

## SECCIÓN MONOGRÁFICA

### CLÁUSULAS "CANDADO" EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Reflexiones básicas sobre la autonomía de las partes para escoger la ley aplicable a sus contratos

Otto SANDROCK

Traducción de Josette SERRATO COMBE\*

SUMARIO: I. Ejemplos y objetivos de las cláusulas "candado". II. La naturaleza jurídica de las cláusulas "candado". III. Nulidad resultante de las normas de orden público de la *lex fori*. IV. Nulidad resultante de una violación del orden público o disposiciones imperativas de la ley propia del contrato. V. Conclusión.

Los artífices hábiles de los contratos internacionales ocasionalmente tienen éxito en insertar ciertas cláusulas "candado". Dichas cláusulas ponen un freno a los contratantes en el ejercicio de los recursos (*remedies*) [LJSC1] contractuales. Aun cuando tienen una naturaleza vinculatoria para todos los signatarios del contrato, los efectos restrictivos de dichas cláusulas se sienten normalmente como "candado" sólo por la contraparte de la relación contractual.

\* El presente artículo fue publicado originalmente en idioma inglés, en la revista *The International Lawyer*, publicación de la ABA/Section of International Law and Practice, invierno de 1997, vol. 31, núm. 4, bajo el título "Handcuffs Clauses in International Commercial Contracts: Basic Reflections on the Autonomy of the Parties to Choose the Proper Law for Their Contracts".

Aclaración: Se ha utilizado en la traducción el vocablo "recurso" o "recursos" como traducción de "remedy" e "remedies", que en el derecho anglosajón es usado, en el contexto de un contrato, como el o los mecanismos previstos en éste para subsanar situaciones de incumplimiento.

Hasta donde se conoce, las cláusulas "candado" nunca han sido objeto de un análisis jurídico. Existen dudas respecto a si dichas cláusulas tienen un valor ejecutorio, y si lo tienen en qué medida. El objeto de este artículo, por ende, es investigar hasta dónde reconocerse el efecto vinculatorio de dichas cláusulas.

Si uno no sigue la doctrina de la *lex mercatoria*, cuya precisión es cuestionable,<sup>1</sup> cada contrato internacional está regulado por una ley nacional específica, *i.e.*, por su ley nacional propia. La competencia de dicha ley propia no es internacional, sino que está restringida al *imperium* dentro del cual el legislador nacional puede ejercer, y ha ejercido, sus facultades legislativas. La cuestión, por lo tanto, sobre si una cláusula "candado" puede ejecutarse puede contestarse sólo sobre la base de una ley nacional específica.

La validez de las cláusulas "candado" depende, sin embargo, de los sistemas legales nacionales y de ciertos principios básicos de la ley del contrato. Estos principios básicos son más o menos similares a otros dentro de por lo menos esa parte del mundo reconocido como perteneciente a la civilización "occidental". El presente análisis examina, por ende, la validez de dichas cláusulas sobre la base de los sistemas jurídicos nacionales occidentales.

### I. EJEMPLOS Y OBJETIVOS DE LAS CLÁUSULAS "CANDADO"

Al tratar de demostrar los objetivos subyacentes de las cláusulas "candado", es útil presentar primero algunos ejemplos de dichas cláusulas.

#### a) Ejemplos de cláusulas "candado"

Las cláusulas "candado" comparten una característica con otros tipos de cláusulas contractuales: existen legiones de diferen-

<sup>1</sup> Para referencias amplias ver, *e.g.*, SANDROCK, Otto, "How Much Freedom Should an International Arbitrator Enjoy?", en *The American Review of International Arbitration*, vol. 30, núm. 46, 1992. Reimpresión en la revista *Internationales Wirtschaftsrecht in Theoria und Praxis/International Business Law in Theory and Practice*, vol. 439, núm. 455, 1995; *Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die internationale Schiedsgerichtstätigkeit, in Rshftfortbildung druch dei internacionaleschiedsgerichtsbarkeit*, Kaer Heinz Boeckstiegel, vol. 21, pp. 51-60, 1989.

tes clases. La inventiva humana es ilimitada, y permanece así respecto al tipo de cláusulas aquí estudiadas. A continuación se presentan tres ejemplos:

1. Las demandas para el cumplimiento o para cualquier implementación del presente contrato, las demandas por supuestos daños que surjan por incumplimiento del presente contrato, y cualquier otra demanda en relación con el presente contrato únicamente podrá alegarse entre las partes y contra un tercero sólo y en la medida en que este contrato lo establezca. Las demandas, por tanto, no podrán alegarse sustentándose en una estipulación estatutaria o cualquier otra norma de derecho comprendida sólo en la ley escogida por las partes como ley aplicable a. contrato.
2. (Referida a una cláusula "candado" anexada a una cláusula de arbitraje): en estipulaciones específicas, el presente contrato establece ciertos *recursos* que pueden ejercerse por las partes en caso de que sus derechos contractuales puedan ser obstaculizados o violados por la conducta de su contraparte. Las demandas para la ejecución de dichos *recursos* podrán presentarse ante el tribunal arbitral (y entonces se especifica el tribunal arbitral en lo relativo a su composición, lugar de arbitraje, etcétera). Sin embargo, las partes en el presente contrato acuerdan en que ni el tribunal arbitral antes mencionado, o ningún órgano jurisdiccional será competente para adjudicar reclamaciones introducidas con *recursos* no previstos específicamente en este contrato, y se deriven únicamente de la ley aplicable al presente contrato.
3. Los *recursos* estipulados en este contrato son exclusivos y no permiten a las partes recurrir, para ejecutar los derechos de sus derechos contractuales, a otros *recursos* fuera del presente contrato en cualquier disposición estatutaria o norma no estatutaria de la ley aplicable al contrato.

