

94.º PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES
Del 18 al 22 de febrero de 2019
Río de Janeiro, Brasil

OEA/Ser.Q
CJI/doc. 577/19 rev.1corr.2
8 de agosto de 2019
Original: inglés

INFORME DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO SOBRE LA GUÍA SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES EN LAS AMÉRICAS

En culminación de un proceso iniciado en el año 2015, en febrero de 2019 se presenta a la sesión del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA) – en adelante CJI – el segundo borrador de la “Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas”, cuya relatoría estuvo a cargo del Prof. Dr. José Antonio Moreno Rodríguez, miembro del referido organismo.

Este borrador culmina intensas actividades de investigación, consultas y redacción, en línea con directrices que se vino recibiendo del CJI en sucesivas sesiones. Al respecto, el relator trabajó todo este tiempo en estrecha colaboración con el Departamento de Derecho Internacional de la OEA – en adelante DDI – encabezado por el jurista Dante Negro, y con una dedicación de tiempo muy importante asignada al proyecto y una participación y aportes importantes de la también jurista Jeannette Tramhel, que ha contado también con la asistencia de pasantes dentro de esa dependencia.

Este segundo borrador de la Guía se benefició con importantes aportes de los juristas Diego Fernández Arroyo (Argentina, Sciences Po-Paris) y Geneviève Saumier (Canadá, U. de Mc Gill-Montreal), además de Anna Veneziano y Neale Bergman (ambos integran la Secretaría del Instituto de Roma o UNIDROIT) y Luca Castellani (integra la Secretaría de la CNUDMI o Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). También se recibieron valiosos comentarios de la sección de Derecho Internacional de la American Bar Association, y de Valerie Simard por el Departamento de Justicia de Canadá; además de aportes de Gustavo Moser (Brasil, Consejero de la London Court of Arbitration), Anayansy Rojas (Costa Rica) y José Manuel Canelas (Bolivia). Además, el proyecto se ha beneficiado con una segunda vuelta de comentarios remitidos por Cecilia Fresnedo de Aguirre (Uruguay), Frederico Glitz (Brasil) y Nádia de Araujo (Brasil), quienes ya habían aportado también para el primer borrador.

Dicho primer borrador había sido presentado por la relatoría en la sesión de agosto de 2017 del Comité Jurídico Interamericano.

Ese borrador fue sometido luego a consideración de la CNUDMI, de UNIDROIT y de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, además de a prestigiosos juristas de la región y el mundo. Se recibieron numerosas respuestas, con diversos aportes y en general comentarios sumamente positivos del documento, entre los que se destacan los de Hans Van Loon (Ex Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado), Daniel Girsberger (U. de Lucerna, Presidente del Grupo de Trabajo que elaboró los Principios de La Haya), Marta Pertegás (España, U.

de Antwerp, integrante de la Secretaría que trabajó estrechamente para elaboración de los Principios de La Haya), Luca Castellani (CNUDMI), Anna Veneziano (UNIDROIT) y Joachim Bonell (UNIDROIT-retirado).

Remitieron además valiosos aportes Jürgen Samtleben (Alemana, Ex Director del Max Planck Institute), Alejandro Garro (Argentina, Universidad Columbia de Nueva York), Paula All (Argentina, U. del Litoral y Vicepresidenta de la ASADIP), Brooke Marshall (Australia, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, colaboradora para la elaboración de los Principios de La Haya), Maria Blanca Noodt Taquela (Argentina, U. de Buenos Aires), Nádia de Araújo (Brasil, PUC-Rio de Janeiro), Cristian Giménez Corte (Argentina), Laura Gama (Brasil), Frederico Glitz (Brasil), Valerie Simard (Canada, Departamento de Justicia), Jaime Gallegos (Chile, U. de Chile), Ignacio Garcia (Chile), Francisco Grob D. (Chile – Secretaría del CIADI), Antonio Agustin Aljure Salame (Colombia), Lenin Navarro Moreno (Ecuador), Elizabeth Villalta (El Salvador, Ex Miembro del Comité Jurídico), Pedro Mendoza (Guatemala), Nuria González (España, UNAM-México y Stanford-USA), Mercedes Alborno (Argentina, CIDE - México), Jan L. Neels (Sudáfrica, Universidad de Johannesburgo), David Stewart (Georgetown, Estados Unidos, Ex Miembro del Comité Jurídico Interamericano), Antonio F. Perez (Estados Unidos, Ex Miembro del Comité Jurídico Interamericano), Soterios Loizou (King's College de Londres), Cecilia Fresnedo (Uruguay), Claudia Madrid Martes (Venezuela) y Eugenio Hernández Bretón (Venezuela - Baker McKenzie).

Varios de los citados son también connotados árbitros o académicos relacionados al mundo del arbitraje. Además, comentaron también el documento los siguientes reconocidos exponentes del mundo arbitral: Felipe Ossa (Chile), Francisco González de Cossío (México), Alfred Bullard (Perú), Fernando Cantuarias Salaverry (Perú), Roger Rubio (Perú) y Dyalá Jiménez Figueres (Costa Rica, actualmente Ministra de Comercio).

Varios de los juristas arriba mencionados son además autoridades y miembros de la prestigiosa Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), que aglutina a máximos especialistas de la materia en la región. Pues bien, por Declaración fechada el 10 de enero de 2019, la ASADIP expresó apoyo al Borrador de la Guía sobre derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas, según Mandato de la Asamblea General de la ASADIP de fecha 9 de noviembre de 2018. La declaración apoya los esfuerzos para la aprobación del documento definitivo de la Guía sobre derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas. Además, la ASADIP se compromete a trabajar para establecer canales de cooperación con las autoridades nacionales, a fin de persuadirlas acerca de la importancia de la labor del Comité Jurídico Interamericano en la materia y de la enorme trascendencia que tendrá la Guía sobre derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas, no solo para aquellos países que aún no cuentan con una regulación específica sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, sino también para aquellos Estados que están promoviendo reformas legislativas a fin de adecuar sus normas a las más modernas soluciones en la materia. Así también, la ASADIP declaró que le dará la mayor difusión posible al documento definitivo de la Guía sobre derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas en el ámbito académico y jurídico.

Debe tenerse presente que en su tercera sesión plenaria, celebrada el 21 de junio de 2017, la propia asamblea general de la OEA había encomendado “al Departamento de Derecho Internacional que promueva una mayor difusión del derecho internacional privado entre los Estados Miembros, en colaboración con los organismos y asociaciones que trabajan en este ámbito, entre otros, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP)” (AG/RES. 2909 (XLVII-O/17)). Las distintas colaboraciones recibidas de estas organizaciones o sus integrantes se enmarca, pues, dentro del espíritu del mandato asambleario arriba referido.

La presente Guía encuentra, a su vez, antecedentes en numerosos trabajos. En el año 2015, ante la iniciativa de la Dra. Elizabeth Villalta aprobada por el CJI cuya membresía integraba, el DDI procedió a enviar un cuestionario a los gobiernos de las Américas con respecto al tema de contratación internacional (“Cuestionario referente a la aplicación de las Convenciones Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado”, documento CJI/doc.481/15).

Estas respuestas han derivado a que el CJI y el DDI elaboraran un informe sobre el estado de la cuestión (informe titulado “La Convención interamericana sobre derecho aplicable a contratos internacionales y el avance de sus principios en las Américas”, documento OEA/SG, DDI/doc.3/16; ver también el documento “El derecho aplicable a los contratos internacionales”, documento OEA/Ser.Q, CJI/doc.487/15 rev. 1).

El CJI decidió finalmente avanzar en la elaboración de una guía sobre el tema, a cuyo efecto el Departamento de Derecho Internacional elaboró una sinopsis bien completa incluyendo diversas cuestiones a ser tratadas (“Fomentación del derecho contractual internacional en las Américas – Un guía a los principios jurídicos”, documento OEA/Ser.Q, CJI/doc XX/16), incluyéndose allí información relevada de varios juristas de la región que gentilmente comprometieron su apoyo con respecto a sus derechos nacionales.

Así también, la Dra. Elizabeth Villalta elaboró un comparativo entre la Convención de México de 1994 y los Principios de La Haya, ambos sobre contratos internacionales, lo cual también resultó muy útil como material preparatorio (“El derecho aplicable a los contratos internacionales”, documento CJI/doc.464/14 rev.1).

Contando con el apoyo de todos estos insumos, y con el permanente acompañamiento del DDI, bajo la relatoría del Dr. José A. Moreno Rodríguez se ha procedido a redactar el primer borrador en español, ya referido más arriba. Nuevamente con el eficiente apoyo del DDI, dicho material fue traducido al inglés por el equipo de traducción de la OEA para ser considerado en la sesión de agosto de 2017 del Comité Jurídico Interamericano.

La cuestión de la eventual guía en materia de contratación internacional vino siendo tratada en sesiones del Comité Jurídico de marzo de 2016 en Washington, y octubre de 2016 y marzo de 2017 en Río de Janeiro. El Comité ya fue teniendo a la vista en estas sesiones los distintos materiales preparatorios que constan en los anexos, entre ellos la sinopsis enriquecida preparada por el Departamento de Derecho Internacional.

Este trabajo ya lleva un buen tiempo y se ha elaborado con insumos brindados por los Estados, por diversos académicos, por el Departamento de Derecho Internacional y por miembros del CJI. Se espera que este documento final represente un aporte efectivo para una mejoría del régimen jurídico aplicable a la contratación internacional en las Américas.

El Comité ha debatido acerca del trabajo presentado, y formulado observaciones sobre la labor realizada. Particularmente, se solicitó que la Guía fuera bien explícita sobre las cuestiones en las que existe mayormente consenso y sobre aquéllas a cuyo respecto se plantean soluciones divergentes, fijándose en este último caso posiciones o recomendaciones bien concretas en la Guía.

El borrador de guía ahora presentado cuenta con menos páginas que las inicialmente pensadas (considerándose la extensión del tema, y también que muchas guías aprobadas por organismos codificadores universales cuentan con bastante mayor extensión). Ha sido orientación dada por el Comité Jurídico de que el documento no fuera muy extenso y resulte lo más sencillo posible.

Tal objetivo ha sido perseguido para la elaboración del borrador que, por lo demás, evita en lo posible tecnicismos exagerados o continuas remisiones o incluso notas al pie, salvo las consideradas estrictamente necesarias.

La Guía también tiene presente en todo momento los principales instrumentos existentes en el tema como el reglamento europeo conocido como Roma I, y particularmente la Convención de México de 1994 dictada en el seno de la OEA y los Principios de La Haya de 2015, aprobados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Las disposiciones de estos instrumentos, e incluso algunos comentarios de los Principios de La Haya, se hallan muchas veces copiados literalmente en el texto de la Guía a fin de no perderse fidelidad a los mismos.

La Guía contiene un listado de abreviaciones, otro listado de términos en latín y otros lenguajes utilizados en el documento, y luego una introducción explicativa de los objetivos perseguidos (parte primera), seguida por su contexto y antecedentes (parte segunda), donde se explican los principales métodos del Derecho Internacional Privado y se relatan los antecedentes codificadores en las Américas y el mundo, entre los que resaltan en materia contractual los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el Código Bustamante de 1928, el Convenio de Roma de 1980, la Convención de México de 1994 y los Principios de La Haya de 2015.

La parte tercera describe los avances recientes del llamado método uniforme, sobre todo a partir de la labor homogeneizadora encaradas por el Instituto de Roma o UNIDROIT y la Comisión de Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), además de esfuerzos del sector privado y de otros desarrollos del mundo arbitral.

La parte cuarta describe el método de interpretación uniforme tratándose de textos internacionales, tanto en materia de conflicto de leyes como de derecho uniforme.

La parte quinta se relaciona con el alcance de la Guía, a contratos comerciales internacionales con su correspondiente encasillamiento, y a temas que se encuentran excluidos, como los relacionados a capacidad, relaciones familiares y sucesorias, insolvencia y otras.

La parte sexta aborda la compleja problemática del derecho no estatal y diversas terminologías alusivas, como la de usos, costumbres y prácticas, principios y *lex mercatoria*.

La parte siete aborda el problema de la autonomía de la voluntad en materia de contratación internacional; la octava sobre la elección expresa o tácita del derecho; la novena sobre la validez formal de la selección del derecho; la décima sobre el derecho aplicable a la cláusula de selección del derecho; la undécima sobre la separabilidad de la cláusula arbitral; y la duodécima sobre otros problemas de derecho aplicable en materia de contratación internacional, como la modificación del derecho elegido, el reenvío y otras.

La parte decimotercera trata de la ausencia de selección del derecho por las partes; la decimocuarta sobre el fraccionamiento del derecho; la decimoquinta sobre la flexibilidad para interpretar los contratos internacionales, la decimosexta sobre el alcance del derecho aplicable; la decimoséptima sobre el orden público; y la decimoctava sobre otras cuestiones, como las relacionadas a la existencia de otras convenciones, o a Estados con más de un sistema jurídico o unidades territoriales.

Certeramente, algunos juristas consultados propusieron que la Guía incluyera también de manera sumaria recomendaciones concretas que pudieran ser dirigidas a legisladores, juzgadores y las partes y sus asesores en contratos internacionales. Esta inclusión en la Guía constituye también un aporte que puede resultar de suma valía e interés práctico.

También se siguen sugerencias de incluir una tabla comparativa entre la Convención de México y los Principios de La Haya, como, además, una reconciliación entre los textos oficiales en español, inglés y francés en los que se encuentra formulada la Convención de México. Por último, el documento contiene anexos con tabla de legislaciones, tabla de casos y un listado de bases de datos y otras fuentes electrónicas, utilizadas para la elaboración de diversas partes de la Guía.

RECOMENDACIONES RESUMIDAS

1.0 El propósito y los objetivos de esta Guía deberían ser considerados por los Estados Miembros de la OEA, en particular por los legisladores que consideren reformar el régimen jurídico interno en materia de derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, así como por los órganos jurisdiccionales que diriman controversias relativas a dichos contratos, y por las partes contratantes y sus asesores.

2.0 Se alienta a los Estados Miembros de la OEA, independientemente de que hayan ratificado o no o que tengan o no la intención de ratificar la Convención de México, a que consideren sus soluciones para sus propios derechos nacionales, ya sea mediante una incorporación material, por referencia o por otros mecanismos que sean de aplicación en sus regímenes jurídicos internos propios, teniendo en cuenta los desarrollos subsiguientes del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales consagrados en los Principios de La Haya y descritos en la presente Guía.

3.0 Se alienta a los legisladores a que en todo proceso de revisión de sus regímenes jurídicos nacionales en materia de derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales y de normas conflictualistas en general, consideren los avances efectuados en el método de derecho uniforme y la utilización de los instrumentos de derecho uniforme, junto con las normas sobre conflicto de leyes, como elementos suplementarios y complementarios en la aplicación e interpretación del derecho internacional privado.

4.1 Se alienta a los legisladores a que en todo proceso de revisión de sus regímenes jurídicos nacionales en materia de derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales y de normas conflictualistas en general, consideren el objetivo general de unificación y armonización del derecho en el marco del proceso de integración regional.

4.2 Se alienta a los juzgadores, tanto del ámbito público del poder judicial como en el privado del arbitraje, a que consideren las ventajas de la interpretación uniforme en los instrumentos jurídicos internacionales utilizados en el arreglo de controversias relativas a contratos comerciales internacionales, y a que tengan en cuenta el desarrollo y difusión de la jurisprudencia internacional en este sentido.

4.3 Las partes contratantes y sus asesores deberían mantenerse informados de los avances en materia de interpretación uniforme que puedan ser aplicables a sus contratos internacionales.

4.4 Las partes contratantes y sus asesores deberían tener en cuenta que los instrumentos aplicables a su caso específico pueden ofrecer una solución distinta a la recomendada en la presente Guía, y que es posible que en algunas jurisdicciones los juzgadores no se atengan a la interpretación liberal sugerida.

5.1 Al régimen jurídico interno relativo al derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, en lo que respecta a su ámbito de aplicación y la determinación de internacionalidad, se deberían incorporar soluciones que concuerden con la Convención de México, los Principios de La Haya y los Principios UNIDROIT, excluyéndose así a los contratos laborales y de consumo, y a la par adoptándose un concepto amplio de internacionalidad, y se podría estipular también que un contrato pueda internacionalizarse por mera voluntad de las partes, pero que prevalezca el orden público interno si no hay ningún otro elemento internacional.

5.2 En la legislación interna también se podrían incorporar las disposiciones del artículo 1:107 de los PECL y aplicarlos por analogía a los acuerdos de modificación o extinción de contratos, a las promesas unilaterales y a cualesquiera otras declaraciones y conductas que demuestren intención en un contexto comercial.

5.3 El régimen jurídico interno del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales puede excluir expresamente de su ámbito de aplicación:

- las relaciones familiares y las sucesiones, los acuerdos de arbitraje y elección de foro, y las cuestiones de derecho societario, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención de México y los Principios de La Haya;
- títulos de crédito y títulos comercializados en mercados de valores, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención de México;

cuestiones de capacidad, insolvencia, derechos reales y mandato, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Principios de La Haya.

6.1 En el régimen jurídico interno relativo al derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales se debería aclarar y reconocer la elección del derecho no estatal.

6.2 En relación con el derecho no estatal, se insta a los legisladores, a los juzgadores y a las partes contratantes a que lean la Convención de México a la luz de los criterios ofrecidos en los Principios de La Haya y el comentario relativo a tales principios, y a que reconozcan la diferencia entre la elección del derecho no estatal y el uso del derecho no estatal como instrumento para facilitar la interpretación.

7.0 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería afirmar una clara adhesión al principio de la autonomía de la voluntad internacionalmente reconocido como lo reiteran la Convención de México y en los Principios de La Haya y otros instrumentos internacionales.

8.1 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debe estipular que la elección del derecho, expresa o tácita, ha de ser evidente o resultar claramente de las disposiciones del contrato y de sus circunstancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención de México y el artículo 4 de los Principios de La Haya.

8.2 Se exhorta a jueces y árbitros y a las partes contratantes y sus asesores letrados a que tengan en cuenta estas disposiciones al interpretar y redactar los contratos comerciales internacionales.

9.1 El régimen jurídico interno sobre la legislación aplicable a los contratos comerciales internacionales, en relación con la validez formal de la elección del derecho, no debería contener ningún requisito sobre forma a menos que las partes acuerden lo contrario, en consonancia con las disposiciones del artículo 5 de los Principios de La Haya.

9.2 Los jueces y árbitros, al determinar la validez formal de una elección del derecho, no deberían imponer ningún requisito en cuanto a forma, a menos que las partes acuerden lo contrario o que las normas obligatorias aplicables lo exijan.

9.3 Las partes contractuales y sus abogados deberían tener en cuenta toda regla obligatoria que sea aplicable en cuanto a forma.

10.1 El régimen interno sobre la legislación aplicable a los contratos comerciales internacionales debería disponer que la cuestión de si las partes acordaron efectuar la elección del derecho ha de ser determinada por la legislación presuntamente acordada por dichas partes, de conformidad con el artículo 6 de los Principios de La Haya y el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención de México.

10. 2 Los jueces y árbitros, al determinar si las partes acordaron efectuar la elección del derecho, deberían tener en cuenta el artículo 6 de los Principios de La Haya y el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención de México.

11.1 El régimen jurídico interno debería confirmar que la elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales no se puede impugnar solamente partiendo del argumento de que el contrato al cual se aplica no es válido, de conformidad con el artículo 7 de los Principios de La Haya.

11.2 Se insta a los jueces y árbitros, cuando la interpretación está librada a su discreción, a seguir esta solución.

12.1. El régimen jurídico nacional relativo al derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería:

- estipular que la elección de un derecho se puede modificar en cualquier momento y que dicha modificación es sin perjuicio de su validez formal y de los derechos de terceros, de conformidad con el artículo 8 de la Convención de México y el artículo 2.3 de los Principios de La Haya;
- estipular que no se requiere ninguna conexión entre el derecho elegido y las partes o su transacción, de conformidad con el artículo 2.4 de los Principios de La Haya;
- excluir el principio del reenvío para brindar mayor certeza jurídica en cuanto al derecho aplicable, de conformidad con el artículo 17 de la Convención de México y el artículo 8 de los Principios de La Haya;
- en relación con la cesión de créditos, favorecer en la mayor medida posible la autonomía de la voluntad, de conformidad con el artículo 10 de los Principios de La Haya.

12.2 Se insta a los jueces y árbitros, cuando la interpretación está librada a su discreción, a ceñirse a las soluciones antedichas.

13.1 El régimen jurídico interno acerca del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, en cuanto a la ausencia de una elección efectiva del derecho, debería incluir el criterio flexible de los “vínculos más estrechos”, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención de México.

13.2 Los jueces y árbitros deberían aplicar el criterio flexible de los “vínculos más estrechos” partiendo de un enfoque de interpretación liberal.

14.1 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería admitir el “fraccionamiento” del derecho (dépeçage), en consonancia con las disposiciones de los artículos 7 y 9 de la Convención de México y del artículo 2.2 de los Principios de La Haya.

14.2 Se insta a los jueces y árbitros, cuando la interpretación está librada a su discreción, a admitir el dépeçage.

15.1 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería reconocer la necesidad de una interpretación flexible, congruente con las disposiciones del artículo 10 de la Convención de México.

15.2 Cuando las circunstancias lo requieren en la resolución de un caso concreto, y de estar autorizados, los jueces y árbitros deberían aplicar las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad de manera congruente con las disposiciones del artículo 10 de la Convención de México.

16.1 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, en relación con el alcance del derecho aplicable, debería abordar la interpretación del contrato, los derechos y las obligaciones que de ahí se derivan, su ejecución y su incumplimiento, incluidas la evaluación de daños, la prescripción y sus efectos, las consecuencias de la nulidad, la carga de la prueba y las obligaciones precontractuales, en línea con las disposiciones del artículo 14 de la Convención de México y el artículo 9 de los Principios de La Haya. Para mayor seguridad, sería preferible hacerlo por medio de disposiciones explícitas.

16.2 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería establecer tanto que el derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos, de manera congruente con las disposiciones del artículo 16 de la Convención de México, como que las normas de otros acuerdos internacionales que pudieran ser aplicables específicamente a un contrato comercial internacional deben prevalecer, en línea con el artículo 6 de la Convención de México.

17.1 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería establecer que ni un derecho elegido ni la determinación del derecho aplicable en ausencia de una elección efectiva:

- impedirá la aplicación de las disposiciones imperativas preeminentes del foro ni las de otros foros, pero que esas disposiciones de carácter imperativo prevalecerán solamente en la medida de la incongruencia, o
- conducirá a la aplicación de una ley que sería manifiestamente incompatible con el orden público del foro, en línea con el artículo 18 de la Convención de México y el artículo 11 de los Principios de La Haya.

17.2 Los jueces y árbitros y los abogados deben tomar en cuenta las disposiciones imperativas preeminentes y el orden público según se les requiera o cuando tengan la facultad de hacerlo, en línea con el artículo 11 de los Principios de La Haya.

