre de 1980 mediante escritura 65,714, Ante el Lic Alejandro Soberón Alonso, Notarias Publicas 63 y 68 del D. F., cuyo primer testimonio quedó inscrito en el Registro Público de las Personas Morales Civiles en el folio real 00002907, misma que se decidió mediante acta de asamblea de Asociados del 12 de julio de 1979.
- c) Otro cambió de denominación, ahora por Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A. C. y se aprobó un nuevo estatuto orgánico y otorgamiento de poderes mediante la protocolización del Acta de Asamblea Extraordinaria del 26 de junio de 1997, que se protocolizó por escritura 93,424 de fecha 4 de marzo de 1998 ante el Notario Público número 129 del D. F. Lic. Ignacio Soto Borja y Anda, inscrita en el Registro Público de las Personas Morales Civiles del D. F. en el folio real 00002907 el 14 de mayo de 1998.
- d) Que la Revista Mexicana de Derecho Internacioanal Privado y Comparado, se constituyó mediante escritura 94639 en fecha 25 de junio de 1998 ante la Notaria 129 del D. F.
- e) Que el 25 de mayo de 1999 mediante escritura 97930 se otorgaron poderes ante el Notario Público 129 Lic. Ignacio Soto Borja Anda.
- f) Que el 21 de septiembre del año 2006 se protocolizó en instrumento 24585, ante el Notario Público 115 del D. F. Lic. Jorge Rios Hellig, el acta de Asamblea General Extraordinaria celebrada el 23 de septiembre del año 2004, en la que se formalizaron acuerdos en los que se nombraron académicos eméritos, honorarios y supernumerarios así como la extinción y

renuncia de obligaciones de académicos numerarios y quedó formalizado la aprobación, ratificación y nuevo nombramiento de miembros de la junta de Gobierno de ese momento, con otorgamiento de poderes.

g) Que finalmente se constituyó la “Sociedad para el apoyo de la Academia Mexicana de Derecho Internacional, S. C.” el 6 de febrero de 2009 ante el Notario Público número 6 del D. F. Lic. Fausto Rico Álvarez para la administración de cuentas y recuperación de cuotas y pagos de AMEDIP y en general para cuestiones económicas y fiscales.

h) Después de investigar por las diferentes cuentas que tenía la Academia, cancelar las que no tenían utilidad se logró unificar la cuenta y ahora contamos con la cuenta bancaria en HSBC número 04045877131 para recepción de pagos.

i) En materia fiscal hubo que poner mucho en orden, ante el desarreglo fiscal que teníamos, ahora hemos logrado un registro fiscal en orden que es el: AAMO90206-1R6 y como domicilio fiscal el ubicado en Paseo de la Reforma 322, primer piso, col. Juárez y la última clave FIEL se obtuvo el 24 de noviembre de 2014, por medio de la cual podemos dar recibos.

j) En este rubro nos encontramos al corriente en las obligaciones fiscales por lo que el SAT emitió una opinión que se considera POSITIVA.

2.- En cuanto a las sesiones comida de los dos últimos años:

a) Recibimos como invitados al Dr. Yves Derains con un tema de Arbitraje Comercial Internacional, hicimos un homenaje de despedida por el cambio de trabajo al Embajador Arturo Dager;; recibimos al Dr. Symeon Symeonides quien nos habló de Recuperación de Bienes Culturales; por primera vez dimos servicio a la comunidad y recibimos a personas interesadas en

temas Migratorios cuyo expositor fue el Lic. Adrián Ojeda; Adopción Internacional expuesto por la Jueza 2° Familiar Miriam Olimpia Lozano Rodríguez y por de la Directora de Familia de la Dirección General de ayuda a Mexicanos en el extranjero; y con un tema sobre sustracción internacional de menores expuesto por el Magistrado de la Segunda Sala Familiar Oscar Cervera Rivero,

b) También tuvimos la exposición de un libro por el Dr. Herfried Wöss, comentarios sobre jurisprudencia y sentencias y tuvimos la exposición de diferentes temas por amigos de la Academia como el Lic. Eduardo Magallón, el Dr. Francisco González de Cossio y miembros numerarios y supernumerarios; como Roberto Rendón, Diego Robles Farías, Leonel Pereznieta Castro, James Graham, Juan Carlos Guerrero y Mónica María Antonieta Velarde Méndez.

3.- En cuanto a los Seminarios Nacionales.

a) El XXXVI se celebró en Septiembre de 2013 en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, con el tema sobre las convenciones de la Haya firmadas por México, hicimos un homenaje a la Conferencia Permanente de la Haya y también a su Secretario General saliente el Dr. Hans Van Loon a quien recibimos como invitado junto con el Secretario anterior a él, el Dr. Adair Dyer, Ignacio Goicoechea representante de Latinoamérica en esa institución y a Mayela Celis, miembro de número de nuestra Academia que trabaja en la Haya.

b) El XXXVII, se celebró en la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, en octubre de 2014 cuyo tema fue Los Negocios Internacionales en el Derecho Internacional Privado en la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, en el que homenajeamos al Dr. Arturo Salinas estudioso del Derecho

Internacional Privado y Comparado y promotor y benefactor de la escuela Sede.

En esos eventos se aceptaron como miembros de numero a Diego Robles Farías en Guadalajara; y a Juan Carlos Guerrero Valle, Rubén Darío Gómez Arnaiz y en reserva a Carlos Gabuardi en Monterrey.