1. Los parámetros fácticos dentro de los cuales se utilizan más frecuentemente las cláusulas "candado"

Las cláusulas "candado" rara vez se encuentran en contratos comerciales internacionales cuando las partes en dichos contratos

pertenecen a la misma cultura legal. Más bien, dichas cláusulas se encuentran en contratos entre partes que se ubican en contextos legales y culturales diferentes. Su origen estriba en la preocupación de una parte de evitar estar sujeto a un sistema jurídico totalmente no familiar. Dicha preocupación crea desconfianza, y esa desconfianza conduce a un esfuerzo por la parte afectada de domar lo desconocido utilizando una cláusula "candado" como una inserción precautoria en el contrato.<sup>2</sup>

Un escenario común que acompaña la inserción de una cláusula "candado" en un contrato internacional es el siguiente: una compañía de un país industrializado está tratando de obtener un contrato por trabajos que se desempeñarán en un país en desarrollo o en un país recientemente industrializado. La parte que ofrece el contrato insiste en que la elección de la ley aplicable sea su propia ley nacional. El contratista del país industrializado, deseoso de obtener el contrato, tiene que acceder a esta petición. Así, se adopta la ley nacional del que otorga el contrato, en la elección de la ley aplicable, como la ley que regula las relaciones contractuales entre las partes.<sup>3</sup>

La compañía del país industrializado, sin embargo, no está nada familiarizada ni siquiera con los principios fundamentales de la ley aplicable al contrato elegido. Los principios de la ley aplicable pueden inclusive originarse en un código religioso de conducta, código al cual la compañía jamás se ha enfrentado. La ley aplicable al contrato también puede estar en una etapa de desarrollo y ciertas partes pueden presentarse de una forma más o menos críptica.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Como un problema similar en arbitraje internacional, ver BERNINI, Giorgio, *Neutralidad cultural: un prerrequisito en la justicia arbitral*, 10 *Nich. J. of int'l L.* pp. 39 y 56, 1989.

<sup>3</sup> Para una lista de ejemplos confirmando esta tendencia, ver BARTELS, Martin, "Contractual adaptation and conflict resolution", pp. 106-08, 1985.

<sup>4</sup> Compare el famoso laudo en la llamada Resolución Abu Dhabi Petroleum Development (Trucial Coast) ver. Sheikh de Abu Dhabi, en el cual las partes habían escogido la ley de Abu Dhabi como la ley propia del contrato y en el cual Lord Asquith of Bishopstone estableció: "pero no puede razonablemente decirse que dicha ley exista." Sin embargo, la situación en Abu Dhabi, así como en la mayoría de los otros países en desarrollo, ha cambiado fundamentalmente desde entonces, sin mencionar los países recién industrializados.

Para contener el peligro de lo desconocido, la compañía del país industrializado trata de cuidar que los derechos y obligaciones de las partes se establezcan meticulosamente en el contrato mismo, haciendo así el contrato más o menos autosuficiente. Cualquier referencia a las normas estatutarias o no estatutarias serán por lo tanto redundantes. El contrato se desarrollará hasta convertirse en un sistema jurídico completo y propio.<sup>5</sup> Desde el punto de vista del contratista, la solución ideal sería que si surge una controversia entre las partes, las normas de la ley aplicable al contrato nunca tendrán oportunidad de operar.

No obstante, los abogados siempre ven, en su experiencia, que sus contratos, por perfectos que pudieran parecer, nunca podrán ser totalmente inmunes a la complejidad de la vida, particularmente cuando ocurren hechos impredecibles e imprevistos. No es de extrañar, por lo tanto, que los contratistas de los países industrializados tratarán de tomar todas las precauciones contra riesgos eventuales que pudieran aparecer en el futuro con respecto a la *lex contractus* que es desconocida para ellos. Una de las herramientas susceptibles de domar así el futuro son las cláusulas "candado".

Consecuentemente, el que las cláusulas "candado" compartan ciertas características con las llamadas cláusulas de estabilización es obvio.<sup>6</sup> Mientras que éstas tratan de tomar medidas precautorias contra aquellos riesgos que resulten de disposiciones estatutarias futuras que entren en vigor dentro de la ley propia del contrato, las cláusulas "candado" tratan de manejar ciertas incertidumbre

<sup>5</sup> Compare L. G. Telser, *A Theory of Self-Enforcing Agreements*, 53 *J. Bus.* 27-44 (1980); A. VERDROSS, *The Status Of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses*, 9 *Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht* (1958/59); *Id. Gibt es Verträge dies weder den innerstaatlichen Recht noch den volLerrecht unterliegen?*, 6 *Zeitschrift für rechtsvergleichung*, 129-34 (1965).

<sup>6</sup> En cuanto a estas cláusulas ver George Rene Delaume, "Law and practice of transnational contracts", núm. 2.07, pp. 44-49 (1988); Timothy B. Hansen, *The Legal Effect Given Stabilization Clauses in Economic Development Agreements*, 28 *Va. J. of int'l L.* 1015-41 (1988); S.K. Chatterjee, *The Stabilization Clause Myth in Investment Agreements*, 5 *J. Int'l arb.* 97-111 (1988); N. David, "Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers-Questions d'un Practicien", núm. 113, *Journal du droit international* (Clunet), pp. 79-107 (1986); Th. Walde, *Stabilité du contrat*.

"Reglement des litigas et renégociation", *Revue de l'arbitrage*, 203-38 (1981).

que resulten de resquicios en las estipulaciones contractuales: los contratantes pueden no haber previsto un problema cuando redactaron el contrato. En contraste a sus expectativas, el contrato no es del todo autosuficiente, sino muestra ciertas lagunas que tienen que ser llenadas con las normas de la ley propia del contrato. Dichas normas pueden establecer un *recurso* contractual para una de las partes totalmente inesperado por su contraparte, y ocasionar, desde el punto de vista de este último, relaciones contractuales desiguales. Ante esta situación, una cláusula “candado” precautoriamente insertada en el contrato al tiempo de su celebración aparecerá como una especie de apoyo en la vida.