18.0 Podría convenir que los Estados con más de un sistema jurídico o diferentes unidades territoriales consideraran las disposiciones del artículo 22 de la Convención de México y del artículo 1.2 de los Principios de La Haya y establecer, en el régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, que cualquier referencia al derecho del Estado puede interpretarse como una referencia al derecho vigente en la unidad territorial, según sea aplicable.

GUÍA SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES EN LAS AMÉRICAS

Índice

Introducción

Abreviaturas

Términos en latín y en otros idiomas

Parte primera. Introducción

- I. Justificativo
- II. Propósito y objetivos de la Guía

Parte segunda. Antecedentes contextuales

- I. Introducción
- II. Derecho internacional privado: el conflicto de leyes frente al derecho uniforme
- III. Iniciativas históricas para la codificación del conflicto de leyes en los contratos comerciales internacionales
 - A. Tratados de Montevideo
 - B. Código Bustamante
 - C. Convenio de Roma y Reglamento Roma I
- IV. Convención de México
- V. Principios de La Haya
- VI. Legislación reciente en las Américas en materia de conflictos de leyes en los contratos comerciales internacionales

Parte tercera. Avances en el método de derecho uniforme en las últimas décadas

- I. Nuevo panorama a favor del método de derecho uniforme
- II. Herramientas utilizadas para la unificación y la armonización
- III. Instrumentos internacionales pertinentes de derecho uniforme en materia de contratos comerciales internacionales
 - A. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
 - B. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales
 - C. Unificación del derecho de los contratos en el marco del proceso de integración regional
 - D. Iniciativas de armonización en el sector privado
 - E. Textos arbitrales y derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales

Parte cuarta. Interpretación uniforme

- I. Textos conflictualistas y de derecho uniforme
- II. Legislación nacional

Parte quinta. Ámbito de aplicación de la Guía

- I. Derecho aplicable
- II. El “contrato” en el derecho comparado
- III. Contrato “comercial” internacional
- IV. Contrato comercial “internacional”
 - A. Antecedentes
 - B. Convención de México
 - 1. “Residencia habitual”
 - 2. “Establecimiento”
 - 3. “Contactos objetivos” y “conexión más cercana”
 - C. Principios de La Haya

- D. Importancia de la elección efectuada por las partes para la internacionalidad
- E. La internacionalidad en la legislación nacional
- F. La internacionalidad en el arbitraje comercial
- G. Tendencia a favor de una interpretación amplia de internacionalidad
- V. Exclusiones
 - A. Capacidad
 - B. Relaciones de familia y cuestiones sucesorias
 - C. Títulos de crédito y títulos comercializados en los mercados de valores
 - D. Acuerdos de arbitraje y selección de foro
 - E. Cuestiones de derecho societario
 - F. Insolvencia
 - G. Derechos reales
 - H. Mandato

Parte sexta. El derecho no estatal en los contratos comerciales internacionales

- I. Las expresiones “derecho no estatal” y “normas de derecho”
- II. Tipos de derecho no estatal
 - A. Costumbres, usos y prácticas
 - B. Principios
 - C. *Lex mercatoria*
- III. El derecho no estatal en la Convención de México y en los Principios de La Haya
 - A. Antecedentes: el Convenio de Roma
 - B. Convención de México
 - C. Principios de La Haya
 - 1. Terminología
 - 2. Criterios para determinar la legitimidad del derecho no estatal
 - a. Conjunto de normas neutras y equilibradas
 - b. Conjunto de normas generalmente aceptadas
 - 3. Elección del derecho no estatal e integración de lagunas
- IV. El derecho no estatal en las legislaciones nacionales
- V. El derecho no estatal en el arbitraje

Parte séptima. Autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales

- I. Generalidades
- II. Evolución del principio de autonomía de la voluntad
- III. Autonomía de la voluntad en la Convención de México y en los Principios de La Haya
 - A. Contrato principal, elección del derecho y elección de foro
 - B. Elección del derecho no estatal
 - C. Los Principios de La Haya como herramienta interpretativa de la Convención de México para la elección del derecho no estatal
- IV. Autonomía de la voluntad en las legislaciones nacionales
- V. Autonomía de la voluntad en el arbitraje

Parte octava. Elección del derecho: expresa o tácita

- I. Elección expresa del derecho
- II. Elección tácita del derecho
 - A. Fórmulas en el derecho comparado
 - B. Elección tácita en la Convención de México
 - C. Elección tácita en los Principios de La Haya
- III. Elección de foro y elección tácita del derecho
- IV. Elección tácita del derecho y legislación nacional
- V. Arbitraje y elección tácita del derecho

Parte novena. Validez formal de la elección del derecho**Parte décima. Derecho aplicable al acuerdo de elección del derecho**

- I. El problema
- II. Soluciones alternativas
- III. El problema de la “batalla de formularios”
- IV. En las legislaciones nacionales

Parte undécima. Separabilidad de la cláusula de elección del derecho**Parte duodécima. Otros problemas relacionados con la elección del derecho en los contratos comerciales internacionales**

- I. Cambio del derecho elegido
- II. Conexión del derecho elegido con el contrato
- III. *Reenvío*
- IV. Cesión de créditos

Parte décima tercera. Ausencia de elección del derecho por las partes

- I. El problema
- II. Las soluciones de los Tratados de Montevideo y del Código Bustamante
- III. Enfoques en Europa y Estados Unidos
- IV. Ausencia de elección en la Convención de México
 - A. Principio de proximidad
 - B. Elementos objetivos y subjetivos
 - C. Principios de organismos internacionales
- V. Ausencia de elección en los Principios de La Haya
- VI. Ausencia de elección en las legislaciones nacionales
- VII. Ausencia de elección en el arbitraje
 - A. Textos convencionales en materia de arbitraje
 - B. Ley Modelo de la CNUDMI
 - C. Enfoques para la aplicación de las normas de conflicto de leyes
 - 1. Normas de conflicto de leyes del lugar del arbitraje
 - 2. Normas de conflicto de leyes de otras jurisdicciones
 - 3. Aplicación acumulativa de las normas de conflicto de todos los Estados que tienen una conexión
 - D. Aplicación de principios generales o de derecho no estatal
 - E. Uso de la vía directa

Parte décima cuarta. *Dépeçage* o “fraccionamiento” del derecho

- I. Noción de *dépeçage*
- II. El *dépeçage* en la Convención de México y en los Principios de La Haya
- III. El *dépeçage* y las legislaciones nacionales
- IV. *Dépeçage* y arbitraje

Parte décima quinta. La interpretación flexible en los contratos comerciales internacionales

- I. Justificativo
- II. Facultad para las interpretaciones flexibles en las operaciones internacionales
- III. Flexibilidad en la aplicación de las “costumbres” y los “usos”
- IV. Flexibilidad en la aplicación de los “principios”
- V. Rol pionero de la OEA a favor de la flexibilidad
- VI. La fórmula flexible de la Convención de México
- VII. La fórmula flexible en las legislaciones nacionales
- VIII. La fórmula flexible en el arbitraje

Parte décima sexta. Alcance del derecho aplicable

- I. Generalidades
- II. Aspectos específicos
 - A. Interpretación
 - B. Derechos y obligaciones de las partes
 - C. Ejecución y consecuencias del incumplimiento
 - D. Extinción de las obligaciones contractuales
 - E. Consecuencias de la nulidad o invalidez
 - F. Registro de los contratos
 - G. Otros aspectos

Parte décima séptima. Orden público

- I. El concepto de orden público
- II. Normas internacionalmente imperativas (leyes de policía)
 - A. Interpretación
 - B. Normas imperativas en la Convención de México, en los Principios de La Haya y en el Reglamento Roma I
 - C. Aplicación de leyes imperativas extranjeras
- III. Incompatibilidad manifiesta
 - A. Interpretación
 - B. La incompatibilidad manifiesta en la Convención de México y en los Principios de La Haya
- IV. El orden público en instancias regionales
- V. Las normas imperativas y el orden público en los derechos nacionales
- VI. Orden público y arbitraje

Parte décima octava. Otras normas

- I. Prevalencia de otros acuerdos internacionales
- II. Estados con más de un sistema jurídico o diferentes unidades territoriales
 - A. Convenciones internacionales
 - B. Legislaciones nacionales

Apéndices

- A. Cuadro comparativo de la Convención de México y de los Principios de La Haya
- B. Conciliación de los textos en español, inglés y francés de la Convención de México
- C. Cuadro de legislaciones
- D. Cuadro de casos
- E. Bases de datos y fuentes electrónicas

ABREVIATURAS

AAA/ICDR: Reglas de Arbitraje Internacional de la American Arbitration Association

ABA: American Bar Association

ALI: American Law Institute

ASADIP: Asociación Americana de Derecho Internacional Privado

CCQ: Código Civil de Quebec

CENTRAL: Center for Transnational Law

CIDIP: Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado

CIM: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
CJI: Comité Jurídico Interamericano
CIF: costo, seguro y flete
CLOUT: Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI
PMCR: proyecto de marco común de referencia
TEJ: Tribunal Europeo de Justicia
EGPIL/GEDIP: Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado
UE: Unión Europea
Convenio Europeo: Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional
FIDIC: Federación Internacional de Ingenieros Consultores
Contrato FIDIC: Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction
FOB: franco a bordo
GAFTA: Asociación de Comercio de Granos y Piensos
Convención sobre Normas Generales de DIP: Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado
Guía: Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas
Convenio de La Haya sobre Contratos de Intermediarios: Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación
Principios de La Haya: Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales
Convenio de La Haya sobre Compraventa: Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
Conferencia de La Haya: Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
Comentario relativo a los Principios de La Haya: Comentario relativo a los Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales
CIAC: Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
Reglamento de la CIAC: Reglamento de Procedimientos de la CIAC
IBA: International Bar Association
CCI: Cámara de Comercio Internacional
CIJ: Corte Internacional de Justicia
CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
Convenio CIADI: Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965)
IDI: Instituto de Derecho Internacional
INCOTERMS: Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales
LINDB: Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño
MERCOSUR: Mercado Común del Sur
Convención de México: Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales
Convención de Montevideo: Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros
Convención de Nueva York de 1958: Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

OEA: Organización de los Estados Americanos

Convención de Panamá: Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional

PECL: Principios de Derecho Contractual Europeo

DIP: derecho internacional privado

Convenio de Roma: Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales

Reglamento Roma I: Reglamento (del Parlamento Europeo y del Consejo) sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJSP: Tribunal de Justicia de São Paulo

Transjus: Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia

TST: Tribunal Superior del Trabajo

Proyecto de Tucson: Proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales

CCU: Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos

RUU: Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios

UIA: Unión Internacional de Abogados

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Ley Modelo de la CNUDMI: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo

UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

Principios UNIDROIT: Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales

UPICC: sigla inglesa utilizada en ocasiones para referirse a los Principios UNIDROIT

UNILEX: Base de datos "inteligente" de jurisprudencia y bibliografía internacionales relativas a los Principios UNIDROIT y la CIM

OMC: Organización Mundial del Comercio

TÉRMINOS EN LATÍN Y EN OTROS IDIOMAS

animus

de facto

de jure

dépeçage

electio juris

ex officio

favor negotii

lex arbitri

lex causae

lex fori

lex mercatoria

lingua franca

ley de policía

ius commune

orden público

pactum de lege utenda

reenvío

vía directa

GUÍA SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES EN LAS AMÉRICAS

PARTE PRIMERA

INTRODUCCIÓN

I. Justificativo

1. Diversos estudios realizados por el Comité Jurídico Interamericano (“CJI”) de la Organización de los Estados Americanos (“OEA”) y por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA demuestran que en las Américas existen importantes lagunas y disparidades en el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales¹.
2. En 1994 la OEA aprobó la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (“Convención de México”)². Fue ratificada por dos países, México y Venezuela, y sus soluciones fueron incorporadas a las legislaciones interna de Venezuela y de Paraguay³.
3. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (“Conferencia de La Haya”) tuvo en cuenta la Convención de México al elaborar los Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales (“Principios de La Haya”), aprobados en 2015⁴.
4. Han pasado más de veinte años desde la adopción de la Convención de México y, dado que los Principios de La Haya incorporaron desarrollos subsiguientes que allanaron el camino para aclarar ciertas cuestiones e introducir soluciones novedosas, podrían considerarse las siguientes interrogantes: ¿qué sigue para las Américas? ¿Deberían hacerse llamamientos exclusivamente a fin de lograr mayores ratificaciones de la Convención de México? ¿Debería ser modificada la Convención, tomando en consideración los nuevos desarrollos? ¿Se debería preparar una ley modelo o una guía para redactarla?
5. El CJI analizó todas estas alternativas junto con las respuestas a un cuestionario que se hizo circular entre los Estados Miembros de la OEA⁵ y reconocidos especialistas del derecho internacional privado⁶. Las respuestas reflejan la percepción de que, evidentemente, los Principios de La Haya han llegado más lejos que la Convención de México y que las disposiciones de dichos principios podrían servir para enmendar el instrumento interamericano.

¹ La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y el Avance de sus Principios en las Américas. OEA/SG/DDI/doc. 3/16, 15 de marzo de 2016 (“Informe sobre contratos de 2016”).

² Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Suscrita en Ciudad de México, México, el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado; entró en vigor el 15 de diciembre de 1996. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>.

³ Estado de firmas y ratificaciones disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>.

⁴ Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales. Aprobados el 19 de marzo de 2015. Texto disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>.

⁵ En aras de la uniformidad en la presente Guía, las expresiones “Estados Miembros” y “Estados” se escribirán con mayúsculas iniciales.

⁶ En 2015 se distribuyó un cuestionario en el que se solicitaba a los Estados Miembros que presentaran sus respuestas a la Parte A y a los académicos de dichos Estados que respondiesen la Parte B. Véase, Informe sobre contratos de 2016, nota 1 *supra*. Apéndice A. Las respuestas se analizan más adelante en la presente Guía.

6. Cabe preguntarse si un proceso de revisión de la Convención de México valdría el esfuerzo. Por un lado, un documento mejorado podría ser mejor recibido por la comunidad jurídica dentro de las Américas y, además, daría la oportunidad de corregir las discrepancias actuales entre las cuatro versiones en los idiomas oficiales (inglés, francés, español y portugués), que fueron duramente criticadas en su momento, en particular por juristas angloparlantes. Por otra parte, la negociación y aprobación de una convención es un proceso muy complicado y costoso que exige voluntad política y recursos considerables. Otros tipos de instrumentos, como las leyes modelo o las guías legislativas han demostrado ser medios igualmente aptos para impulsar la armonización del derecho internacional privado.
7. En última instancia, la CIJ concluyó que en esta etapa sería mucho más efectivo para los Estados de las Américas adoptar o revisar leyes nacionales a fin de ajustarlas a los lineamientos respaldados por la OEA basados en normas internacionales y en mejores prácticas reconocidas por la Conferencia de La Haya y por otros órganos internacionales pertinentes, en lugar de promover la ratificación de tratados, como la Convención de México, o impulsar iniciativas para su eventual modificación.

II. Propósito y objetivos de la Guía

8. El propósito de esta Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas (“Guía”) es impulsar aspectos importantes del derecho aplicable a dichos contratos en esa región a fin de promover la armonización regional en la materia y, en consecuencia, estimular la integración económica, el crecimiento y el desarrollo.
9. Para la consecución de dicha finalidad la Guía presenta varios objetivos, a saber:
 - a. proponer una formulación actual del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales para las Américas con base en los principios fundamentales de la Convención de México y la incorporación de desarrollos subsiguientes en la materia a la fecha, especialmente según los Principios de La Haya;
 - b. promover una mayor comprensión de la Convención de México y de los principios en que se funda a fin de rectificar la falta de información y la información errónea relativa al instrumento, además de aclarar las incertidumbres y discrepancias presentes en las versiones en los distintos idiomas;
 - c. ser un instrumento de ayuda para los Estados Miembros de la OEA que estén considerando ratificar la Convención de México;
 - d. brindar apoyo a las iniciativas de los Estados Miembros de la OEA dirigidas a la modernización de sus legislaciones nacionales en materia de contratos comerciales internacionales de acuerdo con estándares internacionales;
 - e. prestar asistencia a las partes contratantes en las Américas y a sus asesores en la redacción e interpretación de contratos comerciales internacionales;
 - f. proporcionar orientación a los jueces en las Américas, quienes pueden considerar que esta Guía es útil para la interpretación y complementación de la legislación interna, en particular en cuestiones relativas a contratos comerciales internacionales que no se encuentren desarrolladas en las leyes nacionales; y
 - g. orientar a los árbitros en el ejercicio de sus facultades particulares de aplicación, interpretación y complementación del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales.
10. La explicación de las normas actuales aceptadas internacionalmente en materia de contratos comerciales internacionales pertinentes a las Américas no es una cuestión nimia. Uno de los motivos por los cuales la Convención de México se ha enfrentado a una fuerte resistencia es la

falta de información sobre su contenido e implicancias. Esta Guía puede contribuir a superar dicho obstáculo.

11. Esta no es una guía de la Convención de México, sino más bien una *guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*. No obstante, visto que la Convención de México, como un instrumento de gran calidad impulsado por la OEA, sirve como importante punto de partida, y dada la estrecha relación con los Principios de La Haya y la pertinencia de éstos, se harán numerosas referencias a ambos en este documento.
12. Esta Guía se limita a los contratos comerciales internacionales. No incluye los contratos laborales y de consumo, que presentan retos particulares más allá de su alcance. La parte quinta presenta una lista y una explicación de otros elementos que se encuentran excluidos.

1.0 El propósito y los objetivos de esta Guía deberían ser considerados por los Estados Miembros de la OEA, en particular por los legisladores que consideren reformar el régimen jurídico interno en materia de derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, así como por los órganos jurisdiccionales que diriman controversias relativas a dichos contratos, y por las partes contratantes y sus asesores.

PARTE SEGUNDA

ANTECEDENTES CONTEXTUALES

I. Introducción

13. Esta parte segunda proporciona los antecedentes contextuales que han suscitado muchas de las cuestiones jurídicas relativas a los contratos comerciales internacionales que se abordan en esta Guía. Comienza con una perspectiva general del derecho internacional privado y de los enfoques complementarios en materia de conflictos de leyes y de derecho uniforme. Seguidamente se presenta un examen de las principales iniciativas históricas en Europa y América dirigidas a la codificación de las normas sobre conflictos de leyes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales, desde los Tratados de Montevideo de 1889 hasta los instrumentos aprobados más recientemente. Resulta importante contar con un entendimiento básico de estos desarrollos debido a la influencia que ha ejercido cada uno de dichos instrumentos respecto del otro con el correr del tiempo, según se ilustra en la presente Guía. Asimismo, estos instrumentos han tenido una importante influencia en la elaboración de legislación nacional, conforme lo demuestran los ejemplos que constan en la última sección de la parte segunda y en otras secciones de la Guía. En consecuencia, y dado que la jurisprudencia de ambos lados del Atlántico también resulta pertinente para la interpretación de los diversos instrumentos internacionales y de la legislación interna, en el análisis de las decisiones jurisdiccionales americanas se incluirán referencias a casos importantes de Europa y de otros lugares.

II. Derecho internacional privado: el conflicto de leyes frente al derecho uniforme

14. Los contratos internacionales plantean interrogantes, como cuál debería ser el derecho que rige las obligaciones contractuales y si las partes cuentan con la libertad o la “autonomía” como para determinarlo por sí mismas. En el enfoque tradicional del derecho internacional privado, conocido como *conflictual*, prevalece la técnica de recurrir a *normas* de conflicto de leyes o a reglas indirectas a fin de determinar “cuál” de los derechos debe aplicarse (es decir que se trata de una elección entre los derechos nacionales de diferentes Estados). Las normas de conflicto de leyes deben contrastarse con el derecho *sustantivo* aplicable a una determinada vinculación jurídica.

15. La unificación del derecho privado, también llamada *método de derecho uniforme*⁷, procura hallar una solución para la armonización de las normas jurídicas sustantivas (a fin de que, al menos en teoría, se aplique la misma norma en todos los Estados que implementan el derecho uniforme), en tanto que generalmente el método conflictual tiene que ver con localizar un negocio jurídico internacional en un determinado marco jurídico nacional. Un derecho uniforme eliminaría la necesidad de contar con normas conflictuales, al menos en el caso de aquellos Estados y controversias abarcadas por él.
16. No obstante, resulta imposible escapar a los problemas de conflictos de leyes en un mundo jurídicamente parcelado de naciones-Estados que continuará como tal por algún tiempo. En consecuencia, el enfoque de conflicto de leyes y de derecho uniforme no debería percibirse como relativo a métodos antagónicos, sino complementarios. Aunque la necesidad de un derecho sustantivo universal que rija las relaciones internacionales ha logrado un importante reconocimiento, la historia ha demostrado lo difícil que resulta lograr ese objetivo. Es poco probable que las normas de derecho uniforme abarquen todos los posibles problemas de un contrato internacional. La presente Guía aborda principalmente cuestiones de conflictos de leyes en los contratos comerciales internacionales, es decir, el derecho que debería aplicarse a estos últimos: el nacional o el internacional. Si bien la Guía menciona iniciativas sobre derecho uniforme, no hace referencia a las soluciones sustantivas allí contenidas en materia de formación y terminación del contrato, y derechos y obligaciones de los contratantes, para dar algunos ejemplos.

III. Iniciativas históricas para la codificación del conflicto de leyes en los contratos comerciales internacionales

17. Los movimientos nacionalistas de Europa y América frenaron el desarrollo de la idea de un derecho uniforme o universal civil y comercial (*ius commune* y *lex mercatoria*) que había adquirido particular fuerza en la Edad Media. Las naciones estados de tradición civilista sancionaron códigos civiles y comerciales, mientras que las de tradición anglosajona consolidaron su derecho en base a precedentes jurisprudenciales. Esta situación dio un peculiar impulso a las normas de conflicto de leyes para la solución de problemas de derecho internacional privado en cuanto al derecho que debía aplicarse a las relaciones internacionales del ámbito privado. Hacia mediados del siglo XIX se debatían en Europa mecanismos para la aplicación de soluciones unificadas mediante un tratado internacional, aunque las Américas tomaron la delantera.

A. Tratados de Montevideo

18. El 1889 se firmaron en Montevideo nueve tratados de derecho internacional privado⁸. Uno de ellos, específicamente el Tratado de Derecho Civil Internacional (“Tratado de Montevideo de 1889”) aborda el tema de la determinación del derecho aplicable a la contratación internacional.

⁷ En la presente Guía se utiliza la expresión “método de derecho uniforme” para expresar en forma abreviada este proceso de unificación del derecho privado. En el análisis que se realiza más adelante se mencionarán las principales organizaciones conocidas por realizar esa tarea.