Asimismo, se nombraron en este período de dos años como miembros supernumerarios a: María Mercedes Albornoz e Isabel Álvarez en Guadalajara y a Rosa Elvira Vargas Baca, Sofia Oribio, Mónica María Antonieta Velarde Méndez y por primera vez a dos miembros del poder Judicial, María Margarita Gallegos López, Séptimo Familiar del D. F., quien es Secretaria General de los Jueces de Enlace de la Haya y al Magistrado Oscar G. Cervera Rivero, también Juez de Enlace.

Como Académicos Corresponsales a la Dra. Ana Elizabeth Villalta Vizcarra quien es Directora General de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores del El Salvador y miembro de la OEA; al Dr. Gilberto Boutin profesor de la Universidad de Panamá y decano de su Escuela de Derecho así como a la Dra. Laura Carballo Piñeiro investigadora de la Universidad de Santiago de Compostela, España y en el Instituto Max Plank de Hamburgo.

4.- En Tesorería con ayuda de nuestro Tesorero James Graham.

a) Por primera vez pagaron sus cuotas el 90% de los socios y estamos casi todos al corriente hasta el año 2014, incluso Dale Furnish ya pagó el año actual y depositó una colaboración para el libro de Jorge Alberto Silva.

b) Por primera vez quedan fondos en la cuenta de la Academia y durante estos dos años se han pagado diversos gastos relacionados con nuestras actividades,, como el pago de boletos de avión y hotel en la promoción de los Seminarios y para Académicos que lo solicitaron, se pagó parte del libro de Jorge Alberto Silva, con una amplia colaboración de él mismo. Se pagó

el cambio de logo y la nueva página web para instalar en ella la Revista con todos sus números, incluyendo los dos nuevos 31 y 32 que ya serán totalmente electrónicos y se creará un blog y otro registro de Facebook porque el anterior se contaminó con gente que no tenía nada que ver con Amedip.

5.- En asuntos Generales

a) Se proporcionó colaboración a la Corte Centroamericana de Justicia en el Segundo programa de Apoyo a la Integración Regional Centroamericana en un evento en Panamá en enero de 2013.

b) En Marzo de 2013 a Instancias de uno de los miembros supernumerarios Arnau Muria, se promovió una iniciativa con proyecto de decreto para reformar el artículo 1197 y adicionar el artículo 1197 Bis en el Código de Comercio, por medio de la Senadora María Verónica Martínez Espinoza, en la LXII Legislatura del Congreso de la Unión por el Grupo Parlamentario del PRI, el propósito de esta reforma es facilitar el reconocimiento el derecho extranjero en materia mercantil en atención al comercio internacional y el fomento a la inversión extranjera sobre el principio *iura novit curia* que en 1988 se insertaron en el artículo 86 Bis del Código Federal de Procedimientos Civiles. Dicha reforma se publicó el 21 de marzo de 2013 y entro en vigor al día siguiente de su publicación.

c) En octubre de 2013 dimos una opinión de apoyo al proyecto de Acuerdo de cooperación en Materia de Protección de los visitantes y turistas Extranjeros que presento ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional Privado) ante la Haya.

d) En Octubre de 2013 firmamos un convenio de colaboración con la Universidad Central de Venezuela por medio de la Dra.

Yaritza Pérez, para que Académicos mexicanos podamos integrarnos ocasionalmente como profesores o enviar trabajos a la Maestría en Derecho Internacional Privado de esa Universidad.

e) En marzo de 2014 colaboramos con la Universidad de Querétaro para el desarrollo de su Segundo Seminario de Derecho Internacional

e) Se hizo la presentación del libro de la Dra. María Mercedes Albornoz “Derecho Internacional Privado para un Mundo Globalizado” tanto en el CIDE como en la UAQ.

f) En Agosto de 2014 colaboramos con la Dirección General Jurídica y con Consultoría Jurídica de la SRE en la organización y desarrollo del 2do Taller de Cooperación Procesal Internacional.

f) En Agosto de 2014, se hizo un contrato con Limusa, S. A. para la edición del Libro “Derecho Internacional Privado. Génesis Doctrinaria en México” de autoría del Dr. Jorge Alberto Silva, cuya temática es sobre nuestra disciplina pero además es una investigación sobre los tratadistas mexicanos de Derecho Internacional Privado y sobre las diferentes etapas de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y sus académicos. Se presentó en el Seminario de Monterrey.

g) En Agosto de 2014 tuve una visita al Instituto Latinoamericano de Heidelberg y en una entrevista con el director Dr. Eckel aceptó que la Amedip fuera su intermediario en las Universidades de México para la exposición de los cursos que ofrece el Instituto con posibilidad de que algunos de nuestros académicos sean parte del claustro de profesores que den esos cursos, con un pequeño porcentaje para nuestra institución por cada curso que se logre hacer en México.

h) En noviembre de 2014, se expusieron los posibles cambios que se pueden aportar a los estatutos, para la reestructura y renovación de los miembros de número según las necesidades actuales y se espera que las reformas a los estatutos se lleven a cabo pronto, entregaré a nuestro Presidente los cambios sugeridos.

Con esto doy por terminado el período de mi Presidencia en el que se cumplió con el objetivo de dar una buena continuidad a las labores de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A. C agradeciendo a todos la oportunidad de contar con ustedes en el desarrollo de las actividades.

Le doy la bienvenida al Mtro. Carlos Odriozola como siguiente Presidente de la Academia, deseándole todo tipo de éxitos en beneficio de nuestra Academia.

Muchas Gracias.

Lic. María Virginia Aguilar

Enero de 2015.

**ACADEMIA MEXICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y
COMPARADO**

2015