Sin embargo, este escenario no es único en los contratos que vinculan compañías de regiones de países industrializados por una parte y compañías de países en desarrollo o recientemente industrializados por la otra. El mismo conflicto de intereses puede surgir cuando compañías de cualesquiera país —ya sean industrializados, recientemente industrializados o todavía en la etapa de desarrollo— están contratando entre ellos. Cuando uno u otro de los contratantes tratan de hacer un contrato autosuficiente, la factibilidad de una cláusula “candado” puede discutirse.

## 2. Cláusulas “candado” vs. Cláusulas de Elección de Ley Aplicable

Es evidente por lo tanto que cuando se invoca una cláusula “candado”, por una parte, el sustentarse en esa cláusula provoca usualmente un conflicto con la cláusula de ley aplicable, que, dentro del contrato, aparece en pie de igualdad con la cláusula “candado”. Mientras que el objetivo de la cláusula de ley aplicable en general es que entren en operación todas las normas de la ley *lex contractus*, el objeto de la cláusula “candado” es justamente prevenir que algunas de esas normas entren en operación. Ya que ambas cláusulas aparecen en el mismo contrato, la tarea del juez o árbitro será eventualmente decidir cómo se resolverá el conflicto entre ellas.

*In abstracto*, varias soluciones son plausibles. Uno podría primero pensar en aplicar la norma *lex specialis derogat legi generali*, que ciertamente es una norma común en todos los sistemas

jurídicos que se originan en la tradición del derecho romano europeo. Entonces la cláusula “candado” es la ley especial que tendría que tener prevalencia sobre la elección de la ley que se considera general. O uno podría clasificar ese conflicto como un asunto perteneciente a la interpretación de los contratos. O más específicamente como un problema relativo a cómo pueden y deben resolverse los conflictos entre cláusulas contractuales que se contradicen. Un tercer camino de razonamiento jurídico, también compatible con todos los sistemas jurídicos de la tradición romano europea, sería inquirir si, y hasta qué punto, las cláusulas “candado” pueden conciliarse con las normas de orden público o normas imperativas de la *lex fori* y/o la ley propia del contrato.

El siguiente análisis jurídico mostrará que sólo la herramienta jurídica mencionada en último lugar es útil en el presente contexto. El punto de partida para este análisis debe ser el examen de la naturaleza jurídica de dichas cláusulas.

## II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS “CANDADO”

A primera vista, las cláusulas “candado” se aplican a los *recursos* y no a los derechos. Estas cláusulas restringen a todos los contratantes en el uso de *recursos* procesales que la ley propia del contrato respectivo hubiera puesto a su disposición. Uno podría estar tentado, por lo tanto, a caracterizar las cláusulas “candado” como estipulaciones procedimentales que están gobernadas por la *lex fori*.

Dicha caracterización sería, sin embargo, por lo menos, no plenamente correcta. Aun cuando estas cláusulas excluyen la operación de *recursos* procedimentales que, en ausencia de dichas cláusulas, serían asequibles a las partes bajo la *lex fori*, esta exclusión va más allá de la *lex fori*, *i.e.*, de la ley propia del contrato. Ellas impiden a las partes ejercer ciertos derechos sustantivos que ante su ausencia estarían a su disposición. Sería por tanto, incorrecto calificar a las cláusulas “candado” como estipulaciones que tienen sólo una naturaleza procedimental. Las cláusulas “candado” tienen una doble naturaleza, que opera tanto en el nivel de procedimiento como en el de la ley sustantiva.

Uno tiene entonces que buscar una base que invalide estas cláusulas, no sólo en la esfera de la *lex fori*, sino también en la esfera de la ley propia por la cual son gobernados.<sup>7</sup> Como se demostró anteriormente, su objetivo no sólo es afectar a los *recursos*, sino también los derechos sustantivos de las partes.

### III NULIDAD RESULTANTE DE LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO DE LA *LEX FORI*

#### a) Consideración básica: una justificación de la autonomía de las partes para elegir la ley propia para su contrato

En la doctrina de conflicto de leyes, la autonomía de las partes para escoger una ley propia para su contrato se justifica por la consideración de que, en principio, todos los sistemas jurídicos nacionales son iguales respecto a otros, y por lo tanto, intercambiables. En los contratos comerciales, las leyes nacionales privadas (no públicas) que se aplicarían en ausencia de una elección de ley por las partes pueden así remplazarse por las partes, a través de la cláusula de elección de ley aplicable por otra ley nacional. Se supone que la ley escogida es tan equitativa, justa y efectiva que la ley por la cual el contrato se regiría en ausencia de dicha elección de ley aplicable.<sup>8</sup> Aún más, se ha argumentado que las

<sup>7</sup> Es verdad que, en teoría, una cláusula candado también sería nula por violación a una norma de orden público de un tercer Estado cuyas leyes no fueran ni idénticas a las de la *lex fori* ni las de la *lex contractus*, i.e., la Ley Propia del Contrato. Dado que, en ciertos casos, un juez puede honrar las disposiciones de orden público de terceros Estados, que, desde el punto de vista de ese juez, pondrían énfasis en la tramitación de reclamaciones. Ver e.g., Convención de Roma, junio 20 de 1980, art. VII, párrafo 1., 19 I.L.M. 1492, 1494, sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales que establece:

Al aplicar esta Convención la ley de un país, puede darse efecto a las normas imperativas de la ley de otro país con el cual la situación presente un lazo estrecho, si y en la medida de que dichas normas deban aplicarse sin importar la ley aplicable al contrato. Al considerar si se da efecto a estas normas imperativas, deberá atenderse a su naturaleza y objetivo y las consecuencias de su aplicación o no aplicación.