⁸ (1) Tratado de Derecho Civil Internacional, 12 de febrero de 1889; (2) Tratado de Derecho Comercial Internacional, 12 de febrero de 1889; (3) Tratado de Derecho Penal Internacional, 23 de enero de 1889; (4) Tratado de Derecho Procesal Internacional, 11 de enero de 1889; (5) Convención sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales, 4 de febrero de 1889; (6) Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística, 11 de enero de 1889; (7) Tratado sobre Marcas de Comercio y de Fábrica, 16 de enero de 1889; (8) Tratado de Patentes de Invención, 13 de febrero de 1889; (9) Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado, 13 de febrero de 1889.

Disponibles en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/traites/sp_traites-ext-arg-bol-per.html.

No obstante, sus disposiciones en materia de derecho aplicable resultaron controversiales, además de guardar silencio en cuanto a la autonomía de la voluntad, que resulta hoy día un principio ampliamente aceptado en el derecho internacional privado.

19. Estos antiguos Tratados de Montevideo siguen siendo aplicables en Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. En 1940, se suscribieron nuevos tratados en Montevideo (“Tratados de Montevideo de 1940”), ratificados solo por Argentina, Paraguay y Uruguay⁹. Estos instrumentos reafirmaron las antiguas soluciones con respecto al derecho aplicable. Prevén asimismo que cada Estado debe determinar la aceptación, o no, del principio de autonomía de las partes, una cuestión que, ante la ausencia de disposiciones claras a ese efecto en legislaciones nacionales, durante décadas se tornó muy controvertida en Paraguay y Uruguay.

B. Código Bustamante

20. Otros Estados en el continente, como Brasil, Chile y Venezuela, no han incorporado los Tratados de Montevideo. En cambio, ratificaron en La Habana en 1928 la Convención de Derecho Internacional Privado, que anexaba el Código de Derecho Internacional Privado¹⁰. Conocido como “Código Bustamante”, regula varias cuestiones del derecho internacional privado, entre ellas el derecho aplicable a la contratación internacional, además de ofrecer una solución distinta a la de los Tratados de Montevideo en lo relativo al derecho aplicable a los contratos internacionales. Asimismo, el instrumento ha planteado muchas interrogantes con relación a si consagra o no la autonomía de la voluntad. El Código Bustamante se halla ratificado por varios Estados americanos, aunque con amplias reservas¹¹.

⁹ (1) Tratado sobre Asilo y Refugio Político, 4 de agosto de 1939; (2) Tratado sobre Propiedad Intelectual, 4 de agosto de 1939; (3) Convención sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales, 4 de agosto de 1939; (4) Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional, 9 de marzo de 1940; (5) Tratado de Derecho Procesal Internacional, 19 de marzo de 1940; (6) Tratado de Derecho Penal Internacional, 19 de marzo de 1940; (7) Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional, 19 de marzo de 1940; (8) Tratado de Derecho Civil Internacional, 19 de marzo de 1940; (9) Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional Privado, 19 de marzo de 1940.

Disponibles en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/traites/sp_traites-ext-arg-bol-per.html.

¹⁰ Convención de Derecho Internacional Privado, que anexó el Código de Derecho Internacional Privado. La convención fue aprobada el 20 de febrero de 1928 en el Sexto Congreso Panamericano celebrado en La Habana, Cuba; entró en vigor el 25 de noviembre de 1928. 86 LNTS 111. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamente_firmas.asp.

¹¹ Si bien Brasil ha ratificado este código, los académicos de dicho país señalan que prácticamente no se lo tiene en cuenta y raramente se lo menciona en decisiones judiciales. El artículo 2 del Tratado al que se encuentra anexado el Código dispone que únicamente se permiten reservas determinadas o especiales. En consecuencia, la interpretación generalmente aceptada por doctrinarios en Venezuela, basada en el derecho de los tratados, es que el Código solo se aplica a aquellos Estados que lo han ratificado sin reservas (Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú) y a los que lo han hecho solamente con ciertas reservas limitadas (Venezuela, Brasil, República Dominicana, Haití y Bahamas). Es por ello que no sería de aplicación en Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador y El Salvador, ya que estos Estados ratificaron el Código Bustamante con reservas de índole genérica, “siempre que no contradiga la legislación interna”, lo que equivale a una ausencia de ratificación (aunque algunos tribunales, por ejemplo en Costa Rica, han aplicado el Código). En Venezuela no se aplica el Código Bustamante respecto de esos Estados. Durante los años que siguieron algunos Estados de la región hicieron esfuerzos para incluir en su derecho interno un reconocimiento expreso del principio de autonomía de la voluntad como ocurrió, por ejemplo, con las normas de derecho internacional privado del Código Civil peruano de 1984 (artículo 2095).

C. Convenio de Roma y Reglamento Roma I

21. En 1980, casi un siglo después de los Tratados de Montevideo de 1889, se firmó en Europa un tratado para regular el conflicto de leyes en los contratos internacionales. El Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, conocido como “Convenio de Roma”, acompañado de un informe oficial para facilitar su interpretación, entró en vigor en 1991¹². A partir de 2008, tras la transferencia de determinadas facultades legislativas a la Unión Europea y algunos cambios y agregados, el Convenio de Roma fue reemplazado por el Reglamento (del Parlamento Europeo y del Consejo) sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, conocido como “Reglamento Roma I”¹³. Dicho reglamento prevé cuestiones de derecho aplicable a los contratos internacionales y delinea el principio de autonomía de la voluntad y sus límites, además de fijar criterios para determinar el derecho aplicable cuando las partes no lo hayan elegido.
22. Estos dos instrumentos resultan de importancia no solo debido a su adopción por el bloque de la UE¹⁴, sino también debido a su influencia en las Américas (de la primera formulación como Convenio de Roma) en la elaboración de la Convención de México y, más recientemente, en la preparación de un instrumento a escala mundial, como lo son los Principios de La Haya.

IV. Convención de México

23. En las Américas, hacia mediados del siglo XX había controversias respecto de los Tratados de Montevideo y del Código Bustamante. Estos instrumentos contenían disposiciones divergentes entre ellos, además de presentar cuestionamientos, por ejemplo, en cuanto a temas relacionados con la autonomía de la voluntad y con la ausencia de elección del derecho. Además, algunos Estados americanos, incluidos todos los de tradición anglosajona, no habían ratificado ninguno de estos tratados.
24. El establecimiento de la OEA en 1948 generó fuertes esperanzas de que la situación fuese finalmente resuelta. Tras cuidadosas evaluaciones, los Estados Miembros de la OEA se decidieron en contra de la idea de elaborar un código general como el Código Bustamante y, en su lugar, optaron por trabajar hacia la codificación gradual de temas particulares en el ámbito del derecho internacional privado.
25. Esta intención empezó a convertirse en realidad en 1975 cuando los Estados Miembros de la OEA tomaron medidas para armonizar y codificar normas de derecho sustantivo y de elección de derecho en diversos temas de derecho internacional privado.
26. Ello se logró principalmente mediante las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (“CIDIP”), que son reuniones diplomáticas organizadas con arreglo al artículo 122 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Hasta la fecha se han celebrado siete CIDIP, las que han dado como resultado la adopción de veintiséis instrumentos internacionales (tales como convenciones, protocolos, documentos uniformes y una ley modelo) sobre diversos temas. Los instrumentos fueron diseñados para crear un marco jurídico eficaz para la cooperación judicial entre los Estados de las Américas y para agregar seguridad jurídica a las vinculaciones transfronterizas en materia civil, procesal, comercial y de familia. La más reciente de estas conferencias fue la CIDIP-VII, que se celebró en 2009.

¹² Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, Roma, 19 de junio de 1980. 19 ILM 1492; [1980] OJ L266/1.

¹³ Reglamento (del Parlamento Europeo y del Consejo) sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, 17 de junio de 2008. 593/2008/EC; [2008] OJ L177/6. El Reglamento Roma I es vinculante para todos los Estados Miembros de la Unión Europea salvo Dinamarca, en donde sigue siendo aplicable el Convenio de Roma.

¹⁴ *Id.*, véase la nota relativa a Dinamarca *supra*.

27. En los últimos años el CJI ha abordado varios temas en el campo del derecho internacional privado. El CJI, a su vez, ha remitido las propuestas de instrumentos para que sean consideradas por el Consejo Permanente y por su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, así como para su eventual consideración y aprobación por la Asamblea General de la OEA. Mediante esta metodología, que evita el costoso mecanismo de una conferencia diplomática específica en forma de CIDIP, el instrumento final recibe igualmente el respaldo de los Estados Miembros mediante un proceso político¹⁵.
28. La Convención de México se aprobó formalmente en 1994 en la CIDIP-V en los cuatro idiomas oficiales de la OEA (inglés, español, francés y portugués), cuyos textos son igualmente auténticos. Fue suscrita por Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela, y ratificada por Venezuela y México¹⁶. Entró en vigor el 15 de diciembre de 1996 y a la fecha no se registra reserva ni declaración alguna.
29. El tema de la contratación internacional había sido considerado por primera vez en 1979 en la CIDIP-II. Seguidamente se incluyó en el temario de la CIDIP-IV de 1989 y fue asignado a la Comisión II, que consideró un estudio preparado por el jurista argentino Antonio Boggiano y un proyecto de convención elaborado por la Delegación de México¹⁷. Como no se logró un consenso general sobre un instrumento formal, los delegados aprobaron un conjunto de principios para futuras deliberaciones y recomendaron que la Asamblea General de la OEA convocara una reunión de expertos. Estos principios sirvieron de base para un proyecto de convención y un informe, elaborados por el jurista mexicano José Luis Siqueiros y aprobados por el CJI en 1991¹⁸.
30. Este proyecto de convención y el informe fueron examinados en una reunión de expertos que se celebró en Tucson, Arizona, del 11 al 14 de noviembre de 1993¹⁹. En esta reunión se aprobó una nueva versión revisada del Proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (“Proyecto de Tucson”) que fue la base para las deliberaciones de la CIDIP-V, que tuvo lugar del 14 al 18 de marzo de 1994 en Ciudad de México. Los trabajos preparatorios incluyeron la distribución de un cuestionario a los Estados Miembros de la OEA, así como un examen exhaustivo de otros instrumentos pertinentes en la materia²⁰. Dado que a la CIDIP-V asistieron diecisiete países latinoamericanos, además de Estados Unidos y Canadá, se dice que el texto resultante representa el consenso de un considerable número de Estados de las tradiciones del derecho civil y de “common law”.

¹⁵ Puede citarse a modo de ejemplo que en 2011 el CJI incorporó a su programa de trabajo el tema de las sociedades por acciones simplificada, y que en 2012 aprobó, mediante una resolución, un proyecto de Ley modelo sobre sociedad por acciones simplificada, que se remitió al Consejo Permanente. Informe Anual del [CJI] al Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, OEA/Ser.G/CP/doc.4826/13, 20 de febrero de 2013. Finalmente, en 2017 la Asamblea General de la OEA tomó nota y aprobó la resolución AG/RES. 2906 (XLVII-O/17), Ley modelo sobre sociedad por acciones simplificada.

¹⁶ Estado de firmas, nota 3 *supra*.

¹⁷ Informe del Relator de la Comisión II referente al tema de contratación internacional. CIDIP-IV, Volumen I, Actas y documentos CIDIP-IV. Secretaría General, OEA, Washington, D. C. 1991, pág. 447.

¹⁸ Tema 1: Contratación internacional proyecto de convención interamericana sobre ley aplicable en materia de contratación internacional – Comité Jurídico Interamericano. CIDIP-V, OEA/Ser. K/XXI.5 – CIDIP-V/12/93, 28 de diciembre de 1993.

¹⁹ Tema 1: Contratación internacional. Informe de la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional. CIDIP-V, OEA/Ser. K/XXI.5 – CIDIP-V/14/93, 30 de diciembre de 1993 (“Informe de la Reunión de Expertos”).

²⁰ Informe del Relator de la Comisión II referente al tema de contratación internacional; véase, nota 17 *supra*.

31. La Convención de México se aprobó con 30 artículos que prevén cuestiones como la autonomía de la voluntad para seleccionar el derecho aplicable y sus límites, los criterios a seguirse en ausencia de elección, así como temas de orden público, entre otros. Con el Convenio de Roma de 1980 como fuente de inspiración, la Convención de México fue más allá en aspectos como la admisión del derecho no estatal y la apertura al derecho de un Estado no contratante.
32. Aunque el reducido número de ratificaciones (solamente lo hicieron México y Venezuela) no es de por sí una indicación de su éxito, se consideró valioso analizar las posibles razones. En consecuencia, cuando se planteó el interrogante a Estados y académicos en una encuesta realizada por el CJI en 2015, se registraron varias respuestas que indicaron los siguientes motivos:
 - a. resultan problemáticas las discrepancias lingüísticas entre los textos oficiales, en particular en español e inglés;
 - b. los innovadores y controvertidos principios en materia de conflicto de leyes resultaron problemáticos para la época: el primero de ellos, el de la autonomía de la voluntad, al menos en 1994, representaba un cambio radical del enfoque tradicional conflictualista que predominaba en varios estados de derecho civil;
 - c. la figura de la “conexión más cercana” o “principio de proximidad” constituía un concepto desconocido, sin directrices claras para su aplicación;
 - d. las referencias a los “principios generales de derecho comercial internacional” y a la *lex mercatoria* eran problemáticas dado que el lenguaje era considerado demasiado amplio y su alcance poco claro;
 - e. había una ausencia de propulsores locales o de voluntad política; y
 - f. se percibía que entre los Estados existía una falta de conocimiento de la Convención de México y de sus posibles beneficios²¹.

Se ha sugerido asimismo que tal vez la Convención de México haya intentado realizar de manera un tanto forzada una síntesis entre el derecho civil y el “common law”, lo cual no arrojó un resultado satisfactorio.
33. Independientemente de la poca cantidad de ratificaciones, estas respuestas de los Estados Miembros de la OEA y de los académicos de la región confirman que la Convención de México ha efectuado valiosos aportes al desarrollo del derecho de los contratos internacionales en el Hemisferio. En los más de veinte años que han transcurrido desde su aprobación, muchos de sus principios, en particular el de autonomía de la voluntad, han logrado aceptación regional y han quedado consagrados en las legislaciones internas de varios Estados Miembros de la OEA. Esto se ha conseguido mediante diversos mecanismos, cuya consideración se analizará en la presente Guía a fin de coadyuvar a la toma de decisiones en cuanto al camino a seguir a futuro.

V. Principios de La Haya

34. La Conferencia de La Haya nació de una primera reunión diplomática que tuvo lugar en 1893. En líneas generales, su historia puede dividirse en dos períodos. En el inicial, de 1893 hasta la Segunda Guerra Mundial, la conferencia se celebró en seis ocasiones. En la séptima sesión, que se realizó en 1951, quedó establecida por estatuto como una organización intergubernamental. A partir de entonces dicha conferencia generalmente se ha reunido cada cuatro años en sesiones diplomáticas, y en ocasionales sesiones extraordinarias. Pese a que su nombre parece indicar lo contrario, la Conferencia de La Haya se ha transformado en una organización permanente. Su

²¹ Véase, Informe sobre contratos de 2016, nota 1 *supra*.

finalidad es “la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado”, que logra principalmente mediante la negociación y seguimiento de tratados multilaterales sobre temas de competencia de tribunales y autoridades, derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, y cooperación judicial y administrativa internacional. Está conformada por 82 Estados y la UE, e incluye a 14 Estados Miembros de la OEA²². Asimismo, varios otros Estados de las Américas se han adherido a uno o a varios de los Convenios de La Haya.

35. Sus trabajos se diferencian de los de otros organismos como Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) en que, en lugar de avanzar en la unificación substantiva, la Conferencia de La Haya elabora textos de derecho internacional privado conforme al tradicional sistema *conflictualista*, considerándosela como el organismo mundial de mayor preponderancia a este respecto. La Conferencia de La Haya se dedica a cuestiones tan variadas como protección internacional de menores, derecho de familia, derechos de propiedad, cooperación jurídica internacional y litigios internacionales, y derecho comercial y financiero internacional.
36. En la Conferencia de La Haya de 1972 la Delegación de Estados Unidos planteó por primera vez la sugerencia de elaboración de un instrumento sobre derecho aplicable a la contratación internacional. El Convenio de La Haya sobre las Ventas de 1955, el Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1986 (conocidos estos dos como “Convenios de La Haya sobre Compraventa”)²³ y el Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación (“Convenio de La Haya sobre Contratos de Intermediarios”)²⁴ de 1978 tuvieron un éxito limitado teniendo en cuenta la cantidad de ratificaciones logradas. Sin embargo, su incidencia respecto de otros instrumentos —por ejemplo, mediante la aceptación de la libertad que tienen las partes para elegir el derecho aplicable (autonomía de la voluntad)— ha resultado significativa en instrumentos como el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I.
37. Entre 2005 y 2009 se realizaron estudios de viabilidad que indicaron que un tipo de instrumento diferente tal vez podría resultar exitoso. En consecuencia, se decidió elaborar un documento no vinculante, es decir, de “soft law”²⁵, que tuviera como objetivo fundamental promover la autonomía de la voluntad como criterio para la elección del derecho aplicable.
38. A efectos de preparar dicho documento se constituyó en 2009 un grupo de trabajo conformado por quince expertos y observadores de instituciones internacionales públicas y privadas, incluidas la CNUDMI, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (“UNIDROIT”) y la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”)²⁶. Entre los integrantes del

²² Argentina (1972), Brasil (2001), Canadá (1968), Chile (1986), Costa Rica (2011), Ecuador (2007), México (1986), Panamá (2002), Paraguay (2005), Perú (2001), Suriname (1977), Estados Unidos (1964), Uruguay (1983) y Venezuela (1979). La lista actualizada de miembros de la Conferencia de La Haya puede consultarse en <https://www.hcch.net/es/states/hcch-members/> (Fecha de consulta: 22 de agosto de 2018).

²³ Convenio sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales, aprobado el 15 de junio de 1955; entró en vigor el 1 de septiembre de 1964. 510 UNTS 147. Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptado el 22 de diciembre de 1986, aún no ha entrado en vigor. (1985) 24 ILM 1575.

²⁴ Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, adoptado el 14 de marzo de 1978, entró en vigor el 1 de mayo de 1992. (1977) 16 ILM 775.

²⁵ En el párrafo 57 del presente se examina la cuestión del “soft law”.

²⁶ La CCI es una red mundial con más de seis millones de miembros en más de cien países. Entre sus miembros se encuentran muchas de las empresas más grandes del mundo, así como pequeñas y medianas empresas, asociaciones empresariales, bancos, bufetes de abogados y cámaras de comercio locales. Su objetivo es promover

grupo de trabajo se encontraban seis juristas de las Américas o que trabajaban en la región. En 2012 el Consejo sobre Asuntos Generales y Política creó una comisión para examinar las propuestas del grupo de trabajo y formular recomendaciones. Reunida en noviembre de 2012, la Comisión Especial, una conferencia con más de cien expertos nacionales, presentó una propuesta de proyecto para los Principios de La Haya, difiriendo al grupo de trabajo la responsabilidad de formular los comentarios y los ejemplos.

39. La versión final de los Principios de La Haya quedó formalmente aprobada en marzo de 2015. Se trata del primer instrumento jurídico a nivel mundial sobre la elección del derecho en los contratos internacionales. La particular importancia de los Principios de La Haya radica en que dentro de un instrumento mundial se establece el principio de autonomía de la voluntad de manera amplia, dándole además carta de ciudadanía al derecho no estatal en un texto conflictualista. Como se señaló anteriormente, la Conferencia de La Haya incluye entre sus miembros a catorce Estados Miembros de la OEA, muchos de ellos representados en la reunión de la Comisión Especial²⁷, en tanto que el grupo de trabajo incluyó representantes de la región. En consecuencia, puede decirse que los Principios de La Haya reflejan la incorporación de las posiciones de muchos Estados de las Américas. Los Principios de La Haya han recibido el respaldo de la CNUDMI²⁸ y de organizaciones no gubernamentales como la CCI²⁹.
40. Los Principios de La Haya se aplican únicamente a la elección de derecho en los contratos comerciales internacionales; no abarcan casos en los que no se ha efectuado dicha elección. El preámbulo describe y explica el espíritu del instrumento, al que le siguen doce principios, o normas vinculantes, cada una de las cuales está acompañada de comentarios explicativos con las ilustraciones del caso. Estos doce principios son relativos al ámbito de aplicación, a la autonomía de la voluntad para la elección (expresa o tácita) del derecho (ya sea que se trate, o no, del derecho del Estado de las partes contratantes o el de un tercer Estado), a la validez formal de dicha elección y al orden público como límite a la autonomía de la voluntad, entre otras cuestiones.
41. Dadas las dificultades que implica la redacción de una convención internacional, los Principios de La Haya siguen el mismo enfoque de “soft law” y técnicas de elaboración normativa de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (“Principios UNIDROIT”)³⁰. Al igual que sucede con dicho instrumento, la intención de los Principios de La Haya es servir de modelo para los legisladores y redactores de contratos, y de guía en la

el comercio internacional, la conducta empresarial responsable y un enfoque mundial a la regulación. <https://iccwbo.org/about-us/> (Fecha de consulta: 22 de agosto de 2018).

²⁷ La primera reunión de la Comisión Especial sobre Elección de Derecho en Contratos Internacionales se celebró el 16 de noviembre de 2012. Su informe se encuentra disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/735cb368-c681-4338-ae8c-8c911ba7ad0c.pdf>.

²⁸ Apoyo a los textos de otras organizaciones: Principios sobre la Elección de la Ley Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales, en Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 48.º período de sesiones, del 29 de junio al 16 de julio de 2015, A/70/17, pág. 49. Véase también: UNCITRAL Endorses the Hague Principles. <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=414> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

²⁹ <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-appeals-to-authorities-to-strengthen-legal-certainty-for-international-contracts-by-implementing-the-newly-approved-hague-principles/> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

³⁰ Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2016. Texto disponible en: <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-overview/spanish-black-letter>. Véase un análisis del tema en la Parte tercera del presente (sección III.B) en relación con el desarrollo progresivo de estos principios.

interpretación tanto en la esfera judicial como arbitral. Se trata, eso sí, de instrumentos complementarios: mientras que los Principios UNIDROIT se ocupan de cuestiones sustantivas del derecho contractual, (como la formación, la interpretación, los efectos y la terminación del contrato), los de La Haya versan sobre cuestiones de elección de derecho (como el de uno o varios Estados, o incluso la selección de un derecho no estatal).

VI. Legislación reciente en las Américas en materia de conflictos de leyes en los contratos comerciales internacionales

42. La presente Guía no versa sobre los diversos modos en los que el derecho internacional se incorpora a un régimen nacional, dado que ello varía significativamente de un Estado a otro. Además, algunos Estados, como Venezuela, no incorporan (o “implementan”) el derecho internacional a su derecho nacional. No obstante, en términos generales, los Estados que deseen armonizar su legislación interna con la Convención de México y con los Principios de La Haya podrán incorporar estas disposiciones en leyes generales de derecho internacional privado o en leyes que se dicten específicamente para regular el derecho aplicable a los contratos internacionales.
43. Una opción es apelar a la “incorporación material”, que supone la transcripción íntegra del tratado en un texto legislativo interno, como se hizo en Paraguay. Su Ley N.º 5393 sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, de 2015, cuenta con 19 artículos. En los artículos del 1 al 10 y 13 y 14, relativos a la elección del derecho, básicamente se reproducen los Principios de La Haya con modificaciones menores. Los artículos 11, 12, 15 y 16 tratan principalmente de situaciones de ausencia de elección del derecho, reproduciendo casi literalmente las correspondientes disposiciones de la Convención de México. Finalmente, el artículo 17, que se ocupa del orden público, se encuentra en línea con la solución de los Principios de La Haya, y el artículo 18 trata de las derogaciones producidas con esta ley.
44. Otra opción es recurrir a la “incorporación por referencia” legislativa, como lo hizo Uruguay cuando en una ley interna adoptó las reglas de interpretación de diversos artículos del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo³¹.
45. Venezuela, que ratificó la Convención de México³², adoptó una tercera opción: en 1998 sancionó su Ley de Derecho Internacional Privado, vigente desde el 6 de febrero de 1999³³. Dicha ley incluye tres artículos (del 29 al 31) que reproducen los principales contenidos de la Convención de México y disponen que las posibles lagunas podrán suplementarse con sus principios.
46. México ha ratificado la Convención de México, que se considera parte de su normativa interna de derecho internacional privado que rige los contratos internacionales con Estados que no son partes de dicha convención, si bien no hay ninguna indicación legislativa o jurisprudencial en este sentido. Venezuela adoptó un enfoque diferente e incorporó el contenido de la Convención de México directamente a su normativa interna en materia de derecho internacional privado.

³¹ En lo relativo a ese tratado en particular había existido consenso entre académicos y parlamentarios en cuanto a los beneficios de sus disposiciones. En cambio, en lo tocante a la Convención de México, la situación en Uruguay es distinta dado que no existe un consenso similar, lo que llevó a que la aprobación parlamentaria del instrumento fuera rechazada dos veces. Además, el proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado no logró obtener aprobación parlamentaria, principalmente debido a su incorporación de la autonomía de la voluntad en seguimiento a la Convención de México.

³² Publicada en la Gaceta Oficial (Extraordinaria) N.º 4.974 del 22 de septiembre de 1995.

³³ Gaceta Oficial (Ordinaria) N.º 36.511 del 6 de agosto de 1998.

47. Argentina, República Dominicana y Panamá modificaron muy recientemente sus leyes rectoras de la contratación internacional. Argentina reemplazó su Código Civil y de Comercio por un nuevo Código Civil y Comercial (“CCC”) que incluye todo un capítulo de derecho internacional privado con varias disposiciones sobre contratos internacionales³⁴. En noviembre de 2018 una comisión creada por el gobierno presentó ante el Ministerio de Justicia un proyecto de propuesta de reforma del CCC³⁵. Resulta significativo que el proyecto propone sustituir el texto actual del artículo 2651(d) por el siguiente: “la elección puede recaer en normas de derecho de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”. La nueva ley de derecho internacional privado de la República Dominicana contiene disposiciones en materia de contratos internacionales³⁶. El nuevo Código de Derecho Internacional Privado de Panamá también contiene disposiciones en la materia³⁷. De estos textos, el de la República Dominicana parece ser el más influenciado por la Convención de México, aunque se aleja de aspectos fundamentales como la determinación del derecho aplicable cuando las partes contratantes no lo hayan seleccionado.

2.0 Se alienta a los Estados Miembros de la OEA, independientemente de que hayan ratificado o no o que tengan o no la intención de ratificar la Convención de México, a que consideren sus soluciones para sus propios derechos nacionales, ya sea mediante una incorporación material, por referencia o por otros mecanismos que sean de aplicación en sus regímenes jurídicos internos propios, teniendo en cuenta los desarrollos subsiguientes del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales consagrados en los Principios de La Haya y descritos en la presente Guía.

PARTE TERCERA

AVANCES EN EL MÉTODO DE DERECHO UNIFORME EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS

I. Nuevo panorama a favor del método de derecho uniforme

48. Si bien hasta no hace mucho tiempo se registraba una enorme prevalencia de los instrumentos de conflictos de leyes en el ámbito del derecho de los contratos comerciales internacionales, en la actualidad la metodología del derecho uniforme está ganando terreno. Existen muchos factores que contribuyen a esta tendencia. Por ejemplo, la autonomía de la voluntad, o la facultad de las partes de elegir el derecho que regirá su vinculación ante una controversia, está consolidándose como principio del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales. Esto lleva a que frecuentemente las partes apunten a evitar el mecanismo de conflicto de leyes mediante estipulaciones detalladas en sus acuerdos o selecciones claras del régimen jurídico que los regirá, incluso en situaciones en las que estas leyes no son parte del derecho interno; con frecuencia se trata de referencias a instrumentos de derecho uniforme.

³⁴ El Código fue aprobado por Ley N.º 26.994 del 7 de octubre de 2014 y entró en vigor el 1 de agosto de 2015.

³⁵ La propuesta sigue debatiéndose. El texto de la propuesta se encuentra disponible en <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/11/Legislacion3875.pdf> (Fecha de consulta: 28 de enero de 2019).

³⁶ Ley N.º 544 de 2014.

³⁷ Código de Derecho Internacional Privado, Ley N.º 61 del 7 de octubre de 2015 (que sustituyó a la Ley 7 de 2014). Gaceta Oficial del 8 de octubre de 2015, N.º 27885-A.

49. Varias iniciativas actuales a nivel mundial, regional y local en los ámbitos público y privado han generado una red de instrumentos en constante expansión, todos ellos con el propósito compartido de desarrollar derecho uniforme. Este fenómeno no se encuentra limitado a las reglas normativas, sino que también se están realizando esfuerzos para generar uniformidad entre las técnicas interpretativas y conciliar los entendimientos de la operación técnica de diferentes sistemas jurídicos.
50. Asimismo, el arbitraje se está consolidando como un método aceptado para la resolución de controversias comerciales que le proporciona a los árbitros las herramientas adecuadas para lograr soluciones apropiadas a problemas transnacionales, más allá de una mera preocupación por la aplicación mecánica del derecho interno de conformidad con un sistema conflictualista.

II. Herramientas utilizadas para la unificación y la armonización

51. Suelen ser utilizados indistintamente los términos “unificación” y “armonización”. Sin embargo, en puridad, “unificación” implica la adopción de normas jurídicas comunes en más de un Estado o región, en tanto que la “armonización” denota mayor flexibilidad, pues no alude necesariamente a textos uniformes, sino a la aproximación de criterios jurídicos apoyándose en bases comunes, leyes modelos o principios uniformes. Tanto las normas conflictualistas como las sustantivas pueden ser objeto de unificación y armonización.
52. El “tratado internacional” o “convención” es el instrumento tradicionalmente utilizado por los Estados para adoptar normas comunes con el objetivo de la unificación, basándose en soluciones existentes o creando soluciones nuevas³⁸. En efecto, han existido numerosos tratados exitosos, varios de los cuales se examinarán en la presente Guía. No obstante, uno de los inconvenientes del formato que revisten los tratados radica en la dificultad de asegurar su ratificación. Las negociaciones difíciles entre Estados con diferentes tradiciones jurídicas o con objetivos normativos divergentes suelen exigir avenencias y concesiones que desembocan en un texto final poco apto o incluso inutilizable que, en última instancia, las partes insatisfechas rehusarán a ratificar. Con el ánimo de obtener ratificaciones se suele recurrir a mecanismos como las “reservas”, que promueven una ilusión de unidad aunque finalmente atentan contra la unificación. También los redactores suelen excluir aquellos temas que no cuentan con consenso. Aunque los tratados siguen proliferando, tienen sus limitaciones.
53. El tratado internacional puede presentar limitaciones debido a la relativa inflexibilidad de ese formato para dar respuesta a los cambios en las prácticas comerciales, que suelen evolucionar con bastante rapidez, o a que su redacción no ha dado cuenta de dichos cambios.
54. Sucede con frecuencia que las convenciones en materia de derecho mercantil buscan cristalizar normativamente ciertos usos, costumbres o prácticas del comercio. Pero cuando las convenciones son redactadas por los gobiernos de los Estados, y no por los miembros de la comunidad cuyas prácticas son supuestamente recogidas, no resulta poco común que las convenciones fallen en ganar aceptación precisamente porque *no* reflejan las prácticas o percepciones de la comunidad. Sin embargo, al mismo tiempo el Estado también debe cumplir su función de salvaguardar los intereses y derechos de quienes no tienen la voz cantante en la comunidad mercantil.
55. Se diseñó otro mecanismo de leyes uniformes, siempre dentro del contexto de los tratados internacionales, tales como el Convenio que establece una Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Pagarés (Ginebra, 1930) y el Convenio que establece una Ley Uniforme sobre

³⁸ Un ejemplo de ello es la expresión “autonomía de la voluntad” que se encuentra en el Convenio de La Haya sobre las Ventas de 1955 y que a partir de allí fue utilizada considerablemente, tal es así que se transformó en un término común para expresar el principio en muchos instrumentos subsiguientes.

Cheques (Ginebra, 1931)³⁹. Estos dos convenios establecieron leyes uniformes que los Estados contratantes acordaron incorporar en sus legislaciones. En la actualidad este mecanismo ha quedado mayormente descartado, ya que una ley uniforme diseñada para ser incorporada en su totalidad al derecho nacional se percibe como que afecta la potestad soberana de legislar del Estado.

56. Para paliar este inconveniente se concibió la figura de la “ley modelo”, un instrumento redactado por un organismo de prestigio que ulteriormente procede a recomendarla. A modo de ejemplo puede citarse la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Ley Modelo de la CNUDMI”)⁴⁰. No obstante, este mecanismo tampoco logra una unificación significativa, puesto que los legisladores pueden corregir, adaptar e incluso descartar disposiciones de una ley modelo. Cuanto más general es la materia tratada, mayor es la probabilidad de que esto ocurra.
57. Existen diversos métodos de “soft law” que apuntan a la armonización. La expresión “soft law” hace referencia a una gran variedad de materiales que, a diferencia de los textos de “derecho duro”, no necesariamente se espera que los Estados adopten formalmente mediante ratificaciones de tratados o legislación, aunque de cualquier modo pueden ejercer una gran influencia en la práctica y el desarrollo del derecho. Podría hacerse referencia a uno de dichos métodos como un tipo de “formulación de la ley” (statement of the law), también conocido como “principios”. El “soft law” también incluye *guías legislativas* que ofrecen ejemplos de textos en forma de normas y reglamentos, además de incluir otros tipos de *guías* e instrumentos similares.
58. En resumen, el derecho de los contratos comerciales internacionales puede derivarse del derecho estatal o no estatal y, dentro de esta última categoría, la fuente puede incluir distintos tipos de instrumentos de “soft law”. De acuerdo con el régimen interno de cada Estado individual para la implementación o aplicación del derecho internacional, el derecho estatal (o “nacional”) puede incluir instrumentos de “soft law” o hacer referencia a ellos.

III. Instrumentos internacionales pertinentes de derecho uniforme en materia de contratos comerciales internacionales

59. En esta sección se examinarán dos de los principales instrumentos internacionales de derecho uniforme relativos a los contratos comerciales transnacionales: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CIM”)⁴¹ y los Principios UNIDROIT, además de las acciones regionales para la elaboración de legislación uniforme en la materia, las iniciativas del sector privado y las influencias del ámbito de los instrumentos arbitrales.

A. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

60. Conocida ampliamente por el acrónimo en inglés UNCITRAL, la CNUDMI (como se le conoce en español) fue concebida en 1966 con el objeto de “promover la armonización y unificación

³⁹ Convenio que establece una Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Pagarés, 7 de junio de 1930, Ginebra. 143 UNTS 257; Convenio que establece una Ley Uniforme sobre Cheques, 1 de enero de 1934, Ginebra. 143 UNTS 355. Disponible solamente en inglés y francés.

⁴⁰ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Aprobada el 21 de junio de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006. Texto disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

⁴¹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada el 11 de abril de 1980, entró en vigor el 1 de enero de 1988. 1489 UNTS 3.

progresivas del derecho mercantil internacional”. Cuenta con el mandato general de reducir y eliminar las barreras creadas por las disparidades en las legislaciones nacionales que rigen el comercio internacional.

61. La CIM, uno de sus productos más conocidos, se aprobó en 1980 y entró en vigor en 1988. sta convención unifica el derecho sustantivo de sus Estados contratantes en materia de compraventa internacional de mercaderías, además de abarcar aspectos relativos a la formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías, derechos sustantivos del comprador y vendedor y cuestiones relacionadas al cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones contractuales. Muchas de estas cuestiones son comunes a los contratos en general; en efecto, un gran número de disposiciones aplicables a los contratos regulados por los códigos civiles de varios Estados se han tomado de las consagradas en la CIM.
62. La CIM se encuentra ampliamente aceptada. A la fecha ha sido ratificada por 89 Estados de todo el mundo. Está en vigor en gran parte de los países de América Latina, salvo en Bolivia, Belize, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Suriname y Venezuela. En el Caribe se halla en vigor en Cuba y en la República Dominicana⁴².
63. A pesar de la amplia aceptación de la CIM, las partes del contrato pueden excluir su aplicación o, con sujeción a ciertas limitaciones, derogar o variar el efecto de sus disposiciones (artículo 6)⁴³. Debido a que la CIM reconoce el principio de autonomía de la voluntad de las partes, dicha derogación o variación se puede lograr al seleccionar el derecho de un Estado no contratante o el derecho sustantivo interno de un Estado contratante (por ejemplo, su Código Civil y Comercial).
64. Por otro lado, aunque no haya sido ratificada por el Estado de las partes contratantes involucradas en una controversia, la CIM puede aplicarse como una expresión del derecho no estatal cuando los juzgadores están facultados para aplicar en derecho uniforme⁴⁴. Este, sin embargo, es un tema que es objeto de debate.

⁴² Situación actual de la CIM:

https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

⁴³ Algunos comentaristas han señalado que las partes contratantes suelen excluir la aplicación de la CIM. El índice de partes que optan por la no aplicación de la CIM ha sido objeto de varias investigaciones con diversos resultados obtenidos a la luz de diferentes metodologías. Hay estudios integrales recientes realizados por Gustavo Moser. (Véase: Moser, Luiz Gustavo Meira. Inside contracting parties' minds: the decision-making processes in cross-border sales. (2017) J. Int. Disp. Settlement 8(2) 250-279; Parties' preferences in international sales contracts: an empirical analysis of the choice of law. (2015) 20 Uniform L. Rev. 19-55, <https://academic.oup.com/ulr/article/20/1/19/1617663#>; Rethinking choice of law in cross border sales, International Commerce and Arbitration, Vol. 27, Ingeborg Schwenzer (ed.), Eleven International Publishing, La Haya 2018, páginas 25 a 32). Moser manifiesta que si bien no puede hacerse caso omiso al índice de exclusiones de la CIM, cuestión que es preciso examinar e investigar, un notable elemento común a todos estos estudios es que dicho índice parece estar vinculado a una “falta de familiarización” con la CIM y, tal vez, con un “temor a lo desconocido”. No obstante, la alegación de que existe un “alto nivel de exclusión” de la CIM no se halla respaldada por pruebas empíricas. (pág. 31; se omitieron las notas al pie). Existen datos anecdóticos que indican que la exclusión suele estar relacionada con patrones de dependencia, sin plena consideración de los motivos subyacentes. La tendencia general actual parece dirigirse hacia un mayor uso de la CIM y a un menor nivel de exclusión de su aplicación.

⁴⁴ Puede aplicarse la CIM como expresión de los “principios generales del comercio internacional” (véase, por ejemplo, el caso de las barras de acero (Steel Bars Case), causa arbitral N.º 6653 de la CCI del 26 de marzo de 1993; disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html> (8.4.2013). También puede utilizarse como expresión de las “normas y estándares generales de los contratos internacionales” (véase, por ejemplo, el caso de la impresión de papel moneda (Printed Banknotes Case), causa arbitral N.º 9474 de la CCI de febrero de 1999;

65. Además de su amplia aprobación como convención internacional vinculante y fuente de derecho no estatal, la CIM ha inspirado iniciativas legislativas para fomentar el desarrollo del derecho contractual a nivel de nación Estado. En las Américas, la Argentina constituye un claro ejemplo de ello⁴⁵. Asimismo, en algunos Estados como Brasil⁴⁶ y El Salvador⁴⁷, los jueces han recurrido a la CIM como fuente de interpretación del derecho interno.
66. Las interpretaciones judiciales y arbitrales de la CIM también sirven para impulsar su influencia. La página web de la CNUDMI pone a disposición del lector cientos de casos, entre los que se encuentran decisiones judiciales y laudos arbitrales⁴⁸.

B. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales

67. Conocido también como el “Instituto de Roma”, el UNIDROIT se creó en 1926 bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones. Apunta a modernizar y homogeneizar el marco normativo del derecho privado, concentrándose principalmente en el derecho comercial. En la actualidad el UNIDROIT cuenta con sesenta y tres Estados Miembros, trece de los cuales pertenecen a la OEA⁴⁹.
68. La labor del UNIDROIT se dirige a soluciones sustantivas, es decir, se encamina a la búsqueda de un *derecho sustantivo uniforme* y solo excepcionalmente a temas de *normas de conflicto de leyes*. En sus más de 90 años de existencia, el UNIDROIT ha generado más de sesenta textos, entre los que se encuentran convenciones y proyectos de leyes modelo o guías resultantes de “estudios”, según se los llama oficialmente, relativos a una amplia gama de temas.
69. Entre estos trabajos los Principios UNIDROIT constituyen uno de sus logros más significativos. Se publicaron por primera vez en 1994, aunque las labores en la materia se iniciaron en la década de 1970. La edición de 1994 está compuesta de un preámbulo y reglas (o artículos) relativos a disposiciones contractuales generales, formación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento del contrato. Dichas reglas están acompañadas por comentarios detallados, incluidas ejemplificaciones, que forman parte integral de los Principios. Dado que los mismos trece Estados Miembros de la OEA eran parte del UNIDROIT al momento de la adopción de los Principios en 1994, puede suponerse que los trabajos reflejaron el consenso logrado con la participación directa o indirecta de esos Estados.
70. En 2004 se publicó una versión revisada y ampliada de los Principios, agregándose cinco capítulos relativos a representación, estipulación a favor de terceros, compensación, cesión de

disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999474i1.html> (8.4.2013). La CIM también puede aplicarse como expresión de los “usos comerciales” (véase, por ejemplo, el caso de los cueros vacunos (Cowhides Case), causa arbitral de 1994 N.º 7331 de la CCI; disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947331i1.html> (8.4.2013), así como el caso de los materiales hoteleros (Hotel Materials Case), causa arbitral de 1992 N.º 7331 de la CCI; disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927153i1.html> (8.4.2013).

⁴⁵http://www.sbm.com.ar/assets/pdf/prensa/nuevo_codigo/final_the_new_CCiv_com_Argentina_and_the_cisg4.pdf (Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2018).

⁴⁶ Véase: Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (DJE), Tribunal de Apelaciones del Estado de Rio Grande do Sul, caso N.º 70072362940, Duodécima Cámara, 16 de febrero de 2017.

⁴⁷ Véase: Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de San Salvador, REF. PC-29-12, 28 de febrero de 2013. <http://www.cisgspanish.com/wp-content/uploads/2013/08/ElSalvador28feb2013.pdf>

⁴⁸ Véase un análisis del tema en la Parte cuarta del presente, Interpretación uniforme, y en el Apéndice, Bases de datos y fuentes electrónicas.

⁴⁹ Argentina (1972), Bolivia (1940), Brasil (1940), Canadá (1968), Chile (1951), Colombia (1940), Cuba (1940), México (1940), Nicaragua (1940), Paraguay (1940), Estados Unidos (1964), Uruguay (1940) y Venezuela (1940). Miembros del UNIDROIT: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/membership> (Fecha de consulta: 22 de agosto de 2018).

derechos, transmisión de obligaciones, cesión de contratos y prescripción. La edición de 2010 abordó nuevos temas relativos a obligaciones solidarias y a la invalidez de los contratos derivados de la ilegalidad o inmoralidad. La versión más reciente es la edición de 2016 que profundiza temas relativos a contratos de larga duración que pueden ser relevantes tanto en contratos comerciales internacionales como en contratos regidos por el derecho de las inversiones.

71. Para respaldar la utilización de sus Principios, en 2013 el UNIDROIT aprobó las Cláusulas Modelo para el uso de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Se “basan principalmente en el uso que se hace de los Principios UNIDROIT en la práctica contractual transnacional y de resolución de conflictos, de manera que reflejan las diferentes formas en que los Principios UNIDROIT están siendo efectivamente previstos por las partes o aplicados por los jueces y los árbitros”, y se presentan como cláusulas modelo para las partes que deseen hacer referencia a dichos Principios en diferentes contextos tales como derecho aplicable al contrato, términos incorporados al contrato, herramientas de interpretación y complementación de la CIM cuando esta última es escogida por las partes, y como elemento de interpretación y complementación del derecho nacional aplicable, lo que incluye cualquier instrumento internacional de derecho uniforme incorporado en ese ordenamiento jurídico⁵⁰.
72. Las interpretaciones arbitrales y judiciales de los Principios UNIDROIT también sirven para promover su influencia. Muchas de esas decisiones judiciales y laudos arbitrales se encuentran recopiladas en la base de datos UNILEX⁵¹.
73. La técnica de redacción de los Principios UNIDROIT se vio influenciada por los “Restatements” elaborados por el American Law Institute (“ALI”), una organización de destacados juristas de Estados Unidos de América que organiza, reseña y reformula (restate, en inglés) las tendencias jurisprudenciales preponderantes en distintas áreas del derecho interno. Aunque revisten una apariencia similar a las normas de los códigos de las jurisdicciones el derecho civilista, en Estados Unidos estos Restatements no gozan de la misma condición jurídica⁵².
74. En lugar de la palabra “restatement”, o reformulación según su traducción al español, se adoptó el término “principios”, pretendiendo con ello connotar el carácter no estatal del instrumento. Es evidente que los redactores de los Principios UNIDROIT quisieron inmunizarlos de posibles connotaciones semánticas que los aproximarán a los sistemas preponderantes en el mundo del derecho civilista y del “common law”. Así, no lo refirieron como Código o Code, que denota sanción legislativa, ni como Restatement. Al utilizar la palabra “principios” hubo, pues, un evidente aprovechamiento de la vaguedad del término. Sin embargo, en puridad, la mayor parte de sus normas jurídicas son técnicamente reglas precisas, y no principios en un sentido más amplio y general.
75. Los Principios UNIDROIT procuran desempeñar una función fundamental en diversos contextos. Los legisladores pueden encontrar en ellos fuente de inspiración para reformas en materia contractual. De hecho, los Principios UNIDROIT han sido tenidos en cuenta en las

⁵⁰ Cláusulas modelo para el uso de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. <https://www.unidroit.org/other-languages-e/spanish>.