<sup>8</sup> En la doctrina germánica de conflicto de leyes, este es desde Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) el enfoque básico subyacente no sólo en la ley aplicable a las relaciones contractuales, sino en todas las normas de derecho internacional privado. El acercamiento doctrinal a la doctrina holandesa-angloamericana del *comitas* es evidente: si un juez de la *lex fori*, actuando sobre la base doctrinal de una *comitas*, aplica la ley de

partes deben conocer cual sistema nacional de leyes serviría mas adecuadamente sus necesidades contractuales.<sup>9</sup> Por estos motivos, el principio de autonomía de las partes para escoger la ley propia del contrato se reconoce casi universalmente.

Este acercamiento doctrinal también explica porque las partes, haciendo uso de dicha autonomía, son capaces de optar fuera de las normas imperativas de la ley sustantiva aplicable en ausencia de su elección de ley: se considera que las normas imperativas de la ley escogida son, en su conjunto, equivalentes a las normas imperativas de la ley que hubiera sido aplicable sin la cláusula de elección de ley. Por lo tanto, la facultad de las partes, de reemplazar un sistema nacional de leyes por otro también se extiende a las normas imperativas de sus respectivos sistemas jurídicos, que se consideran como sustituibles entre ellos.

Desde luego, las normas imperativas del País A pueden, en detalle, variar considerablemente de las normas imperativas del País B. Pero a pesar de dichas diferencias, el resumen de lo que es imperativo en el País A es, siguiendo la doctrina básica subyacente en el principio de la autonomía de las partes, considerado como equivalente a lo que es imperativo en el País B. Así, el balance entre lo que es permisible en la ley privada del país A se considera más o menos igual con lo que puede acordarse libremente por las partes en el País B. La protección de ciertos participantes en los negocios comerciales (por ejemplo, personas necesitadas, sin experiencia, y el empleado *vis-a-vis su patrón*), puede lograrse de muchas formas. Por qué medio esta protección se logra en la ley escogida por las partes no es relevante. Sólo importa que exista

otra nación, el juez debe presumir que la ley extranjera así escogida es, en el balance, tan equitativa, justa y efectiva como la *lex fori* propia del juez. Las doctrinas modernas de conflicto de leyes, particularmente de los Estados Unidos (cf. el enfoque llamado la mejor ley), y también en Alemania y otros países, rechazan este enfoque doctrinal. A la vista, sin embargo, de la mayoría de los autores continentales europeos, incluyendo el autor de este artículo, el enfoque de la nueva "mejor ley" no tiene méritos. En lo que respecta a los fundamentos doctrinales de la doctrina alemana de conflicto de leyes, ver G. Kegel, "Internationales Privatrecht" (núm. 3, ix 143, 7a de. 1995); y en cuanto a los fundamentos doctrinales de los sistemas, Fritz Alexander Mann, "Foreign Affairs in English Courts" 134 (1986).

<sup>9</sup> Ver KEGEL, *supra* Nota 8, en 483.

alguna protección adecuada, más o menos equivalente a la protección otorgada por la ley a la cual el contrato hubiera estado sujeto en ausencia de la cláusula de elección de ley.

b) Primera restricción a la autonomía de las partes para escoger la ley propia de su contrato: las normas de orden público de la *lex fori*.

La autonomía de las partes para escoger la ley propia de su contrato tiene, sin embargo, algunos límites. Ciertamente una de las barreras más importantes que limitan la facultad de las partes para escoger la ley se deriva de las normas de orden público de la *lex fori*. Esta barrera está definida claramente en el artículo 7, párrafo 2 de la Convención de Roma de Junio 19, 1980. Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (en lo sucesivo, la Convención de Roma):<sup>10</sup>

C. Nada en esta Convención restringirá la aplicación de normas de la ley del fuero en una situación donde son imperativas sin importar la ley que de otra manera sería aplicable al contrato.<sup>11</sup>

Esta Convención, incluyendo el artículo 7, párrafo 2, ha sido entretanto ratificada por casi todos los países de la Unión Europea, mostrando que la idea fundamental subyacente en esa disposición es un principio general de derecho más o menos reconocido universalmente por todos los sistemas jurídicos de origen romano-europeo.

En el presente contexto, una observación terminológica debe establecerse: las normas específicas de orden público no deben confundirse con normas normales o meras disposiciones obligatorias o normas imperativas. Aquellas, como un *genus* más amplio, se definen como "que contienen una orden", "preceptivas", "imperativas" o "perentorias".<sup>12</sup> Una operación jurídica que las violara sería nula. Existen normas ordinarias tales como la prohi-

bición de violación a las buenas costumbres, o normas relativas a cuestiones estatutarias, y *recursos* (normas) contra la usura y la mala fe, o finalmente, prohibiciones legales de cobrar interés compuesto. Todas estas normas ordinarias o prohibiciones estatutarias normales. Con frecuencia, estas disposiciones han estado presentes desde hace siglos, y están profundamente insertadas en la cultura legal occidental. Usualmente, aparecen como parte integrante de nuestros sistemas jurídicos de leyes ordinarias occidentales. En los países de Europa continental, pertenecen al sistema jurídico de Derecho privado.