⁵¹ Véase un análisis del tema en la Parte cuarta del presente, Interpretación uniforme, y en el Apéndice, Bases de datos y fuentes electrónicas.

⁵² No obstante, aunque el propósito es describir normas adoptadas por órganos jurisdiccionales, en ocasiones presentan sugerencias que equivaldrían a cambios en la legislación.

tareas de revisión del Código Civil y Comercial argentino, de ley de obligaciones de Alemania, y del derecho de contratos en la República Popular de China y en países africanos, entre otros⁵³.

76. Las partes contratantes que pertenecen a diferentes regímenes jurídicos o hablan distintos idiomas pueden utilizar los Principios UNIDROIT como guía para la redacción de sus contratos, recurriendo a un cuerpo normativo neutral (algo así como una *lingua franca*). Esto puede hacerse de diversas formas. Así, los Principios pueden servir como fuente de terminología. Por ejemplo, en los sistemas de derecho civil se usan los términos “deudor” y “acreedor”, en tanto que en el “common law” se emplean las palabras “obligor” y “obligee”, utilizándose “debtor” y “creditor” solo cuando se trata de pagos de sumas de dinero. Con el propósito de subsanar ese desfase, el texto en inglés de los Principios UNIDROIT utiliza los términos “obligor” y “obligee” “con el fin de lograr una mejor identificación de la parte que cumple y la parte que recibe el cumplimiento de una obligación, independientemente de que se trate de obligaciones dinerarias o no dinerarias”⁵⁴. Además, los Principios UNIDROIT pueden servir como lista de verificación para que las partes se aseguren de haber incluido en sus contratos internacionales todas las disposiciones que pudieren ser relevantes.
77. Asimismo, las partes de contratos internacionales pueden recurrir directamente a los Principios de UNIDROIT como derecho aplicable. Puede combinarse la elección de los Principios UNIDROIT con la opción de un derecho nacional que cubra cuestiones complementarias, teniendo en cuenta que es posible que los Principios por sí solos no sean suficientes en todas las instancias y que puede ser preciso complementarlos con un régimen más amplio, como lo es generalmente el proporcionado por el derecho nacional. Pero también puede ocurrir a la inversa: los Principios pueden servir como “medio para interpretar y complementar el derecho nacional”. Los juzgadores, de contar con la facultad de hacerlo, podrían aplicar los Principios cuando las partes no hayan efectuado una elección del derecho aplicable en lugar de recurrir al mecanismo de conflicto de leyes.
78. Algunos doctrinarios sostienen que los Principios UNIDROIT constituyen un eje del debate sobre la *lex mercatoria*. Otros los consideran como una codificación de los principios generales y la *lex mercatoria*. Tal ha sido, en efecto, uno de los usos pretendidos por sus redactores, que concibieron a los Principios también para ser empleados cuando los jueces o árbitros son llamados a decidir de acuerdo a indefinidos “usos o costumbres internacionales” o “principios generales del comercio internacional”⁵⁵.
79. Los Principios UNIDROIT pueden proporcionar a los tribunales judiciales y arbitrales los criterios necesarios para interpretar y complementar instrumentos internacionales existentes, como la CIM, así como leyes internas tanto en el contexto nacional como internacional.

C. Unificación del derecho de los contratos en el marco del proceso de integración regional

80. Aproximadamente en la misma época, un grupo de académicos conocido como Comisión Internacional del Derecho Contractual Europeo, muchos de los cuales participaban también en la redacción de los Principios UNIDROIT, comenzó a trabajar en la elaboración de un instrumento de derecho uniforme. Si bien el grupo no tenía carácter gubernamental, incluía representantes de todos los Estados Miembros de la UE. Sus tareas generaron una obra que se conoce

⁵³ Véase: Estrella Faria, J.A., The influence of the UNIDROIT principles of international commercial contracts on national laws. (2016) 21 Uniform L. Rev. 238.

⁵⁴ Principios UNIDROIT, art. 1.11, comentario 3. <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2010-official-languages/spanish-integral>.

⁵⁵ La Parte sexta del presente, que versa sobre el derecho no estatal, presenta un análisis de la *lex mercatoria* y de los principios generales.

ampliamente con el nombre de Principios de Derecho Contractual Europeo (“PECL”, por sus siglas en inglés)⁵⁶. Diversas disposiciones de los PECL son idénticas o muy parecidas a las de los Principios UNIDROIT. Además de reglas, comentarios y ejemplos, los PECL contienen valiosas notas de derecho comparado europeo. Si bien en la actualidad los PECL han sido invocados por numerosos tribunales judiciales y arbitrales, aún no cuentan con el reconocimiento formal de la UE⁵⁷.

81. El instrumento de “soft law” denominado Proyecto de Marco Común de Referencia (“PMCR”) también fue el resultado de una iniciativa académica. La técnica de redacción de este instrumento es muy similar a la utilizada en los PECL⁵⁸. En 2008 el Parlamento Europeo acogió con beneplácito la presentación del PMCR y, si bien reconoció no era “sino un documento académico” con dirección a ser “un ejercicio de carácter eminentemente político”, señaló que el documento podría “variar desde un instrumento legislativo no vinculante hasta la base de un instrumento opcional en el derecho contractual europeo”⁵⁹.
82. Estas dos iniciativas, los PECL y el PMCR, pueden llevar a la futura elaboración de instrumentos adicionales, que podrían incluir la posibilidad de seleccionar los PECL como derecho aplicable, lo que no permite hoy día el Reglamento Roma I. El preámbulo del Reglamento Roma I reconoce la posibilidad de la incorporación por referencia y, si la [UE] aprobara normas de derecho sustantivo, la de seleccionar dichas normas⁶⁰.
83. Si efectuamos una comparación con las Américas, las acciones tendientes a un proceso de integración regional no han generado ninguna iniciativa de derecho uniforme, aunque se han realizado algunos trabajos⁶¹. Cabe mencionar el artículo 1 del Tratado de Asunción que dispone el establecimiento del Mercado Común del Sur (“MERCOSUR”), cuyo texto se enfoca en esta dirección, si bien a la fecha ese objetivo no se ha logrado⁶².

⁵⁶ <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018); cf. Ole Lando y Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*. Kluwer Law International, 2000.

⁵⁷ Véase el análisis de la cuestión en, Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo, Bruselas, 11.07.201. COM(2001) 398 Final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52001DC0398> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

⁵⁸ Von Bar, Clive, Schulte-Nölke et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008.

⁵⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo. Diario Oficial de la Unión Europea, C 295 E/91. 4.12.2009.

⁶⁰ Párrafos preambulares 13 y 14, respectivamente. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD); disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52011PC0635>.

⁶¹ Como ejemplos pueden citarse, entre otros, los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, una iniciativa en la que participan juristas de la región, alojada en la página web de la Universidad Externado de Colombia (véase: <http://pldc.uexternado.edu.co/>; fecha de consulta: 26 de agosto de 2018). Una de las recién llegadas al campo de la codificación es la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (“OHADAC”, por sus siglas en inglés), cuya labor en la elaboración de los Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales podría contribuir a lograr el apoyo de los países caribeños (véase: <http://www.ohadac.com/>; fecha de consulta: 26 de agosto de 2018).

⁶² Tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Mercado Común del Sur “MERCOSUR”), 2140 UNTS 257. El artículo 1 hace referencia al compromiso de los Estados Partes “de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

D. Iniciativas de armonización en el sector privado

84. La armonización no solo es impulsada por organismos de la esfera pública; existen muchas iniciativas del sector privado que contribuyen a ese fin.
85. También existe otro tipo de instrumento, conocido como *términos estandarizados*. Cabe notar que la CCI propone numerosos documentos normativos que pueden incorporarse a los contratos por referencia⁶³. A modo de ejemplo pueden citarse, entre otros, las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales o INCOTERMS⁶⁴ y las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios o RUU⁶⁵. Si bien estos instrumentos son muchas veces satisfactorios, y lo suficientemente neutrales en cuanto a su forma y sustancia, solo ofrecen una solución parcial debido a su alcance limitado. Además, presuponen la existencia de un marco regulatorio contractual más general. No obstante, muchos consideran que los INCOTERMS y las RUU son sumamente exitosos, en parte debido a que se trata de instrumentos especializados con un enfoque muy específico, y en parte porque la organización que los promulga cuenta con la facultad de modificarlos ante cambios en las circunstancias comerciales.
86. El *contrato estándar* constituye otra herramienta aceptada dentro de determinados círculos económicos. A modo de ejemplo pueden señalarse la publicación Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (1987) elaboradas bajo el auspicio de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (“FIDIC”, por sus siglas en inglés), conocida comúnmente como “Contrato FIDIC”⁶⁶. Otro ejemplo son los formularios estándar internacionales de la Asociación de Comercio de Granos y Piensos (“GAFTA”, por sus siglas en inglés) ampliamente utilizados en el comercio transnacional de productos agrícolas. En el ámbito financiero se destaca internacionalmente la utilización del contrato denominado Global Master Repurchase Agreement, publicado por la International Capital Market Association, al igual que el ISDA Master Agreement for Derivative Contracts, publicado por la International Swaps and Derivatives Association.
87. Las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales también elaboran contratos modelo, tales como el Contrato Modelo para la Compraventa Comercial Internacional de Mercaderías preparado por el Centro de Comercio Internacional⁶⁷.
88. Los contratos estándar pueden presentar problemas dentro de un marco general de derecho contractual. Puesto que se encuentran predominantemente elaborados por o dirigidos a entidades empresariales que operan en los más importantes centros comerciales mundo, pueden tener una utilidad limitada en otras aplicaciones. Asimismo, en la mayoría de los casos su contenido es de formulación y en beneficio unilateral, además de que su redacción se encuentra inevitablemente influenciada por conceptos jurídicos de los respectivos países de origen.

⁶³ Para obtener información sobre la CCI, véase la nota 26, *supra*. <https://iccwbo.org/about-us/> (Fecha de consulta: 22 de agosto de 2018).

⁶⁴ Para obtener información sobre INCOTERMS, véase:

<https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-2010/>.

⁶⁵ Para obtener información sobre las RUU, véase:

<http://store.iccwbo.org/icc-uniform-customs-and-practice-for-documentary-credits>.

⁶⁶ Véase: <http://fidic.org/> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

⁶⁷ Centro de Comercio Internacional, Ginebra, 2010. Contratos Modelo para la Pequeña Empresa. Guía legal para hacer negocios internacionales. Capítulo 3. Compraventa comercial internacional de mercaderías, http://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Exporters/Exporting_Better/Templates_of_contracts/Cap%C3%ADtulo%203%20-%20Compraventa%20Comercial%20Internacional%20de%20Mercader%C3%ADas.pdf (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

89. También se hallan disponibles diversos “códigos de conducta” formulados por entidades privadas o por organismos intergubernamentales, que constituyen recopilaciones de normas sobre temas y sectores industriales específicos. Se caracterizan por su flexibilidad, por el cumplimiento voluntario de sus postulados y por la autorregulación, al margen de las normativas estatales. Como ejemplo puede citarse el Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo, también elaborado por la CCI⁶⁸. Un ejemplo de la organización Factors Chain International es su Code of International Factoring Customs⁶⁹.
90. Los gremios de abogados, como la International Bar Association (“IBA”), la American Bar Association (“ABA”) y la Unión Internacional de Abogados (“UIA”) también formulan “reglas privadas de ‘soft law’”. Como ejemplo pueden citarse las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, utilizadas mundialmente⁷⁰.
91. Otras organizaciones no gubernamentales, como el American Law Institute, el Instituto Europeo de Derecho, el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (“EGPIL/GEDIP”) y la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (“ASADIP”), junto con la comunidad académica, han colaborado en diversos emprendimientos codificadores realizados por la CNUDMI, el UNIDROIT, la Conferencia de La Haya y la OEA. Algunos incluso han planteado sus propias propuestas de “soft law”, como los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (“Transjus”) ⁷¹.

E. Textos arbitrales y derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales

92. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York de 1958”) se elaboró en el marco de las Naciones Unidas, y hoy día cuenta con ciento cincuenta y nueve Estados parte en los cinco continentes⁷². Aunque el instrumento precede a la creación de la CNUDMI, actualmente entra en la órbita de actuación del grupo que se encuentra trabajando cuestiones de arbitraje internacional dentro de dicha Comisión. Si bien la Convención de Nueva York de 1958 no trata directamente el tema del derecho aplicable a los contratos internacionales sometidos a arbitraje, reconoce la elección por las partes de las normas que rigen la validez de la cláusula arbitral, así como aquellas que regulan el procedimiento arbitral. Dispone asimismo que en ausencia de elección de derecho por las partes, el derecho de la sede del arbitraje constituirá el “derecho del arbitraje”.
93. Además, la CNUDMI ha publicado la Guía de la Secretaría relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (2016), así como una Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del

⁶⁸ Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo de la CCI. Edition 2018. Disponible en: <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/10/icc-advertising-and-marketing-communications-code-spa.pdf> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

⁶⁹ Sommer, H.J., Factoring, International Factoring Networks and the FCI Code of International Factoring, en (1998) 3 Uniform L. Rev. 685-691. <https://doi.org/10.1093/ulr/3.2-3.685>; <https://fci.nl/en/solutions/factoring/model-law-for-factoring>.

⁷⁰ International Bar Association, Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, edición 2010. <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=3599492E-8BC6-4E3D-A205-B86B69A42593> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

⁷¹ Texto aprobado por la Asamblea de la ASADIP en Buenos Aires el 12 de noviembre de 2016. http://www.asadip.org/v2/?page_id=231.

⁷² Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Suscrita el 10 de junio de 1958, entró en vigor el 7 de junio de 1959. 330 UNTS 3. Para información sobre su situación actual véase: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

artículo VII [de dicha convención]⁷³. Estos instrumentos de “soft law” resultan de utilidad para la interpretación y complementación de la Convención de Nueva York de 1958.

94. La Ley Modelo de la CNUDMI (1985), con las enmiendas aprobadas en 2006, tuvo como inspiración la Convención de Nueva York de 1958. Establece un régimen regulatorio para las distintas etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. En 2006 se le hicieron enmiendas para flexibilizar los requisitos formales del acuerdo arbitral en materia de medidas provisionales o cautelares. La nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI constituye una herramienta útil para la interpretación y complementación de la mencionada Ley Modelo.
95. A diferencia de la Convención de Nueva York de 1958, la Ley Modelo de la CNUDMI trata específicamente el tema del derecho sustantivo aplicable a los contratos sometidos a arbitraje. El artículo 28 respalda el principio de autonomía de la voluntad en cuanto a “las normas de derecho elegidas por las partes” incluida “toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado”. También aborda situaciones en las que no se ha seleccionado el derecho aplicable, además de incluir una declaración general relativa a la necesidad de que los árbitros apliquen las estipulaciones del contrato y tengan en cuenta, en todos los casos, los usos correspondientes.
96. La Convención de Nueva York de 1958 cuenta con la ratificación o adhesión de casi todos los Estados de las Américas⁷⁴, en tanto que la Ley modelo de la CNUDMI ha promovido la armonización al constituirse en fuente de inspiración de reformas legales en todo el continente⁷⁵. Mediante la creación de un marco jurídico común la CNUDMI ha alentado a varios Estados a incorporar estas disposiciones modelo a sus derechos nacionales, además de modernizar la práctica arbitral según estándares internacionales. Esta iniciativa ha contribuido significativamente al fomento de la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad en la región y al reconocimiento de la utilidad de los instrumentos transnacionales de derecho uniforme para los contratos comerciales internacionales.

3.0 Se alienta a los legisladores a que en todo proceso de revisión de sus regímenes jurídicos nacionales en materia de derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales y de normas conflictualistas en general, consideren los avances efectuados en el método de derecho uniforme y la utilización de los instrumentos de derecho uniforme, junto con las normas sobre conflicto de leyes, como elementos suplementarios y complementarios en la aplicación e interpretación del derecho internacional privado.

⁷³ Para documentos arbitrales de la CNUDMI, véase:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration.html.

⁷⁴ Las excepciones son Belize, Granada, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y Suriname.

⁷⁵ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Para información sobre la situación actual de la Ley Modelo, véase:

https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018). Según la página web, los siguientes Estados Miembros de la OEA han aprobado legislación basada en la Ley Modelo: Canadá (a nivel federal, así como en todas las provincias y territorios), Chile, Costa Rica, Estados Unidos (solamente en ciertos estados), Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Venezuela. Argentina también ha impulsado nueva legislación (Ley de Arbitraje Comerical Internacional, sancionada el 26 de julio de 2018). Aparentemente Uruguay también ha aprobado normas legales para adopción de la Ley Modelo. <http://ciarglobal.com/uruguay-aprobado-por-el-senado-el-proyecto-de-ley-de-arbitraje-comercial-internacional/> (Fecha de consulta: 27 de agosto de 2018).

PARTE CUARTA

INTERPRETACIÓN UNIFORME

I. Textos conflictualistas y de derecho uniforme

97. Se necesita una gran cantidad de recursos y esfuerzos considerables para la elaboración de textos armonizados en materia de conflicto de leyes y derecho uniforme. Sin embargo, no resulta suficiente que las disposiciones nacionales e internacionales sean similares. El objetivo de la armonización mediante instrumentos internacionales podría verse frustrado si las disposiciones no se interpretan desde una perspectiva comparativa, sino únicamente desde un ángulo nacional.
98. A fin de abordar este desafío, en los últimos años ha aumentado la práctica de insertar en instrumentos de derecho uniforme indicaciones para instar al juez a tener en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover su aplicación uniforme. Tal es, por ejemplo, la fórmula que recoge el artículo 7.1 de la CIM, que dispone: “[e]n la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”. Esta norma inspiró, a su vez, el artículo 1.6 de los Principios UNIDROIT, que presenta un texto similar.
99. Diversos instrumentos de índole conflictual también aluden a la necesidad de que se tengan en cuenta su carácter internacional y el deseo de lograr su uniformidad interpretativa. Un ejemplo lo constituye el artículo 18 del Convenio de Roma. Aunque Reglamento Roma I no contiene tal disposición, puesto que se trata de un reglamento, su interpretación uniforme es obligatoria, conforme lo dispuesto en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”). Esta es una diferencia importante respecto de la interpretación uniforme en otras regiones. En este sentido el Tribunal de Justicia de la UE contribuye a una interpretación uniforme del Reglamento Roma I mediante las denominadas “cuestiones prejudiciales” que se efectúan a pedido de un órgano judicial de un Estado Miembro de la UE.
100. Se expresa en el preámbulo de la Convención de México el deseo “de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado”, además de la “conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional” y que, atendiendo la necesidad de estimular la interdependencia económica y la integración regional, “es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico”.
101. Estos objetivos expresados en dichas declaraciones preambulares se pueden hacer realidad en los Estados de las Américas que decidan ratificar dicha convención o, en su defecto, que incorporen en su legislación interna las soluciones que ella propone. No obstante, no basta con estos actos formales de adopción. Es necesario, además, que exista una interpretación uniforme de las normas formalmente aprobadas. En ese sentido, y a modo de orientación, el texto del artículo 4 de la Convención de México, dispone lo siguiente: “Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación”.
102. Debido a la característica de “soft law” de los Principios de La Haya, y aunque no contienen una norma análoga a la de la Convención de México, evidentemente subyace en todo el documento un objetivo armonizador, al contener normas que pueden ser adoptadas por las partes en distintos lugares del mundo en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Por lo demás, los Principios de La Haya señalan en los párrafos 2, 3 y 4 de su preámbulo que “...pueden servir de modelo para elaborar instrumentos nacionales, regionales, supranacionales o internacionales”, que “pueden utilizarse para interpretar, complementar y elaborar normas de

derecho internacional privado” y que “pueden ser aplicados tribunales judiciales y por tribunales arbitrales”. Se prevé que el uso generalizado de dichos Principios conducirá a la uniformidad en la interpretación de acuerdo con sus reglas. Puesto que la palabra “elaborar” usada en los Principios de La Haya no se encuentra en otros textos, como en la CIM (artículo 7.1), la Ley Modelo de la CNUDMI (artículo 2.A.1) o en la Convención de México (artículo 4), su uso sugiere un posible impacto de los Principios de La Haya respecto de normas nacionales arcaicas e imprevisibles de derecho internacional privado, afirmación ésta que podría considerarse “revolucionaria”.

103. La recopilación y difusión de decisiones judiciales y arbitrales también facilita la interpretación uniforme de textos internacionales⁷⁶.

II. Legislación nacional

104. En general, la cuestión de la interpretación uniforme no se aborda expresamente en las legislaciones nacionales de derecho internacional privado. No obstante, en Venezuela se reconoce el artículo 4 de la Convención de México como un principio de derecho internacional privado generalmente aceptado, lo que también ha sido reproducido en la legislación interna de dicho país en materia de derecho internacional privado. En Argentina, el artículo 2595 del nuevo Código Civil y Comercial hace referencia al “diálogo entre fuentes”, lo que implica un esfuerzo en derecho comparado.
105. Los legisladores pueden reconocer e impulsar el objetivo de la armonización, ya sea mediante la inclusión de textos preambulares o con la aprobación de una norma expresa a esos efectos. La ley paraguaya constituye un ejemplo del primer método, puesto que en su “Exposición de motivos” indica expresamente que el texto final de los Principios de La Haya “fue reproducido casi en su totalidad por la ley”. Un ejemplo del segundo método sería la introducción de textos consonantes con el artículo 4 de la Convención de México, como una disposición similar al artículo 2A de la Ley Modelo de la CNUDMI, con las enmiendas aprobadas en 2006, que prevé lo siguiente: “1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley”.

4.1 Se alienta a los legisladores a que en todo proceso de revisión de sus regímenes jurídicos nacionales en materia de derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales y de normas conflictualistas en general, consideren el objetivo general de unificación y armonización del derecho en el marco del proceso de integración regional.

4.2 Se alienta a los juzgadores, tanto del ámbito público del poder judicial como en el privado del arbitraje, a que consideren las ventajas de la interpretación uniforme en los instrumentos jurídicos internacionales utilizados en el arreglo de controversias relativas a contratos comerciales internacionales, y a que tengan en cuenta el desarrollo y difusión de la jurisprudencia internacional en este sentido.

4.3 Las partes contratantes y sus asesores deberían mantenerse informados de los avances en materia de interpretación uniforme que puedan ser aplicables a sus contratos internacionales.

4.4 Las partes contratantes y sus asesores deberían tener en cuenta que los instrumentos aplicables a su caso específico pueden ofrecer una solución distinta a la recomendada en la presente Guía, y que es posible que en algunas jurisdicciones los juzgadores no se atengan a la interpretación liberal sugerida.

⁷⁶ En el apéndice Bases de datos y fuentes electrónicas se presenta un análisis de las bases de datos en línea.

PARTE QUINTA

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA GUÍA

I. Derecho aplicable⁷⁷

106. Uno de los temas centrales en toda transacción privada transfronteriza es el derecho de fondo o sustantivo que se le aplicará. El ámbito de aplicación de esta Guía se extiende tanto a los contratos comerciales internacionales en los cuales las partes han elegido el derecho aplicable como a aquellos en los cuales no lo han hecho (o su elección ha resultado ineficaz). Eso concuerda con el ámbito de aplicación de la Convención de México, donde se abordan ambas situaciones, a diferencia de los Principios de La Haya, donde el ámbito de aplicación se limita a los casos en que se ha elegido el derecho aplicable.
107. La elección de foro (o la “cláusula de elección de foro”), que es diferente de la selección del derecho aplicable al contrato, no está comprendida en el ámbito de aplicación de esta Guía. En la esfera del arbitraje, la elección de foro se aborda en la Convención de Nueva York. En controversias que se resuelven por la vía judicial, el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro⁷⁸ de La Haya puede proporcionar orientación.

II. El “contrato” en el derecho comparado

108. La noción de “contrato” no es uniforme en todo el mundo. Sin embargo, pese a las diferencias conceptuales entre distintos tipos de derecho sustantivo, en el contexto de las normas de conflicto de leyes se usa siempre el concepto de “contrato” (u “obligaciones contractuales”), que por lo general se refiere a un arreglo voluntario entre dos o más partes cuyo cumplimiento puede exigirse por ley por tratarse de un acuerdo jurídico vinculante (o una obligación jurídica vinculante).
109. Ciertas relaciones que generarían responsabilidades contractuales en algunos regímenes jurídicos caerían en la órbita extracontractual en otros. Eso es lo que sucede, por ejemplo, con el transporte gratuito de personas. En algunos ordenamientos jurídicos, la responsabilidad del conductor por la seguridad de los pasajeros es un deber extracontractual, mientras que en otros constituye una obligación contractual. Otro ejemplo es el de los instrumentos de uso común en el comercio exterior, como las letras de cambio y las promesas unilaterales, que se consideran de carácter contractual en algunos Estados, como Estados Unidos, pero no en otros. Asimismo, en algunos ordenamientos jurídicos, la responsabilidad en ciertas cuestiones como estas puede ser contractual y extracontractual al mismo tiempo.
110. El concepto de “contrato” es una cuestión no solo académica, sino eminentemente práctica, ya que de ella depende la determinación de los supuestos comprendidos o no en las disposiciones jurídicas relativas a los contratos internacionales. Este problema puede abordarse de dos formas. Con el método conflictualista tradicional, la solución se encuentra en el derecho interno

⁷⁷ En la versión en español de la Convención de México se usa la expresión “derecho aplicable”, en vez de “ley aplicable”, que es una traducción literal de la expresión en inglés “applicable law”. En inglés, “law” es un término más amplio que “ley”, ya que, además de leyes, abarca los precedentes judiciales, la costumbre y otras manifestaciones del derecho. Cuando se trató este tema en la Secretaría de la Conferencia de La Haya y se propuso una traducción extraoficial de los Principios de La Haya, se llegó a la conclusión de que la expresión “ley aplicable” estaba más difundida en España, mientras que en la mayoría de los demás países hispanohablantes era más común la expresión “derecho aplicable”.

⁷⁸ Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro (30 de junio de 2005). Texto disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/4ddb0a2b-327d-47c3-89f1-bc15679ffc99.pdf>.

aplicable. Sin embargo, este método presenta inconvenientes insalvables cuando el resultado es incompatible.

111. El otro método consiste en buscar una solución en el derecho uniforme. Aunque los Principios UNIDROIT no proporcionan una guía al respecto, en el artículo 1:107 de los PECL se señala que estos principios se aplican por analogía a los acuerdos de modificación o extinción de contratos, a las promesas unilaterales y a cualesquiera otras declaraciones y actos que demuestren intención. Ni el Convenio de Roma ni el Reglamento Roma I resultan claros al respecto⁷⁹.
112. Eso se debe en parte a que las donaciones se consideran como contratos en los Estados de derecho civil, pero no en los países del “common law”. No obstante, en el derecho estadounidense, una promesa puede generar obligaciones si se ha confiado en la promesa de donación en ciertas circunstancias y con consecuencias excepcionales⁸⁰. El Convenio de Roma incluye a las donaciones que no se den dentro del ámbito del derecho de familia, según se lee en su comentario oficial.
113. Durante las negociaciones de la Convención de México se acordó que el término “contratos internacionales” incorporaba el concepto de “declaraciones unilaterales de voluntad”⁸¹. Sin embargo, en el artículo 5 del texto final no están incluidos los actos unilaterales, como los títulos de crédito. Tampoco se incluyen los contratos que no sean comerciales, como las donaciones, puesto que en el texto interamericano se abordan solamente los de índole comercial⁸².

⁷⁹ Por ejemplo, ambos instrumentos excluyen las letras de cambio, los cheques y los pagarés. También excluyen los instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones emanadas de ellos deriven de su carácter negociable, lo cual se determina según el derecho del foro. Sin embargo, pueden tomarse en consideración al interpretar la voluntad tácita o implícita de las partes a fin de determinar el derecho aplicable (artículo 1(2)(d) del Reglamento Roma I y artículo 1(2)(c) del Convenio de Roma). El comentario oficial señala también que están cubiertos por el Convenio de Roma la oferta, aceptación, promesa de contrato, notificación de fin de contrato, cancelación de deuda, denuncia y declaración de terminación. No ocurre lo mismo con el compromiso unilateral que no está relacionado con un contrato, como el reconocimiento de deuda extracontractual o el acto unilateral de constitución, transferencia o extinción de derecho real. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) ha señalado que “el concepto de ‘materia contractual’, que figura en el artículo 5, número 1, del Convenio, no puede entenderse referido a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a otras” (en lo que concierne al criterio de jurisdicción en materias contractuales enunciado en el Reg. 44/2001); *Frahul SA contra Assitalia SpA*, TJUE, 5 de febrero de 2004, Asunto C-265/02, en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CJ0265&from=ES>). Asimismo, el TJUE ha señalado que hay “una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra” (*Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, TJUE, 20 de enero de 2005, Asunto C-27/02, en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002CJ0027:ES:HTML>).

La relación subyacente con la promesa en una letra de cambio puede ser de origen contractual, pero no debe confundirse el derecho aplicable a un instrumento negociable con el derecho aplicable al contrato subyacente. La distinción entre los aspectos contractuales y negociables de una relación jurídica se usa para ilustrar la exclusión efectuada en el artículo 1(2)(b) del Reglamento Roma I con el fin de reconocer la diferencia entre los aspectos negociables de las obligaciones plasmadas en una letra de cambio, un cheque o un pagaré (que no se rigen por el Reglamento Roma I) y los aspectos contractuales (que sí se rigen por dicho reglamento).

⁸⁰ Doctrina conocida como *promissory estoppel* (doctrina de los actos propios), que se explica en la sección 90 de Restatement (Second) of Contracts (segunda recopilación de leyes contractuales comentadas).

⁸¹ Informe de la Reunión de Expertos, nota 19 *supra*.

⁸² Estas exclusiones, entre otras, se analizan en el apartado V.

III. Contrato “comercial” internacional

114. El ámbito de aplicación de esta Guía se limita a los contratos “comerciales” internacionales. Aunque en algunos ordenamientos jurídicos se hace una distinción entre actividades “civiles” y “comerciales”, la intención de esta Guía no es esa, sino excluir los “contratos de consumo”, que suelen estar supeditados a normas imperativas en el ámbito de las leyes de protección de los consumidores, y los “contratos de empleo”, que generalmente se encuadran en normas especiales de las leyes laborales.

IV. Contrato comercial “internacional”

A. Antecedentes

115. Las dificultades para determinar si un contrato es internacional se han abordado de distintas maneras. (1) Un enfoque toma en cuenta si las partes contratantes residen habitualmente o están domiciliadas o establecidas en Estados diferentes⁸³. (2) Otro se centra en el traslado de mercaderías de un Estado a otro en los casos en que la oferta y la aceptación se efectúan en dos Estados diferentes o en que el contrato se celebra en un Estado y se ejecuta en otro. (3) Una postura más amplia considera que la existencia de cualquier elemento extranjero internacionaliza el contrato. También hay criterios mixtos, como los que se siguen en la Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías⁸⁴.
116. En instrumentos normativos recientes tanto en materia de contratos comerciales internacionales como de arbitraje internacional, la palabra “internacional” se usa en un sentido muy amplio. En general, basta que las partes estén establecidas o tengan su residencia en jurisdicciones diferentes o que el lugar de cumplimiento o el objeto del contrato esté situado fuera del Estado donde las partes estén asentadas (pero véase más adelante el análisis de la palabra “establecimiento”). Solo suelen excluirse de la categoría de internacional, aquellas vinculaciones en que todos los elementos relevantes estén conectados con un solo Estado. En los Principios de La Haya se adopta un enfoque similar, que se expone más adelante.
117. Este tema no se aborda ni en los Tratados de Montevideo ni en el Código Bustamante. Tampoco se aborda de manera directa en el Convenio de Roma ni en el Reglamento Roma I; en ambos instrumentos, en el artículo 1(1), se hace referencia simplemente a obligaciones contractuales en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes.

B. Convención de México

118. El instrumento interamericano señala expresamente que un “contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte” (artículo 1, párrafo 2). La Convención de México ofrece, pues, dos enfoques alternativos: uno relativo al lugar de residencia o establecimiento de las “partes” y otro centrado en el “contrato” en sí y sus “contactos objetivos” con más de un Estado. Dado que esas dos posibilidades están ligadas por la conjunción disyuntiva “o”, se considera que el contrato es “internacional” si puede satisfacerse cualquiera de las condiciones. La definición incluye tres expresiones que se examinan en los párrafos siguientes.

⁸³ Artículo 4, Reglamento Roma I, nota 13 *supra*.

⁸⁴ Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías. Celebrada el 1 de julio de 1964; entró en vigor el 18 de agosto de 1972. 834 UNTS 107. Disponible en: <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>. Disponible solamente en inglés y francés.

1. “Residencia habitual”

119. En la Convención de México se usa la expresión “residencia habitual” en vez de otras expresiones que han suscitado controversias en materia de contratación internacional. Uno de los términos problemáticos es “domicilio”, que en algunos sistemas requiere un *animus* o intención de establecerse en el lugar además de la habitualidad de la residencia.
120. En la Convención de México no se abordan situaciones particulares, como otra residencia en un Estado diferente o el cambio de residencia después de la celebración de un contrato⁸⁵. Los Principios de La Haya aluden expresamente a este tema; el artículo 12 dispone que el establecimiento relevante “es aquel que tiene la relación más estrecha con el contrato en el momento de su celebración”.

2. “Establecimiento”

121. Para las personas jurídicas, en la Convención de México se usa la palabra “establecimiento”, pero no se aclara si se refiere al establecimiento “principal”. La traducción al inglés del artículo 1 es criticada porque se usa *establishment*, un calco de “establecimiento”, en vez de “principal place of business”, el concepto conocido por lo general en el ordenamiento jurídico de los países anglohablantes, que se usa en el artículo 12.
122. La dificultad para encontrar un término apropiado surge de las diferencias entre las tradiciones jurídicas. Es un debate que se ha planteado en diferentes foros desde hace tiempo y durante la elaboración de diversos instrumentos internacionales. En algunos ordenamientos jurídicos, por razones particulares, como la optimización impositiva, podría elegirse el lugar donde está constituida una empresa. En esos casos, el lugar donde se haya constituido la empresa podría considerarse como el “establecimiento” comercial aunque no corresponda necesariamente al establecimiento “principal”.
123. Según el informe de la reunión de Tucson, que precedió a la CIDIP-V y a la adopción de la Convención de México, se solicitó que se hiciera referencia en el texto a las situaciones en las cuales una parte tuviera establecimientos comerciales en más de un Estado, en cuyo caso la internacionalización del contrato se determinaría sobre la base del establecimiento que tuviera una relación más estrecha con la obligación contractual cuyo derecho aplicable se buscaba determinar⁸⁶. Sin embargo, esta propuesta no se incorporó en el texto final.
124. Veinte años más tarde, la propuesta fue refrendada expresamente en el artículo 12 de los Principios de La Haya (véase el análisis más adelante) y podría servir de auxilio interpretativo o de modelo para los legisladores ante el silencio del instrumento interamericano sobre este punto.

3. “Contactos objetivos” y “conexión más cercana”

125. En la Convención de México se señala que un contrato es internacional “si [...] tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte” (artículo 1, párrafo 2). Aquí también se presentan problemas de lenguaje porque en inglés se usó “objective ties”, una traducción literal de la expresión “contactos objetivos”. Según se ha sugerido, debería haberse empleado la expresión “conexión más cercana” (*closer/closest connection*) para mantener la congruencia con la terminología utilizada en inglés en otros instrumentos internacionales (por ejemplo, el Convenio

⁸⁵ Sin embargo, estos asuntos pueden resolverse recurriendo a otros instrumentos. Por ejemplo, en el Reglamento Roma I se usa la expresión “residencia habitual” tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas y se señala que lo importante es “el momento de la celebración del contrato” (artículo 19, párrafo 3). En cuanto a la residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional, es “el lugar del establecimiento principal de dicha persona” (artículo 19, párrafo 1).

⁸⁶ Informe de la Reunión de Expertos, nota 19 *supra*.

de Roma). Existen contactos objetivos cuando el contrato se celebra (se firma) en una jurisdicción y se cumple en otra o cuando las mercaderías están situadas en jurisdicciones diferentes.

C. Principios de La Haya

126. De acuerdo con este instrumento, “un contrato es internacional salvo si las partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado y la relación entre las partes y los demás elementos relevantes, independientemente del Derecho aplicable elegido, está vinculada únicamente con dicho Estado” (artículo 1, párrafo 2).
127. Por consiguiente, en los Principios de La Haya se adopta el enfoque opuesto al de la Convención de México: se considera que un contrato es internacional *salvo* que se cumplan las disposiciones estipuladas, mientras que, de acuerdo con la Convención de México, el contrato es internacional *si* se cumplen las disposiciones estipuladas. Aunque las definiciones y el enfoque son opuestos, el resultado es el mismo (o debería serlo).
128. Aunque en los Principios de La Haya también se usa “establecimiento”, en el comentario 12.3 que le acompaña (“Comentario relativo a los Principios de La Haya”) se aclara que el término se refiere a toda ubicación “en la que la presencia de la parte no sea meramente efímera” y que comprende “centros principales y secundarios de actividad, sucursales, agencias u otros emplazamientos constantes o continuados. Para tener la consideración de establecimiento se requiere la presencia física de la parte, con un grado mínimo de organización económica y permanencia en el tiempo, por lo que el domicilio social de una empresa no entra, por sí, en este concepto”. En este mismo comentario (12.3) se aclara asimismo que tampoco se considerará que una parte con establecimiento principal en un Estado y actividades comerciales en otro desarrolladas exclusivamente por medio de Internet esté establecida también en este último lugar.
129. Como se explica en el comentario 12.4, en los Principios de La Haya no se usa la expresión “residencia habitual” para referirse a personas físicas en su esfera de actividad, especialmente los consumidores y los empleados. En lo que concierne a las personas físicas que realizan actividades comerciales o profesionales, el criterio para fijar el establecimiento es el mismo que se aplica a las personas jurídicas.
130. Tal como fuera referido previamente, los Principios de La Haya disponen lo siguiente: “En el caso de que una parte tenga más de un establecimiento, el establecimiento relevante a los efectos de estos Principios es aquel que tiene la relación más estrecha con el contrato en el momento de su celebración” (artículo 12). Esta disposición se aplica tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas y concuerda con la solución del artículo 10(a) de la CIM.
131. Asimismo, una empresa se establece *en el momento de la celebración del contrato*. Según el Comentario relativo a los Principios de La Haya, esto respeta las expectativas legítimas de las partes y ofrece seguridad jurídica.

D. Importancia de la elección efectuada por las partes para la internacionalidad

132. Subsiste la incertidumbre con respecto al efecto de la elección del derecho por las partes en la determinación de la internacionalidad del contrato. En los trabajos preliminares para la Convención de México se descartó la idea de que tal elección pudiera por sí sola determinar la “internacionalidad”⁸⁷. Sin embargo, el texto final de la Convención de México ha suscitado

⁸⁷ Informe de la Reunión de Expertos, nota 19 *supra*. La propuesta original seguía el enfoque europeo, según el cual todo contrato en el cual hubiera un conflicto de leyes era internacional, que fue rechazado en la reunión de

dudas al respecto. Existen opiniones de expertos según las cuales la sola voluntad de partes basta para internacionalizar el contrato. Otros entienden que la alusión del artículo 1(2) a “contactos objetivos” con más de un Estado Parte fue hecha a fin de evitar que la sola voluntad de las partes pudiera volver “internacional” un acuerdo.

133. En el Comentario relativo a los Principios de La Haya se explica que la definición negativa del artículo 1(2) excluye solo las situaciones estrictamente nacionales, a fin de dar la interpretación más amplia posible al término “internacional”. Sin embargo, se agrega que “la elección que realicen las partes del Derecho aplicable no es un elemento relevante para determinar el carácter internacional” y que “las partes no pueden conferir carácter internacional al contrato simplemente eligiendo un derecho aplicable extranjero”. En cambio, en el Reglamento Roma I se permite la internacionalización de un contrato por la sola voluntad de las partes. Sin embargo, ello no podrá afectar la aplicación del orden público del país donde estén todos los elementos relevantes del contrato (artículo 3, párrafo 3). Esta solución tiene sentido porque respeta ambos principios: el de la autonomía de la voluntad y el del orden público, dando mayor peso al primero pero también reconociendo el límite impuesto por el último.
134. Un enfoque fundamental para determinar si un contrato es “internacional” consistiría en adoptar el criterio expuesto en el comentario 1 al preámbulo de los Principios UNIDROIT. Si bien no se define allí el término “internacional”, en el comentario se señala que debe interpretarse de la manera más amplia posible. Asimismo, esta interpretación debe efectuarse de manera tal que, en última instancia, excluya solamente las situaciones que no impliquen ningún elemento internacional, es decir, aquellas en las cuales todos los elementos pertinentes del contrato en cuestión estén conectados con un solo país. Este enfoque, que es compatible con el adoptado en los Principios de La Haya, parece estar difundiéndose, como se observa también en el análisis que figura más adelante de las leyes nacionales y los arbitrajes comerciales.
135. Cuando no hay ningún elemento internacional, no hay una justificación de la autonomía de la voluntad con respecto a contratos nacionales (porque no hay incertidumbre con respecto al derecho interno aplicable ni necesidad de un tercer derecho neutral). El enfoque del Reglamento Roma I (y de Quebec, por ejemplo) consiste en designar un derecho extranjero, pero básicamente solo para asuntos no obligatorios.

E. La internacionalidad en la legislación nacional

136. En el nuevo Código Civil y Comercial argentino, que está en vigor desde agosto de 2015, no se definen los contratos internacionales en las disposiciones de derecho internacional privado. En la jurisprudencia anterior al Código nuevo se consideraba que era un contrato internacional aquel “donde su sinalagma funcional [...] pone en contacto dos o más mercados nacionales o donde existe una conexión real de celebración o de cumplimiento en el extranjero”⁸⁸ y que “un contrato es nacional cuando todos sus elementos tienen contacto con un ordenamiento jurídico determinado, mientras que para nuestro derecho internacional privado de fuente interna, un

expertos de Tucson: la elección del derecho aplicable no bastaba para internacionalizar un contrato, sino que debía tener “contactos objetivos” con más de un Estado. (Véase también CJI/SO/II/doc.6/91).

⁸⁸ Aquí, el tribunal cita a Boggiano, autor de *Derecho Internacional Privado* (1978), pp. 471 y 517, en *Sagemüller, Francisco c. Sagemüller de Hinz, Liesse y otro*. Sala II de la Cámara 2a. en lo Civil y Comercial de Paraná (Entre Ríos), 10 de agosto de 1988, citado en *Fallos DIPr, Jurisprudencia Argentina de Derecho Internacional Privado*, 18 de mayo de 2007. <http://fallos.diprargentina.com/2007/05/sagemller-c-sagemller-de-hinz.html> (Fecha de consulta: 29 de enero de 2019). El caso se refería a la venta de acciones de una empresa constituida en Argentina sobre la base de un contrato de venta firmado en Alemania, con el pago efectuado en Suiza.

contrato es internacional cuando el lugar de celebración y el lugar de cumplimiento se encuentran en Estados diferentes”⁸⁹.

137. Análogamente, en las leyes brasileñas pertinentes no hay una definición general de contratos internacionales, excepto por la CIM. La jurisprudencia sobre el tema es vacilante.
138. En la legislación chilena se adopta un criterio más restrictivo de internacionalidad. Una interpretación literal de los artículos 16 de su Código Civil y 113 de su Código de Comercio llevaría a que el contrato se considerara internacional [solo] cuando se hubiera celebrado en otro país y dispusiera que se cumpliera en Chile. Por analogía, un contrato celebrado en un país para ser ejecutado en otro también sería internacional, incluso en ausencia de una definición de internacionalidad en el contrato. Sin embargo, el Poder Judicial ha optado por una interpretación más amplia. Según las sentencias recientes de tribunales chilenos, un contrato también sería internacional si se celebrara entre partes que estuvieran domiciliadas o tuvieran establecimientos en distintos Estados⁹⁰ o “en el cual las partes son de distinta nacionalidad y la mercadería transitará entre dos Estados”⁹¹.
139. El nuevo Código Panameño de Derecho Internacional Privado (2015) recurre a criterios económicos para determinar la internacionalidad de un contrato.
140. Paraguay adoptó la fórmula de los Principios UNIDROIT. En el artículo 2 de su ley sobre contratos internacionales se prevé que “la aplicabilidad de esta ley a los contratos internacionales será interpretada de la manera más amplia posible, y solamente quedarán excluidos aquellos en los que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado”. En vista de la amplitud de este lenguaje, cabe preguntarse si la sola voluntad de las partes basta para “internacionalizar” el contrato. Aunque eso parecería estar permitido en la ley, de no existir otros elementos internacionales se usa el orden público para evaluar eventuales límites a la voluntad, de modo que, en esos casos, se considera que el contrato es nacional.
141. La Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela establece en su artículo 1, además del sistema de fuentes, el ámbito de aplicación, el cual estará limitado a los “supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros”. La ley no califica el tipo de contactos que la relación pueda tener con sistemas foráneos, por lo que un sector doctrinario ha entendido que cualquier elemento de extranjería presente en la misma es suficiente para que se considere que un contrato es internacional, incluida la nacionalidad de las partes. También se ha aceptado un criterio económico: en una sentencia de 1997 de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia se señala que “el carácter internacional del acuerdo debe ser establecido en su sentido más amplio. De esta forma deberán tomarse en cuenta todos los factores posibles, objetivos y subjetivos relativos a las partes y a la relación objeto de la controversia, ya sean legales (nacionalidad, domicilio, lugar de celebración), así como los criterios económicos (transferencia de dinero al extranjero, desplazamiento de bienes y

⁸⁹ Sala III de la Cámara Nacional Comercial, 27 de octubre de 2006.