Por otra parte, las disposiciones de orden público son también clasificadas como normas imperativas. Pero son más imperativas que las normas imperativas ordinarias o prohibiciones y forman, dentro de la categoría de normas imperativas y disposiciones, una clase especial. En general las disposiciones de orden público incorporan la respuesta de los legisladores modernos a ciertas situaciones en las cuales su intervención se consideró necesaria o por lo menos útil. Consagran ciertas políticas perseguidas en campos muy variados, *e.g.* política exterior, economía, asuntos culturales o del medio ambiente, y salud pública. Decretos de comercio con el enemigo, disposiciones que prohíben la exportación de bienes pertenecientes al patrimonio cultural de una nación, normas ambientales, y normas que prescriben ciertos estándares mínimos de higiene pueden citarse como ejemplos. En los sistemas de Europa continental, estas normas se consideran como formando parte de sus leyes públicas.

Usualmente, hay pocas dudas en cuanto a su naturaleza altamente imperativa. Las disposiciones de orden público se han caracterizado como teniendo un "efecto de anulación"<sup>13</sup> que hace a un lado la operación de no sólo todas las otras normas de la *lex fori*, sino también todas las estipulaciones de la ley propia de los contratos, incluyendo sus disposiciones imperativas.

El lenguaje utilizado en la Convención de Roma citada *infra* tiene que ser interpretado a la luz de las distinciones anteriores.

<sup>13</sup> *Cheshire and North's Private International Law* (p.m. North et al., eds., 12a. ed. 1992).

<sup>10</sup> *Supra* nota 7, art. VII, párrafo 2.

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> *Black's law dictionary*" 114 (4a. edición, 1951).

Así, si ese párrafo habla de "normas de la ley del foro en una situación donde éstas son imperativas sin importar la ley que de otra manera sería aplicable al contrato",<sup>14</sup> es evidente que los autores de la Convención de Roma se refirieron a las disposiciones de orden público especiales de la *lex fori* tal como se acaba de definir.<sup>15</sup>

Las consecuencias que se derivan de lo anterior son las siguientes: aun cuando las partes en un contrato comercial internacional pueden sustraerse de las normas y disposiciones imperativas normales de la ley que normalmente sería aplicable ante la ausencia de la cláusula de ley aplicable, no tienen esa facultad respecto a las disposiciones de orden público de la *lex fori*. Esto es también cierto respecto a las cláusulas "candado". Como las otras estipulaciones contractuales, las cláusulas "candado" están también sujetas al efecto de anulación de las normas de orden público de la *lex fori*.

Una cláusula "candado", por tanto, no puede ejecutarse cuando frustra cualquier política consagrada en dichas normas. Sí, y en la medida en que la cláusula "candado" choque con la política pública de la *lex fori*, tendrá que considerarse como nula y sin efecto.

c) Un ejemplo de nulidad de cláusula "candado" un contra-ejemplo de validez

Una prohibición de exportación puede mencionarse como un ejemplo ilustrativo a este respecto: en un contexto, puede inducir la nulidad de una cláusula "candado"; en otro, dicha nulidad puede ser dudosa o tendrá que rechazarse.

Supongamos, primero, que un contrato establece la entrega de bienes militares a un país extranjero cuando se viola una prohibición de exportación. En este caso, una cláusula "candado" podría

<sup>14</sup> *Supra* nota 7, art. VI, párrafo 2.

<sup>15</sup> La referencia específica se hace, en este contexto, al Reporte sobre la Convención de Roma presentado por M Giuliano y P. Lagarde. Una versión alemana de este Reporte ha sido publicada en los Registros del Parlamento Federal Alemán. Drucksache des Deutschen Bundestages 10/503, *id.* en 60.

haberse diseñado por las partes (presumiblemente de mala fe) para prevenir a cualquiera de ellas de presentar una reclamación o demanda ante el tribunal competente o el tribunal de arbitraje competente respecto al examen de si la obligación de entregar los bienes es compatible con la prohibición de exportación. Casi sin duda alguna una cláusula "candado", en dichas circunstancias, sería nula y no tendría efectos. Su operación frustraría evidentemente la política pública del Estado que emitió la prohibición de exportación.: las partes estarían impedidas de obtener un pronunciamiento judicial que estableciera que la prohibición de entregar los bienes es nula y que la promesa de una de las partes de entregar dichos bienes no puede ejecutarse. Dichas consecuencias ciertamente serían inaceptables.

A pesar de la cláusula "candado", por lo tanto, cada parte podría demandar a su contraparte ya sea en un tribunal estatal competente o, cuando una cláusula de arbitraje confiera la jurisdicción correspondiente, ante el tribunal arbitral competente, y buscaría como desagravio un pronunciamiento que estableciera que su obligación de entregar los bienes es nula y sin efecto, considerando la violación de la prohibición de exportación.

Esa conclusión sería, sin embargo, dudosa o tendría que negarse si, después de que el vendedor hubiese entregado los bienes y después de que el comprador hubiera pagado el precio, una de las partes, *e.g.*, el comprador, presentara una demanda para la restitución del precio pagado por él al devolver la mercancía entregada.

Más aún, suponiendo que la obligación del vendedor de entregar los bienes violara en efecto dicha prohibición y que la ley propia del contrato en efecto permitiera la restitución del precio contratado,<sup>16</sup> no habría conflicto entre la cláusula "candado" por

<sup>16</sup> Esto no sería factible en los sistemas legales derivados de la tradición jurídica romana, en los cuales el viejo principio *in pare turpitudine, melior est causa possidentis* gobernaría el problema. CT Lectura BGB 817, en su traducción al inglés: (N. del T. En el texto original).

Si el objeto del desempeño fuera que, con la recepción, el receptor violara la ley o las buenas costumbres, el receptor estaría obligado a la restitución. Se excluye la restitución, sin embargo, cuando la parte que desempeña es igualmente responsable de dicha violación, salvo que el desempeño consistiera en asumir la responsabilidad; un desempeño realizado haciéndose cargo de dicha responsabilidad no tiene por qué rendirse.

una parte, y la prohibición legal por la otra. La ley sólo persigue prevenir la entrega de los bienes en el país destinatario. No aceptaría cualquier otra obligación de las partes, e.g. restituir el precio sobre la base de un enriquecimiento ilegítimo en caso de nulidad del contrato. Ya que el recurso de dicha demanda por enriquecimiento ilegítimo estaría fuera de los límites previstos en la prohibición legal, la cláusula "candado" podría desenvolver plenamente su poder: el comprador estaría impedido por ella de buscar la restitución del dinero pagado bajo el contrato nulo.