⁹⁰ *Marlex c. European Industrial Engineering*, Corte Suprema, 28 de julio de 2008, rol 2026-2007; *Exequatur Cubix c. Markvision*, Corte Suprema, 20 de agosto de 2014, rol 10890-2014.

⁹¹ *Cruz Barriga c. Sociedad Logística Integral*, Corte Suprema, 25 de agosto de 2010, rol 1699-2009. En el Decreto Ley 2.349, en el cual se establecen normas sobre contratos internacionales para el sector público, se define la índole internacional de los contratos en relación con el centro principal de negocios de la contraparte contractual del Estado chileno y no se requiere que el contrato se haya celebrado en el exterior. La norma citada se refiere a “los contratos internacionales relativos a negocios y operaciones de carácter patrimonial que el Estado o sus organismos, instituciones y empresas celebran con organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras, cuyo centro principal de negocios se encuentra en el exterior”.

servicios)⁹². La mayoría de los juristas venezolanos han descartado la posibilidad de que el contrato se vuelva internacional con la mera elección del derecho extranjero. Por el contrario, se ha entendido que la internacionalidad es un requisito para el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

F. La internacionalidad en el arbitraje comercial

142. El carácter internacional de un arbitraje puede llevar a la internacionalización de un contrato si se tienen en cuenta las amplias facultades de los árbitros con respecto al derecho aplicable al fondo de la controversia.
143. En el tercer párrafo del artículo primero, la Ley Modelo de la CNUDMI dispone que “[u]n arbitraje es internacional si: (a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o (b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: (i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; (ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o (c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”.
144. Estas disposiciones combinan los criterios de la internacionalidad del contrato y la internacionalidad de las partes y agrega un tercero, por el cual otorga libertad a las partes para acordar entre ellas que la cuestión objeto del acuerdo del arbitraje es “internacional”. Por lo tanto, la Ley Modelo de la CNUDMI permite la internacionalización del arbitraje (y, en consecuencia, de la vinculación contractual subyacente) por voluntad de las partes. Sin embargo, este asunto parece ser más teórico que evidente en la práctica.
145. Ochenta y dos Estados han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI, entre ellos 13 Estados Miembros de la OEA⁹³. La mayoría de ellos han incorporado la definición contenida en el párrafo 3 del artículo 1.
146. Algunos Estados tienen lo que podría denominarse un “doble sistema de arbitraje”, con un conjunto de normas para el arbitraje nacional que son diferentes de las aplicables al arbitraje internacional. Hay que examinar ambos tipos de normas para ver si se pueden elegir las normas internacionales por acuerdo de las partes⁹⁴. Paraguay, Chile, Costa Rica⁹⁵ y Colombia son ejemplos de Estados con un doble régimen de ese tipo. Colombia no se ha limitado a los criterios de internacionalidad de la Ley Modelo de la CNUDMI, sino que ha incorporado un criterio económico según el cual se entiende que el arbitraje es internacional cuando “[l]a controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional” (artículo 62(c) de la Ley 1563 de 2012). Este criterio no emana de la Ley Modelo de la CNUDMI, sino del código procesal del derecho civil francés (artículo 1504). Otros Estados,

⁹² Embotelladoras Caracas *et al.* c. PepsiCola Panamericana, Cámara Política y Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 9 de octubre de 1997.

⁹³ Véase la nota 75 *supra*.

⁹⁴ En el artículo 1(3)(c) de la Ley Modelo de la CNUDMI se dispone que un arbitraje es internacional si “las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”. La primera cuestión que se plantea es si el Estado ha adoptado disposiciones similares, pero incluso en esos casos no se podría evadir la política pública con una declaración de ese tipo.

⁹⁵ En la jurisprudencia arbitral reciente de Costa Rica se observa una tendencia a aplicar principios de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley 8937), basada en la Ley Modelo de la CNUDMI, supletoriamente cuando hay lagunas en la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley 7727).

como Perú, no han excluido la posibilidad de que el carácter internacional pueda determinarse por mera voluntad de las partes (Decreto Legislativo No. 1071 de 2008).

G. Tendencia a favor de una interpretación amplia de internacionalidad

147. Tanto la Convención de México como los Principios de La Haya contienen criterios amplios para determinar la internacionalidad. Lo mismo ocurre con los Principios UNIDROIT. En consonancia con esta tendencia, muchos Estados de la región ya han promulgado leyes en materia de arbitraje con un concepto de internacionalidad similarmente amplio.

5.1 Al régimen jurídico interno relativo al derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, en lo que respecta a su ámbito de aplicación y la determinación de internacionalidad, se deberían incorporar soluciones que concuerden con la Convención de México, los Principios de La Haya y los Principios UNIDROIT, excluyéndose así a los contratos laborales y de consumo, y a la par adoptándose un concepto amplio de internacionalidad, y se podría estipular también que un contrato pueda internacionalizarse por mera voluntad de las partes, pero que prevalezca el orden público interno si no hay ningún otro elemento internacional.

V. Exclusiones

148. Los instrumentos internacionales relacionados con el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales varían mucho en lo que se refiere a los temas excluidos de su ámbito de aplicación. La Convención de México y los Principios de La Haya excluyen asuntos similares, pero lo hacen de maneras diferentes. La Convención de México excluye expresamente de su ámbito de aplicación los asuntos enumerados en el artículo 5⁹⁶. En cuanto los Principios de La Haya, tanto el título como el preámbulo y el artículo 1 los limitan a contratos comerciales internacionales. No se aplican a transacciones con consumidores ni a contratos de empleo.

A. Capacidad

149. En virtud del artículo 5(a), la Convención de México no determina el derecho aplicable a “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 una de las partes”⁹⁷.
150. Los términos “estado” y “capacidad” plantean disparidades en el derecho comparado. En algunos sistemas se habla de “estado” y en otros de “capacidad de hecho”. Al respecto, en el derecho internacional privado suele aplicarse el derecho de las personas (según el domicilio o la nacionalidad) o el derecho del foro (*lex fori*).
151. También hay disparidad en lo que respecta a la “capacidad de derecho”. Esta frase, desconocida en algunos sistemas, se relaciona con lo que en otros regímenes jurídicos se denomina restricciones o prohibiciones para disponer de la propiedad, que dependen del régimen de la persona (nacionalidad, domicilio u otro atributo aplicable). El régimen establece restricciones por razones arbitrarias, discriminatorias o similares.

⁹⁶ Además, el artículo 6 de la Convención de México dispone expresamente que sus normas “no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención”.

⁹⁷ Análogamente, el artículo 4(a) de la CIM dispone que la Convención no concierne “a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso”.

152. El artículo 1(3)(a) de los Principios de La Haya excluye cuestiones relacionadas con “la capacidad de las personas físicas”. En los comentarios (1.25) se explica que la exclusión supone que las disposiciones “no determinan ni el derecho aplicable a la capacidad de las personas físicas, ni los mecanismos jurídicos o judiciales de autorización, ni los efectos de la falta de capacidad sobre la validez del acuerdo de elección del derecho aplicable”.

B. Relaciones de familia y cuestiones sucesorias

153. El artículo 5(b) de la Convención de México excluye “las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia”.
154. Los Principios de La Haya no contienen una exclusión similar, ya que el instrumento se aplica exclusivamente a contratos comerciales internacionales. El título y el preámbulo limitan su ámbito de aplicación, y el artículo 1 limita su aplicación a “los contratos internacionales en que las partes actúen en el ejercicio de su oficio o profesión”.

C. Títulos de crédito y títulos comercializados en los mercados de valores

155. En el artículo 5, incisos c y d, de la Convención de México se excluyen las obligaciones provenientes de títulos de crédito y de su venta, transferencia o comercialización. En algunos ordenamientos jurídicos, pero no en todos, se considera que estas obligaciones son de índole contractual⁹⁸. Asimismo, hay convenciones interamericanas sobre títulos de crédito (letras de cambio, pagarés, cheques y facturas)⁹⁹. Los Principios de La Haya no incluyen una disposición similar¹⁰⁰.

D. Acuerdos de arbitraje y selección de foro

156. El artículo 5(e) de la Convención de México excluye “los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro”. Asimismo, hay convenciones interamericanas sobre arbitraje comercial internacional y sobre la validez de los laudos arbitrales¹⁰¹.
157. Por su parte, en el artículo 1(3)(b) de los Principios de La Haya se señala que “[e]stos principios no se aplican al Derecho que rige... los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro”. En el comentario (1.26) se explica que esta excepción se refiere principalmente a la validez material o a aspectos contractuales de tales acuerdos, entre ellos cuestiones tales como el engaño o el error. Se agrega que “[e]n algunos Estados, estas cuestiones se consideran procedimentales y se rigen tanto por la *lex fori* o la *lex arbitri* [mientras que] [e]n otros Estado, se configuran como cuestiones sustantivas que se rigen por el Derecho aplicable al propio acuerdo de arbitraje o de elección de foro”.

E. Cuestiones de derecho societario

⁹⁸ Un examen del tratamiento que se da a este tema en otros ordenamientos jurídicos está fuera del alcance de esta Guía.

⁹⁹ Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, aprobada en la CIDIP-I en 1975; Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, aprobada en la CIDIP-I en 1975 y otra de igual título aprobada en la CIDIP-II en 1979. Véase el texto y el estado de firmas y ratificaciones de estas convenciones en:

http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado_conferencias.asp.

¹⁰⁰ El artículo 2(d) de la CIM excluye de su ámbito de aplicación las compraventas “de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero”.

¹⁰¹ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en la CIDIP-I en 1975; Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, aprobada en la CIDIP-II en 1979. Véanse el texto y el estado de firmas y ratificaciones de estas convenciones en el sitio web antedicho en la nota 99, *supra*.

158. El artículo 5(f) de la Convención de México excluye de su ámbito de aplicación “las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general”. Hay una convención interamericana sobre este tema¹⁰².
159. A su vez, según el artículo 1(3)(c) de los Principios de La Haya, estos no se aplican al derecho que rige a “las sociedades u otras entidades colectivas y los *trusts*”. En el comentario (1.27) se explica que el término “entidades colectivas” se emplea “en sentido amplio para incluir a entidades con personalidad jurídica o sin ella, tales como las entidades asociativas de diversa índole (como por ejemplo los *partnerships* o las *associations de common law*)”. Y en el comentario (1.29) se recalca que la exclusión se circunscribe a asuntos internos (como organización, administración y disolución) y no se extiende a los contratos que estas entidades celebren con terceros ni a acuerdos entre accionistas.

F. Insolvencia

160. La Convención de México nada dispone al respecto. En el artículo 1(3)(d) de los Principios de La Haya se excluye expresamente su aplicación al derecho que rige los procedimientos de insolvencia. Según el Comentario relativo a los Principios de La Haya, este término se entiende en sentido amplio y comprende los procedimientos de liquidación, reorganización, reestructuración o administración. La exclusión se refiere a los efectos que el inicio de un procedimiento de insolvencia pueda tener en los contratos, como disposiciones específicas que invaliden ciertos contratos o que den potestades particulares al administrador del proceso colectivo¹⁰³.

G. Derechos reales

161. La Convención de México nada dispone al respecto. Del ámbito de aplicación de los Principios de La Haya se excluye el derecho que rige los efectos de los contratos sobre la propiedad. Como se explica en el Comentario 1.31 relativo a los Principios de La Haya, estos principios “solo determinan el Derecho aplicable a los derechos y obligaciones mutuos de las partes, pero no el aplicable a los derechos reales”, es decir, no abordan cuestiones tales como si la transmisión efectivamente confiere derechos de propiedad sin necesidad de actuaciones ulteriores o si el comprador adquiere la titularidad libre de derechos o pretensiones de terceros. Estos asuntos generalmente se rigen por las leyes internas aplicables específicamente a los traspasos¹⁰⁴.

H. Mandato

162. El artículo 1(3)(f) de los Principios de La Haya excluye “la cuestión de si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona a la que representa”. Como se señala en Comentario 1.32 relativo a los Principios de La Haya, la exclusión “se refiere a los aspectos *externos* de la relación de representación, es decir, a cuestiones tales como si el representado queda vinculado como consecuencia de una autorización implícita o aparente o por negligencia, o si el representado puede ratificar... un acto... del representante y en qué medida” [las cursivas son del autor]. Por lo tanto, los Principios de La Haya se aplican a los aspectos *internos* del mandato, es decir, “a la relación de representación o mandato entre el representado y el representante, si reúne por lo demás las condiciones para ser considerada un contrato comercial”.

¹⁰² Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, aprobada en la CIDIP-II en 1979. Véanse el texto y el estado de firmas y ratificaciones de estas convenciones en el sitio web antedicho en la nota 99, *supra*.

¹⁰³ El tratamiento que se da a este tema en la Convención de México está fuera del alcance de esta Guía.

¹⁰⁴ Análogamente, el artículo 4(b) de la CIM dispone que la Convención no concierne “a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas”.

163. La Convención de México deja este tema abierto a interpretación. Señala su artículo 15: “[l]o dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica”. Como se expone en la parte sexta, el artículo 10 de la Convención de México otorga gran flexibilidad para la interpretación en la búsqueda de soluciones justas al caso particular según los usos, las prácticas y los principios internacionalmente aceptados.

5.3 El régimen jurídico interno del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales puede excluir expresamente de su ámbito de aplicación:

- las relaciones familiares y las sucesiones, los acuerdos de arbitraje y elección de foro, y las cuestiones de derecho societario, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención de México y los Principios de La Haya;
- títulos de crédito y títulos comercializados en mercados de valores, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención de México;
- cuestiones de capacidad, insolvencia, derechos reales y mandato, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Principios de La Haya.

PARTE SEXTA

EL DERECHO NO ESTATAL EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

I. Las expresiones “derecho no estatal” y “normas de derecho”

164. La expresión “derecho no estatal” suele usarse en un sentido muy amplio para abarcar diversos principios y reglas, desde principios universales de derechos humanos y principios generales del derecho hasta costumbres, usos y prácticas, definiciones normalizadas de términos comerciales (por ejemplo, INCOTERMS), codificaciones o recopilaciones del derecho privado (por ejemplo, los Principios UNIDROIT) y la *lex mercatoria* (como quiera que se la defina), los cuales tienen poco o nada en común excepto que no emanan de ninguna fuente situada en el propio Estado para crear un derecho vinculante o “positivo” en su ámbito respectivo.
165. Lo más importante es que la mayoría de estos principios y normas, por su propia índole (como el derecho consuetudinario) o debido a su objeto (como los principios de derechos humanos) o a su ámbito de aplicación limitado (como los usos y prácticas), no pueden servir de derecho aplicable a un contrato (o *lex contractus*). Sin embargo, al analizar la posibilidad de elegir “normas de derecho” no estatales en lugar de normas nacionales como un derecho que rige a los contratos internacionales, parece preferible recurrir a la expresión “normas de derecho”,¹⁰⁵ que embarcaría menos y que tiene la ventaja de ser utilizada en un contexto similar en importantes instrumentos internacionales.
166. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965) (“Convenio CIADI”) es uno de los primeros instrumentos que refiere a la expresión “normas de derecho.”¹⁰⁶ Este señala que el tribunal “decidirá la diferencia de acuerdo

¹⁰⁵ Las normas de derecho no estatal, tal como se usan aquí, podrían considerarse como un “subconjunto” del derecho no estatal.

¹⁰⁶ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965, Washington DC. 17 UST 1270; TIAS 6090; 575 UNTS 159.

con las normas de derecho acordadas por las partes” (artículo 42). Varios Estados de la región son partes del Convenio CIADI y aceptan la jurisdicción del Centro. Posteriormente se fue incorporando la expresión “normas de derecho” en otras leyes y reglamentos de arbitraje, entre ellos el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (artículo 33 en la versión de 1976 y artículo 35 en la versión revisada de 2010)¹⁰⁷. La expresión se usa también en el artículo 28(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI, que se ha adoptado o se ha utilizado como base de leyes sobre arbitraje en numerosos países de las Américas. Según el comentario de UNCITRAL a este artículo, la expresión “normas de derecho” se entiende en un sentido más amplio que “derecho” e incluye normas “elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional”¹⁰⁸.

II. Tipos de derecho no estatal

A. Costumbres, usos y prácticas

167. En el derecho comparado se usan también otras expresiones para aludir al derecho no estatal, como costumbres, usos, prácticas, principios y *lex mercatoria*, que distan mucho de ser homogéneas.
168. En la actualidad, la palabra “costumbres” se reserva por lo general para el campo del derecho internacional público a fin de evitar la confusión con la expresión del lenguaje jurídico “derecho internacional consuetudinario”, aunque en la Convención de México se incluyó “costumbres” en una enumeración junto con “usos” y de manera intercambiable con este último término (artículo 10). En muchos ordenamientos jurídicos de América Latina que siguen el enfoque francés, italiano y español se hace una distinción entre “costumbres” (que tienen fuerza normativa y constituyen una fuente supletoria de derechos en los casos en que hay lagunas del derecho) y “usos” (que sirven para interpretar o aclarar la voluntad de las partes y tienen fuerza normativa solo en algunos casos). La diferencia en esta nomenclatura es que no se necesita probar la fuerza normativa de los usos, como se requiere en el caso de las costumbres.
169. Los entendimientos comerciales que surgen de las prácticas contractuales, que antes por lo general se llamaban “costumbres”, ahora se llaman “usos” en algunos instrumentos recientes de derecho uniforme. Según esta nomenclatura emergente, las “costumbres” emanan de la práctica estatal, en tanto que los “usos” derivan de la acción privada. Sin embargo, algunas jurisdicciones mantienen el enfoque tradicional. Asimismo, el término “usos” es más amplio que “costumbres”, ya que comprende no solo las prácticas generalmente aceptadas en una industria o sector específicos, sino también las que las partes han tenido como supuestas expectativas¹⁰⁹.
170. En muchas jurisdicciones, mientras que “usos” se refiere a la conducta establecida por terceros y otras partes del comercio internacional, el término “prácticas” se limita a la conducta pasada de

¹⁰⁷ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976. UN Doc. A/RES/31/98; Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010), aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 6 de diciembre de 2010. UN Doc. A/RES/65/22. Textos disponibles en:

<https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration> (Fecha de consulta: 29 de enero de 2019).

¹⁰⁸ Como se indica en la fuente, no se trata de un comentario oficial; fue preparado por la Secretaría de la CNUDMI solamente a título informativo.

¹⁰⁹ Como no es necesario el elemento de obligación que se requiere en el derecho internacional público consuetudinario (conocido como *opinio juris*), las expectativas supuestas de las partes son suficientes para que nazcan “usos” y se los observe.

las propias partes contratantes. En algunas jurisdicciones, estos términos se definen en la ley correspondiente¹¹⁰.

171. La palabra “uso” aparece en instrumentos de derecho uniforme, como la CIM (artículos 8(3) y 9) y los Principios UNIDROIT. Lo mismo ocurre con el término “prácticas”. Por ejemplo, en el artículo 1.9 de los Principios UNIDROIT se dice que “[l]as partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas”. Esta solución coincide con la de la CIM (artículo 9, párrafo 1) y con el enfoque subjetivo propuesto en su artículo 8(3).
172. Aunque los usos pueden ser probados, cuando son institucionalizados por una organización, sea gubernamental o de otro tipo, ayudan a establecer un entendimiento común de expresiones que se usan con frecuencia en los contratos comerciales internacionales. Un ejemplo muy conocido es el de la CCI, que ha institucionalizado estos usos en varios de sus instrumentos normativos. El que goza de mayor reconocimiento es INCOTERMS, conjunto de normas que abarca términos estándares usados en el comercio internacional, como las abreviaciones FOB y CIF¹¹¹. Muchos de los INCOTERMS ahora forman parte del lenguaje utilizado a diario en el comercio internacional y se incorporan regularmente en contratos internacionales.
173. A veces también se hace referencia a estos términos en otros instrumentos internacionales. Por ejemplo, en el Tratado de Asunción, mediante el cual se creó el MERCOSUR, se usan los términos FOB y CIF (Régimen General de Origen, anexo 2, artículos 1 y 2). Aunque no se definen en el Tratado, su significado es suficientemente claro como términos usuales que la CCI ha institucionalizado. Con ello, este tratado internacional efectúa un reconocimiento formal de esta fuente no legislada.
174. Asimismo, en varias leyes nacionales se han incorporado INCOTERMS¹¹².

B. Principios

175. El uso es particular a la actividad concernida, pero una vez que ha adquirido aceptación general pasa a constituir ya un “principio general” o “principio”. Cuanto más generalizado sea el uso, mayor será su afinidad con los principios generales y menor la carga de probar que es generalmente conocido.
176. La idea de “principios generales del derecho” aparece en textos antiguos, como el Código Civil austríaco de 1811 y otros cuerpos legales de la codificación privada tanto europea como latinoamericana. Numerosos pronunciamientos contemporáneos del Tribunal de Justicia de las

¹¹⁰ Por ejemplo, en el Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos, apartado 1-303, se hace una distinción entre “*course of performance*” (serie de actos mediante los cuales se cumple un contrato y un término que prevalece sobre los dos siguientes), “*course of dealing*” (prácticas anteriores entre las partes) y “*usage of trade*” (usos).

¹¹¹ FOB es la sigla de “Free on Board” (libre a bordo), que se refiere al momento en el cual el vendedor deja de ser responsable por las mercaderías (el comprador asume los riesgos de pérdida o daño de las mercaderías y el costo del transporte a partir del momento en que las mercaderías se colocan “a bordo del buque” INCOTERMS 2010). CIF es la sigla de “Cost, Insurance, Freight” (costo, seguro y flete), que significa que el vendedor debe pagar estos costos hasta que la mercancía llegue al puerto de destino.

¹¹² Por ejemplo, en el artículo 51 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998, el artículo 2651 del Código Civil y Comercial de Argentina, el artículo 51 del proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, los artículos 852 y siguientes del Código de Comercio Boliviano (donde se hace referencia a INCOTERMS) y el artículo 1408 (donde se hace referencia a los créditos documentarios), y el artículo 3 de la resolución 112 de 2007 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia.

Comunidades Europeas (“TJCE”), y ahora también del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”), invocan los “principios generales del derecho *civil*” (las cursivas son del autor)¹¹³.