El segundo ejemplo muestra que cuando la compatibilidad de una cláusula "candado" con las normas de orden público de la *lex jori* tiene que examinarse, no puede llegarse a conclusiones indiscriminadas y arrasadoras para toda una categoría de casos; todos los casos deben ser examinados individualmente sobre sus méritos específicos.

#### IV. NULIDAD RESULTANTE DE UNA VIOLACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO O DISPOSICIONES IMPERATIVAS DE LA LEY PROPIA DEL CONTRATO.

##### a) Consideraciones básicas: cláusulas de elección parcial y la prohibición de ir "picando"

Por las consideraciones anteriormente mencionadas,<sup>17</sup> se sigue que, si un sistema nacional específico se escoge por las partes como su ley propia del contrato, esa ley, en principio, debe ser aplicada *in toto*. Desde luego, cláusulas de elección parcial de ley que establecen la aplicación simultánea de dos sistemas de ley diferentes a varias partes de uno y el mismo contrato son permisibles. De nuevo, la Convención de Roma<sup>18</sup> es un ejemplo ilustrativo de dicha norma. El artículo 3, párrafo 1 de la Convención establece:

Un contrato será regulado por la ley escogida por las partes. La elección debe ser expresa o demostrada con certeza razonable por

<sup>17</sup> Ver *supra*, Parte IV. A

<sup>18</sup> Ver nota 7, art. III, párrafo 1

los términos del contrato o las circunstancias del caso. *Por su elección las partes pueden escoger la ley aplicable a todo o parte del contrato* (el énfasis es del autor).

Esta norma es también conocida en algunos sistemas de leyes fuera de la Unión Europea.<sup>19</sup> Por lo tanto, existe una fuerte indicación de que puede ser igualmente calificada como un principio general de derecho (internacional privado) reconocido por "las naciones civilizadas".<sup>20</sup>

##### b) Una segunda restricción a la autonomía de las partes para escoger la ley propia del contrato no se permite "picar"

La autonomía de las partes encuentra, sin embargo, una segunda restricción específicamente diseñada para cláusulas de elección parcial de la ley. Esta restricción es de suma importancia en el siguiente contexto: las partes nunca pueden dividir su contrato de tal manera que evite la aplicación de toda ley aplicable. El "picar" no está permitido.<sup>21</sup> Las partes no estarían autorizadas, por ejemplo, para escoger un cierto sistema de derecho para una parte

<sup>19</sup> En cuanto a los sistemas de leyes de los Estados Unidos, cf. *London Assurance vs. Companhia de Moagens do Barreiro*, 167 U.S. 149 (1897); *Albert Armin Ehrenzweig & Erik Jayna*, *Private International Law*, 32 (1977); en cuanto al "depeçage" en general en el sistema de conflicto de leyes en los E.U.A., cf. *Roger C. Cramton, David P. Currie & Herma Hill Kay, Conflict of Laws*, 358 (1987).

<sup>20</sup> Ver art. 38 párrafo 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Dicha expresión, objetable ya cuando fue insertada en esa norma, está en la actualidad totalmente pasada de moda.

<sup>21</sup> En cuanto al conflicto de leyes alemán, ver la sentencia emitida por la Corte Suprema Alemana en 1936 (*reimpresa en 1936 Juristische Wochenschrift* 2058, 2059) en donde ese tribunal estableció: no se permite que una relación contractual se sujete a la legislación de cierto estado con la reserva de que una norma definitiva esté ya vigente o que se espere que esté vigente y que regule un problema especial, no será aplicada, salvo que dicha norma no contenga más que una norma supletoria de derecho. En el conflicto de leyes francés, el problema se comprende bajo el título de *depeçage* de un contrato; ver *Henri Batiffol, & Paul Lagarde, 2 Droit International Prive*, 274 (7a. de. 1983) en cuanto al conflicto de leyes inglés, ver *Forsikringsaktieselskapet Vesta vs. Butcher*, 2 All ER.488, 504-05 (Q.B. 1989), *aff'd* 3 W. L. R. 565, 587-588 (C.A. 1989, *aff'd* 1 Lloyd's Rep. 331, 347 (H.L.1989).

de su contrato, y luego estipular que sólo las normas derogatorias de ese derecho se aplicarán a esa parte. No pueden dividir la ley propia escogida por ellos en normas obligatorias y derogatorias y al mismo tiempo adoptar sólo las normas derogatorias así escogidas y repudiar sus disposiciones imperativas o de orden público. Cuando escogen una ley, aun cuando sea para una parte de su contrato, es una proposición de "tómelo o déjelo" que los autoriza para aceptar sólo el conjunto de ellas y no sólo las disposiciones que les plazcan y satisfagan sus deseos contractuales.

Esta norma puede ilustrarse por un ejemplo tomado de un contrato sobre la compra de acciones de una compañía extranjera. Es sabido que algunos sistemas de leyes protegen a los compradores de valores extranjeros contra ciertos riesgos desconocidos y perjudiciales para ellos a través de las llamadas leyes "blue-sky" (cielo azul), mientras que en otros sistemas legales las normas relativas a dichos riesgos se integran en otras leyes por ejemplo, en las leyes generales de sociedades o en el código civil general respectivo.<sup>22</sup> No estaría permitido entonces, basándose en las normas antes mencionadas en las cláusulas de elección parcial de ley, que las partes convengan y que su contrato de compraventa estuviera en lo general regulado exclusivamente por los estatutos de la sociedad y en el código civil vigente en la ley interna de la sociedad adquirente si esta ley no contuviera ninguna disposición "blue-sky" y que la transferencia de las acciones en el cierre estuviera sujeta a la ley interna del comprador (que sí contiene disposiciones "blue-sky") en lo relativo a la exclusión de dichas normas "blue-sky". Ahora bien, si las partes han establecido en un contrato llave en mano, la construcción de una planta industrial o la construcción de un hotel, hospital o presa, que todos los asuntos relativos a la construcción de dichos proyectos estarán regulados por las leyes del Estado A en el cual se lleven a cabo, mientras que todas las entregas de los componentes a través del contratista estarán sujetos a las leyes internas del primero, *i.e.*, las leyes del Estado B, las partes deben aceptar las disposiciones imperativas de las leyes de ambos Estados A y B con todas sus disposiciones imperativas sin

<sup>22</sup> Éste fue el caso en Alemania, bajo su Estatuto sobre el Comercio de Valores (*Wertpapierhandelsgesetz*), julio 26, 1994.

estar en posibilidad de excluir su aplicación por una cláusula de elección parcial hecha a la medida.

### c) Consecuencias de las cláusulas "candado"

Al aplicar estas normas a las cláusulas "candado", se tiene que, primero, recordar que las cláusulas de "candado" normalmente reducen el campo de la ley propia del contrato.<sup>23</sup> Existe aún un conflicto en términos de las cláusulas "candado" *versus* cláusulas de elección de ley. Segundo, las cláusulas "candado" ya han sido analizadas como teniendo una doble naturaleza al afectar no sólo los *recursos* disponibles a las partes en los tribunales competentes o de arbitraje, sino también al frustrar sus derechos sustantivos.

Esto demuestra que las cláusulas "candado" tienen por lo menos un rasgo en común con las cláusulas de elección parcial de ley: restringen el campo de la ley propia del contrato. Mientras que las cláusulas de elección parcial de ley cubren la brecha con normas de otro sistema de leyes, las cláusulas "candado" dejan esa brecha abierta al remover los *recursos* y derechos sustantivos que de otra manera estarían disponibles para los contratantes. Las partes no están autorizadas para estipular con plena libertad cláusulas parciales de elección de ley, sino tienen que aceptar la aplicación de las normas imperativas inextricadamente conectadas con las leyes que escogen. Las partes no pueden "picar".

Sin embargo, si las partes no están facultadas para repudiar, por una cláusula de elección parcial de ley, la aplicación de las normas imperativas de la ley propia escogida por ellos; tampoco deberían estar en posibilidad de aniquilar los efectos de dichas normas imperativas a través de la inserción de cláusulas "candado" en sus contratos. Por lo tanto las cláusulas "candado" deben ser tratadas de igual manera que las cláusulas de elección parcial de ley. Las restricciones que se aplican a las cláusulas de elección parcial de ley deben por lo tanto, controlar el efecto de las cláusulas "candado".

<sup>23</sup> Ver *supra* sub 2.3 y 3.

#### d) Resultados: las normas doctrinales generales

Llegamos ahora a los siguientes resultados: las cláusulas "candado" son nulas e inválidas en la medida en que restrinjan a las partes del ejercicio de aquellos derechos y *recursos* contractuales que les han sido otorgados por una política de orden público o disposiciones imperativas de la ley propia del contrato. Son vinculatorias y efectivas, sin embargo, en la medida en que excluyan el ejercicio de los derechos sustantivos y *recursos* que les confiere cualquier norma derogatoria de la *lex contractas*.

Bajo el ángulo de la ley propia del contrato, la validez de las cláusulas "candado" depende, por lo tanto, de su compatibilidad con sus disposiciones de orden público y con sus normas imperativas.

#### e) Dos ejemplos de una cláusula (candado) válida y un ejemplo de una cláusula ("candado") nula

La operación de estos principios se ilustra mejor con unos ejemplos:

a) Es una práctica general en el comercio internacional que las partes en los contratos internacionales de compraventa reemplacen las disposiciones de la ley propia que regula la responsabilidad del vendedor por defectos en los bienes muebles vendidos, por estipulaciones específicas en su contrato que establecen otros *recursos*.

Si las partes en un contrato de compraventa internacional han escogido la Ley Interna alemana (y no la Convención sobre compraventa de la ONU) como la ley propia de su contrato internacional de compraventa, es una práctica común para ellos el derogar todos los *recursos* que se deriven de la sección del Código Civil alemán, relativos a la responsabilidad del vendedor para dichos defectos (sección 459 y sigs.). Esa sección del Código Civil alemán sigue el modelo de los *recursos* del antiguo derecho romano al establecer que, en general, el comprador puede en caso de un defecto con el bien entregado optar ya sea por la rescisión del contrato (exigiendo el pago del precio pagado al vendedor)<sup>24</sup> o pe-

<sup>24</sup> Esto sería la *actio redhibitoria* bajo el derecho romano.

dir la reducción del precio estipulado, en proporción al valor de la mercancía sin los defectos a su valor con dichos defectos.<sup>25</sup>

Estos *recursos* legales están completamente pasados de moda en la actualidad. Es por lo tanto práctica común sustituirlos, tanto en los contratos domésticos como en los internacionales, por otros *recursos* que acomodan mejor las necesidades de las partes al establecer, por ejemplo, que el vendedor tiene ya sea la opción de remover el defecto dentro de un periodo determinado de tiempo o que el comprador puede requerir dicha remoción. No puede haber duda de que las cláusulas "candado" de esta naturaleza son plenamente vinculatorias y válidas, y por lo tanto tienen plena validez en los contratos internacionales de compraventa.

b) Otro ejemplo de la plena validez de una cláusula "candado" es el siguiente:

Circunstancias imprevistas, no previsibles e inevitables impiden la ejecución de un contrato internacional a largo plazo cuyo objeto es la construcción de una planta industrial y perturban la equivalencia de las obligaciones que deben cumplirse por una de las partes. En consecuencia, una de las partes se encuentra en serias dificultades. La ley propia del contrato, y no una cláusula específica relativa a impedimentos<sup>26</sup> apoyaría a la parte agraviada al permitirle exigir la adaptación de sus obligaciones contractuales a ese cambio fundamental de circunstancias.<sup>27</sup> Pero existe una cláusula candado en el contrato que prevé que la parte agraviada puede recurrir a todos los *recursos* otorgados por la ley propia del contrato.

<sup>25</sup> Esto sería la *actio diminutoria* bajo el derecho romano.

<sup>26</sup> En cuanto a estas cláusulas, ver, en términos generales, C.M. Schmitthoff, *Cláusulas de obstáculos e intervención*, *J. Bus L.* 82 (1980), Delaume, *supra* nota 6, en 57, Fontaine, *Cláusulas obstáculo*, 1975 *Droit et Pratique du Commerce International* 512.

<sup>27</sup> De conformidad con la regulación nunca codificada de la Suprema Corte de Alemania en Asuntos Civiles (que data de los años siguientes a la inflación del marco alemán después de la Primera Guerra) y con el apoyo de la doctrina alemana, la parte agraviada puede exigir la adaptación de sus obligaciones contractuales a las nuevas circunstancias en estos casos. Ver e.g. P. Hay, *Frustración y su Solución en la Ley Alemana*, 10 *Am. J. Comp. L.* 345 (1961), H. Lesguillons, *Frustración, Fuerza Mayor, Imprevisión, Wegfall der Geschäftsgrundlage*, 5 *Droit et Pratique Du Droit International* 507 (1979).

No podría dudarse que, por virtud de dicha cláusula candado, el *recurso* de la adaptación de las obligaciones contractuales no estaría a disposición de la parte agraviada. Pues, cuando las partes insertaron la cláusula "candado" en su contrato, debe considerarse que aceptaron libremente el riesgo de un desbalance entre sus obligaciones contractuales sobreveniente de un cambio fundamental de las circunstancias que rodean su contrato. Si, en dicho caso, la ley propia del contrato tomara en cuenta el cambio fundamental de circunstancias y, como una *cláusula rabas sic stantibus*, buscara aligerar el destino de la parte agraviada, esa norma de la ley propia no podría calificarse como de orden público o disposición imperativa. Se consideraría más bien como de una naturaleza derogatoria que permite a dicha cláusula "candado" desplegar sus efectos removiéndolo de las manos de la parte agraviada el *recurso* de reclamar la adaptación de las obligaciones mutuas contractuales.

c) Sin embargo el resultado sería diferente, en otra situación fáctica, para lo cual lo siguiente puede servir como un ejemplo práctico: una de las partes en un contrato internacional en el cual se insertó una cláusula "candado", reclama ser la víctima de una declaración fraudulenta cometida por su contratante cuando celebró el contrato. Dicha parte por lo tanto utiliza el *recurso* a su disposición contenida en la ley propia del contrato, *recurso* por el cual la parte agraviada puede pedir la rescisión del contrato y/o el pago de daños sufridos durante su ejecución. Su contraparte, sin embargo, se opone a la utilización de dicho *recurso* con base en una cláusula "candado" que prohíbe el ejercicio de ese instrumento legal.

El punto de partida para la solución de este conflicto debe ser el siguiente: los derechos legales o del derecho común que protegen la posición de una parte que de tal manera ha sido la víctima de una representación fraudulenta tienen una naturaleza imperativa.<sup>28</sup> Las partes están vinculadas por estas normas sin tener la opción de derogarlas. El efecto de la cláusula "candado" sería suprimir

<sup>28</sup> Ver. e.g. BGB núm. 123. que traducido al inglés (en el texto original) dice: "una persona que lleva a cabo un acto jurídico, basándose en una declaración fraudulenta o presión ilegal, puede rescindir dicho acto."

todos los derechos y *recursos* derivados de las estipulaciones antes mencionadas. En dicho caso la parte, por lo tanto, no puede ser privada por una cláusula "candado" de la protección que le otorga la ley propia del contrato. En otras palabras, la cláusula candado sería nula e inválida.

Este resultado parece persuasivo. No puede suponerse que una parte que conviene en la inserción de una cláusula "candado" en el contrato ha renunciado al ejercicio de los *recursos* contra una declaración fraudulenta de la cual no pudo estar consciente ni protegerse y que estaba destinado inevitablemente a ser víctima de ella.

La misma norma tiene que aplicarse cuando una parte ejerce una presión ilegal o influencia indebida sobre su contratante. Una cláusula candado entonces nunca privaría a las víctimas de dichos actos ilegales de los derechos que les corresponden contenidos en el derecho común.

## V. CONCLUSIÓN

Las cláusulas "candado" no presentan misterios legales. Por el contrario, las normas sobre su validez o invalidez son relativamente simples. Todo depende de si las disposiciones de orden público de la *lex fori* o disposiciones de orden público o imperativas de la ley propia del contrato se violarían por su puesta en vigor.

Es verdad, por lo tanto, que las cláusulas "candado" no garantizan la obtención de todos los fines que las partes buscan lograr al insertarlas en sus contratos. Las partes pueden descansar en ellas sólo en forma limitada. Pero cualquier protección, aún sea reducida, otorgada por estas cláusulas ciertamente es valiosa, y su uso por lo tanto puede recomendarse.