177. Desde luego, los principios se reconocen también como fuente de derecho internacional público en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”), que emplea la expresión “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Esta expresión fue adoptada en contratos comerciales internacionales, como los relativos a inversiones en hidrocarburos y gas en el Oriente Medio, algunos de los cuales fueron el tema de arbitrajes históricos a lo largo del siglo pasado¹¹⁴.
178. En estos casos, y en otros resueltos en arbitraje, se emplearon también expresiones similares, como principios generales del derecho internacional privado, principios generalmente admitidos, principios generales del derecho y de la justicia, principios generales del derecho que deben regir las transacciones internacionales, principios generales ampliamente admitidos que rigen el derecho comercial internacional, principios generales del derecho aplicables a las relaciones económicas internacionales, principios generales del derecho que forman parte de la *lex mercatoria* y normas de derecho. A su vez, el Instituto de Derecho Internacional (“IDI”), en su sesión de Atenas de 1979, convocada para considerar el derecho contractual aplicable a los acuerdos entre un Estado y un particular extranjero, usó las expresiones “principios generales del derecho”, “principios comunes a los derechos internos”, “principios aplicables en las relaciones económicas internacionales” y “derecho internacional”, sin expresar preferencia por alguna de ellas¹¹⁵.
179. La expresión “principios generales” también se usa con ese sentido en algunos instrumentos de derecho uniforme. De acuerdo con el artículo 7(2) de la CIM, las cuestiones deben dirimirse “de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención”. A veces se emplea como sinónimo de reglas que no tienen fuerza de ley, tal como aparece en los Principios UNIDROIT.

¹¹³ Algunos ejemplos: Audioux SA e.a. c. Groupe Bruxelles Lambert SA, TJUE, 15 de octubre de 2009, Asunto C-101/08; República Federal de Alemania c. Consejo de la Unión Europea, TJUE, 5 de octubre de 1994, Asunto C-280/93. En un otro caso, el Tribunal Europeo de Justicia (“TEJ”) utilizó un “principio general del derecho civil”, según el cual cada parte contratante está obligada a cumplir los términos del contrato y las obligaciones enunciadas en el mismo. Société thermale d’Eugénie-Les Bains, TEJ, 18 de julio de 2007, Asunto C-277/95. En Hamilton (2008) se señala, como uno de los principios generales del derecho civil, el principio de que “la ejecución completa de un contrato resulta, por regla general, de la realización de las prestaciones mutuas de las partes contratantes y de la finalidad de éste”. Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG, TEJ, 10 de abril de 2008, Asunto C-412/06, párr. 42. En Messner (2009), el Tribunal invocó “los principios del derecho civil, como la buena fe y el enriquecimiento sin causa”. Pia Messner c. Firma Stefan Krüger, TEJ, 3 de septiembre de 2009, Asunto C-489/07, párr. 26. Textos disponibles en: <https://eur-lex.europa.eu>.

¹¹⁴ “Principios generales del derecho internacional privado” (Saudia Arabia c. Arabian American Oil Co. (ARAMCO), 1958); “principios generales del derecho” (Libia c. Texaco y Liampo, 1977; Aminoil c. Kuwait, 1982; Framatome c. Irán, 1982); “principios generalmente admitidos” (CCI, Asunto 2152/1972); “principios generales del derecho y la justicia” (CCI, Asunto 3380/1980); “principios generales del derecho que rigen las transacciones internacionales” (CCI, Asunto 2291/1975); “principios generales adoptados por la jurisprudencia arbitral internacional” (CCI, Asunto 3344/1981); “principios generales ampliamente admitidos que rigen el derecho comercial internacional” (CCI, Asunto 3267/1979); “principios generales del derecho aplicables a las relaciones económicas internacionales” (CIADI, 1983, Asia c. República de Indonesia); “principios generales del derecho comprendidos” (CCI Asunto 3327/1981); “normas de derecho” (CCI, Asunto 1641/1969).

¹¹⁵ Instituto de Derecho Internacional, Sesión de Atenas de 1979, The Proper Law of the Contract in Agreements between a State and a Foreign Private Person (11 de septiembre de 1979).

180. El término “principios” puede referirse en general al derecho público, tanto al derecho público como al derecho privado y, específicamente, al derecho privado o civil. También se usa para aludir a conceptos de un carácter más general (como la libertad contractual o la buena fe) y a veces se le agrega el calificativo “fundamental”, que sugiere su relación con valores básicos abstractos, como los consagrados en las constituciones nacionales de diferentes Estados. A pesar de esta divergencia terminológica, “principios” es el término que más se usa en la actualidad en distintos contextos y con diferentes connotaciones.

C. *Lex mercatoria*

181. En el comercio internacional, los principios emanan de la generalización de los usos de los comerciantes. Después se institucionalizan cuando los recogen reglas elaboradas por organismos internacionales públicos y privados que terminan reconociéndose en diversas instancias estatales y arbitrales de resolución de conflictos. El producto, conocido como *lex mercatoria* o *nueva lex mercatoria*, emula el derecho mercantil que surgió en la Edad Media.
182. En una decisión histórica, la Cámara de los Lores del Reino Unido dispuso que la *lex mercatoria* (o la “nueva” *lex mercatoria* que se invoca aquí) representaba principios generales del derecho¹¹⁶. En la jurisprudencia reciente de las Américas cabe destacar una sentencia del Tribunal de Apelaciones de Rio Grande do Sul que se refirió al derecho no estatal como *lex mercatoria*¹¹⁷ y una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela¹¹⁸. Sin embargo, prosigue el debate sobre la *lex mercatoria*, con grandes controversias con respecto a la terminología, sus fuentes y si se trata de un orden jurídico autónomo independiente del ordenamiento jurídico interno.

III. El derecho no estatal en la Convención de México y en los Principios de La Haya

A. Antecedentes: el Convenio de Roma

183. Había dudas con respecto a si, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad enunciado en el Convenio de Roma (artículo 3), las partes podían elegir el derecho no estatal. Por lo tanto, en el borrador de Reglamento Roma I presentado por la Comisión Europea, se propuso que se pudiera optar por un derecho no estatal. En particular, el texto propuesto tenía por objeto autorizar la elección de los Principios UNIDROIT, los PECL o un posible instrumento futuro sobre el tema¹¹⁹. No obstante, el legislador, previendo quizás un futuro instrumento europeo en la materia, decidió apartarse de la redacción propuesta. En cambio, el considerando 13 dispone que el Reglamento Roma I “no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional” (véase también el considerando 14). Eso significa que la elección, de permitirse, debe estar incorporada en el derecho estatal elegido. Por consiguiente, el Reglamento Roma I permite solamente la

¹¹⁶ Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH and Others c. Shell International Petroleum Company Limited (Cámara de los Lores, julio de 1988). 27 ILM 1032.

¹¹⁷ Procedimiento N.º 70072362940, Sentencia de febrero de 2017. En cuanto al derecho que regía el contrato, el Tribunal de Apelaciones observó que, de acuerdo con el artículo 9(2) de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, se aplicaría el derecho danés como derecho del lugar donde se había celebrado el contrato. Sin embargo, el Tribunal afirmó que, en los casos en que el contrato tuviera varias conexiones, como el caso de autos, no debía aplicarse la norma tradicional de *lex loci celebrationis rule*, sino un enfoque más flexible que llevara a la aplicación de la CIM y los Principios UNIDROIT como expresión de la llamada “nueva *lex mercatoria*”. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=2035&do=case>.

¹¹⁸ Tribunal Supremo de Justicia, sobre la *lex mercatoria*, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-RC.000738-21214-2014-14-257.HTML>.

¹¹⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I) /* COM/2005/0650 final - COD 2005/0261.

incorporación por referencia y no permite elegir un derecho no estatal. Eso se aplica por lo menos en los procedimientos ante tribunales estatales, en vista de que el arbitraje tiene sus propias reglas, que normalmente admiten el derecho no estatal.

184. La incorporación por referencia permite que las normas elegidas, en este caso el derecho no estatal, puedan ser consideradas, pero siempre teniendo como telón de fondo un derecho nacional, que deberá ser determinado, en su caso, aplicándose las normas de conflicto de derecho internacional privado. Las normas de este derecho nacional, aunque sean solo de orden público interno, tendrán prevalencia cuando hay una mera incorporación por referencia.

B. Convención de México

185. La Convención de México fue más allá del Convenio de Roma. Muestra una apertura hacia el derecho no estatal que surge ya desde sus trabajos preparatorios¹²⁰. Aunque el instrumento no es explícito al respecto, José Luis Siqueiros, que preparó el primer borrador, escribió en un artículo posterior que el instrumento hablaba de “derecho aplicable”, en vez de “ley aplicable”, no porque fuera una expresión mejor, sino básicamente para dejar en claro que la intención era abarcar los usos internacionales, los principios del comercio internacional, la *lex mercatoria* y expresiones similares¹²¹. Otros juristas de renombre que participaron en las negociaciones de la Convención de México, entre ellos el delegado estadounidense Friedrich Juenger y el mexicano Leonel Pereznieta Castro, respaldaron la opinión de Siqueiros¹²².
186. Sin embargo, el instrumento interamericano no escapa al caos terminológico de la época en que se redactó. Su artículo 9 párrafo 2 alude a “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. Por su parte, el artículo 10 del mismo instrumento hace referencia a “las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación”. El alcance de estos artículos se explica más adelante en esta Guía¹²³.
187. Varias de las expresiones utilizadas en esos artículos son problemáticas. No resulta claro a qué “organizaciones internacionales” se alude en el artículo 9 y si la intención es abarcar solamente organizaciones intergubernamentales, como CNUDMI o UNIDROIT, o también entidades no gubernamentales como la CCI. En el artículo 10 se usan otras expresiones, como costumbres, usos y prácticas, que tampoco se definen.

C. Principios de La Haya

1. Terminología

188. En el artículo 3 de los Principios de La Haya se usa la expresión “normas de derecho” para aludir al derecho no estatal. Esta decisión había sido adoptada por el Grupo de Trabajo que elaboró el instrumento, con el deliberado objetivo de beneficiarse del gran desarrollo doctrinario,

¹²⁰ OEA/Ser. K/XXI.5, CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1, 18 de marzo de 1994, pág. 3; OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP V/14/93, 30 de diciembre de 1993, páginas 28 y 30.

¹²¹ José Luis Siqueiros, Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, pág. 222.

¹²² Lista de participantes. OEA/Ser.K/XXI.5/ CIDIP-V/doc.31/94 rev. 1, 16 de marzo de 1994. Véase: Friedrich K. Juenger, Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en: Contratación Internacional, *id.*, al pág. 235, y Leonel Perenznieta Castro, Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos, en Contratación Internacional, *id.*, al pág. 210-212.

¹²³ Véase un análisis en la Parte décima tercera y en otros lugares.

jurisprudencial y normativo que se había producido en torno a esta expresión a partir de su adopción en el ámbito del arbitraje, como se ha descripto más arriba.

189. Sin embargo, en el texto final del artículo 3 se especifica que las normas de derecho que se elijan deben ser “generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”.
190. Eso se aparta de lo que había propuesto el Grupo de Trabajo, que había optado por no limitar el alcance de la expresión “normas de derecho” y dejarlo a discreción de las partes o, en su caso, del órgano que la interpretara. Se había acordado también que se debería dejar que las partes eligieran reglas de un sector específico, cuando las hubiera, que abarcaran las legítimas expectativas de las partes. Además, se había rechazado la sugerencia de que las reglas elegidas pasaran un “examen de legitimidad” para evaluar su naturaleza y características.

2. Criterios para determinar la legitimidad del derecho no estatal

191. En una decisión que no ha estado exenta de críticas, el artículo 3 quedó finalmente aprobado con cambios a la propuesta del Grupo de Trabajo y la introducción de criterios para determinar la legitimidad del derecho no estatal. En el Comentario relativo a los Principios de La Haya se señala que los criterios deben entenderse de manera conjunta e interrelacionada, según se explica a continuación.

a. Conjunto de normas neutras y equilibradas

192. Con lo de la exigencia de “normas neutrales y equilibradas” se pretende responder a la inquietud de que el poder negociador desigual lleve a la aplicación de reglas injustas o inequitativas. Por ello, en el Comentario 3.11 relativo a los Principios de La Haya se señala que la fuente debe ser “reconocida de forma general como un órgano neutral e imparcial, es decir, un órgano que representa distintas posiciones jurídicas, políticas y económicas”.
193. En el Comentario 3.10 relativo a los Principios de La Haya se aclara que debe tratarse de un conjunto de normas que permitan “resolver la resolución de problemas contractuales comunes en el contexto internacional” y no simplemente de un número reducido de disposiciones.
194. Las reglas elegidas de derecho no estatal deben distinguirse de las reglas establecidas por las partes. En el Comentario 3.4 relativo a los Principios de La Haya se explica que las partes no pueden efectuar una elección en materia de conflictos por mera referencia a un conjunto de normas contenidas en el propio contrato, a las cláusulas estándar elaboradas por las partes o a un conjunto de condiciones locales específicas de un sector. Por ejemplo, si varios bancos se ponen de acuerdo sobre determinadas condiciones generales que regirán determinados servicios que prestan, no podrán elegirse esas condiciones como normas de derecho aplicables. Teniendo en cuenta los atributos que deben poseer las normas de derecho (es decir, constituir un conjunto de normas neutras y equilibradas), un instrumento como los Principios UNIDROIT o la CIM podría ser elegido como derecho no estatal¹²⁴. En cambio, es obvio que las cláusulas o condiciones contractuales redactadas unilateralmente no pueden considerarse como derecho no estatal que pueda elegirse como derecho aplicable. Por ejemplo, el Contrato FIDIC o las normas de la GAFTA (explicados anteriormente) constituyen un derecho no estatal que recoge usos y

¹²⁴ Esto podría dar lugar a una situación interesante, ya que podría surgir un conflicto entre la CIM y la Convención de México en los casos en que, aunque la jurisdicción pertinente haya excluido la aplicación de la primera en virtud de las normas de derecho internacional privado de acuerdo con sus artículos 1(1)(b) y 95, el artículo 9 de la Convención de México lleve a la aplicación de la CIM. En la edición de 2016 del Compendio de jurisprudencia relativa a la CIM se hace referencia a algunos posibles casos pertinentes en el artículo 95, aunque todavía no ha surgido una tendencia clara con respecto a su interpretación. Véase: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/_Digest_2016_s.pdf.

principios de sectores comerciales particulares, pero que aun así no cumple el requisito de constituir un conjunto apropiado de normas que pueda elegirse como derecho aplicable mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

b. Conjunto de normas generalmente aceptadas

195. Lo del “conjunto de reglas generalmente aceptadas” busca disuadir a las partes de elegir categorías vagas o inciertas como normas de derecho. Algunos ejemplos de conjuntos de normas generalmente aceptadas son los Principios UNIDROIT y la CIM en los casos en que no han sido ratificados o no son aplicables de por sí. Entre los instrumentos regionales que se ciñen a los criterios establecidos en los Principios de La Haya en relación con un conjunto de normas cabe señalar los PECL. En las Américas han surgido iniciativas interesantes de académicos que, si reciben amplia aceptación, también podrían llegar a reunir los requisitos¹²⁵.

3. Elección del derecho no estatal e integración de lagunas

196. Podría surgir la necesidad de “integrar lagunas” cuando las partes hayan elegido un derecho o un conjunto de normas que no aborden un asunto particular. En el Comentario 3.15 relativo a los Principios de La Haya se indica claramente que, mientras que otros instrumentos tales como los Principios UNIDROIT y la CIM posiblemente aborden la integración de lagunas, los Principios de La Haya “no establecen normas supletorias”. Por lo tanto, en el Comentario relativo a los Principios de La Haya se advierte a las partes que, al elegir determinadas normas de derecho que rijan su contrato, “deben tener en cuenta la posible necesidad de integrar lagunas y pueden regular este aspecto al realizar dicha elección”. Por ejemplo, las partes podrían elegir los Principios UNIDROIT y, para todos los asuntos no previstos, la aplicación de un derecho nacional.

IV. El derecho no estatal en las legislaciones nacionales

197. En Brasil se han intentado varias reformas a lo largo de los años. La propuesta más reciente de modificación de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (“LINDB”) incluye un nuevo artículo 9, en el cual se reconoce la autonomía de la voluntad (que se analiza en la parte séptima) en el primer párrafo y el derecho no estatal en el segundo. El proyecto de ley 4.905 sigue atascado en el Congreso¹²⁶.
198. En Panamá se reconoce el derecho no estatal e incluso se hace referencia a los Principios UNIDROIT como fuente supletoria. El Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá establece lo siguiente: “Las partes podrán utilizar los principios sobre los contratos comerciales internacionales reglamentados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT por sus siglas en inglés, como regla supletoria al derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro, en los contratos o relaciones de Derecho Comercial Internacional” (artículos 79, 86 de la Ley No. 61 del 7 de octubre de 2015).

¹²⁵ Algunos ejemplos son los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos y los Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales; nota 61 *supra*.

¹²⁶ Art. 9. Los contratos internacionales entre profesionales, hombres de negocios y comerciantes se rigen por el derecho elegido por las partes y el acuerdo entre estas para dicha elección debe ser expreso. 1. La elección debe aplicarse al contrato en su totalidad, pero no se requiere que haya una conexión entre el derecho elegido y las partes o la transacción.

2. En la oración introductoria, la referencia al derecho abarca también la indicación, según corresponda al contrato, de un conjunto de normas jurídicas internacionales, optativas o uniformes, internacionalmente aceptadas, supranacionales o regionales, neutrales y justas, entre ellas la *lex mercatoria*, siempre que no sean contrarias a la política pública [traducción no oficial del portugués].

199. En Paraguay, la Ley sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales admite abiertamente la aplicación del derecho no estatal en la esfera judicial. Su artículo 5 (titulado “Normas de derecho”) se basa en el artículo 3 de los Principios de La Haya y dispone lo siguiente: “[e]n esta ley, la referencia a derecho incluye normas de derecho de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”. No se incluye la exigencia establecida en los Principios de La Haya de que las normas de derecho deban tener un nivel general de aceptación a nivel internacional, supranacional o regional para evitar las controversias sobre qué regulaciones cumplirían con este requisito. Su artículo 12 reitera el lenguaje del artículo 10 de la Convención de México y, por lo tanto, ofrece al tribunal amplios poderes de interpretación al respecto.
200. En Uruguay, el proyecto de reformas en materia de derecho internacional privado se muestra abierto al derecho no estatal (artículos 13 y 51)¹²⁷. Estas disposiciones incorporarían un enfoque aceptado no solo en la doctrina, sino también en la práctica. Por ejemplo, los Principios UNIDROIT son muy conocidos, se enseñan en las facultades de derecho, se usan en la negociación de contratos internacionales y de vez en cuando se mencionan en la jurisprudencia.
201. La Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998 incorpora en los artículos 30 y 31 normas similares a los artículos 9 y 10 de la Convención de México. De acuerdo con la interpretación de estas disposiciones, se puede aplicar el derecho no estatal si las partes lo eligen o ante la falta de una elección. Sin embargo, eso ocurre solamente con controversias que se llevan ante los tribunales, ya que esta ley no se aplica al arbitraje. Un aspecto pertinente para las decisiones de los tribunales es la sentencia antedicha del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en la que se invoca expresamente la *lex mercatoria*¹²⁸. De una manera más general, en Venezuela se aplican los artículos 10 y 15 de la Convención de México como principios generalmente aceptados del derecho internacional privado.
202. Además, en otros Estados de las Américas se ha recurrido al derecho no estatal para la interpretación o reinterpretación de leyes nacionales. Por ejemplo, en importantes decisiones judiciales se han citado los Principios UNIDROIT con ese fin en Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay y Venezuela, entre otros países¹²⁹.

V. El derecho no estatal en el arbitraje

203. En el mundo del arbitraje, acogen la expresión “normas de derecho” tanto la Ley Modelo de la CNUDMI en su artículo 28(1) como el artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976. La frase se mantiene en el actual artículo 35 del Reglamento de 2010 y se usan expresiones similares en otras reglas en la materia. En las leyes internas sobre arbitraje de varios Estados de América Latina también se usa la expresión “normas de derecho”¹³⁰. En general,

¹²⁷ El proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado fue aprobado por la Cámara de Representantes (956/2016) el 7 de octubre de 2016, pero todavía no ha sido aprobado por el Senado.

¹²⁸ Tribunal Supremo de Justicia, sobre la *lex mercatoria*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-RC.000738-21214-2014-14-257.HTML> (citado anteriormente).

¹²⁹ Véase la base de datos UNILEX (www.unilex.info). En el plano mundial, la Academia de Derecho Comparado abordó este tema en el Congreso de Fukuoka en 2018, en el cual se desempeñaron como relatores generales los profesores Alejandro Garro y José A. Moreno Rodríguez (The UNIDROIT Principles as a common frame of reference for the uniform interpretation of national laws, <https://aidc-iacl.org/general-congress>).

¹³⁰ Por ejemplo, véase lo siguiente: en *Brasil*, el artículo 2 de la Ley 9307/96, Ley de Arbitraje; en *Colombia*, el artículo 208.1 del Decreto Número 1818 de 1998, Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (posiblemente reemplazado por la Ley 1563 de 2012); en *Costa Rica*, el artículo 22 de la Ley 7.727 de 1997, Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, y el artículo 28 de la Ley 8.937

como consecuencia de estas disposiciones, si las partes contratantes eligen el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, pueden optar por las “normas de derecho”, que abarcan instrumentos de “soft law” tales como los Principios UNIDROIT. Por otro lado, excepto en Panamá, Paraguay y Venezuela, si las partes contratantes no han elegido el arbitraje y la controversia llega a los tribunales, la elección del derecho se limita al derecho nacional de los Estados y no puede incluir referencias a tales “normas de derecho” o al derecho no estatal.

204. Entre las legislaciones latinoamericanas cabe destacar la panameña, que no solo se muestra abierta al derecho no estatal, sino que dispone, además, que en los arbitrajes internacionales se deberán tener en cuenta “los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (“UNIDROIT”)”, legitimando de esa manera a este cuerpo de normas no estatales¹³¹.
205. Un aspecto singular del Decreto Legislativo que norma el arbitraje en Perú es la disposición según la cual, de haber lagunas en las normas, el tribunal arbitral puede recurrir, “según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral” (artículo 34, párrafo 3). La ley ofrece la posibilidad de aplicar el derecho no estatal incluso en cuestiones procesales.
206. En el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Convención de Panamá”), aprobada en la CIDIP I en la ciudad de Panamá en 1975¹³², se señala que, “[a] falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme al Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (“Reglamento de la CIAC”)¹³³. A su vez, en el artículo 30(3) de dicho Reglamento se dispone que “[e]n todos los casos, el tribunal arbitral [...] tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”. Por consiguiente, en lo que se refiere a los aspectos procesales del arbitraje, la aplicación de estas normas influye en la aplicación de normas sustantivas tales como las antedichas.
207. Además, el Acuerdo sobre Arbitraje del MERCOSUR de 1998, ratificado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, reconoce en su artículo 10 la aplicabilidad del “derecho internacional privado y sus principios”, así como del “derecho del comercio internacional”¹³⁴. Los juristas entienden esta última expresión como una aceptación del derecho no estatal.

de 2011 sobre Arbitraje Comercial Internacional; en *Chile*, el artículo 28.4 de la Ley 19.971 de 2004 sobre Arbitraje Comercial Internacional; en *El Salvador*, los artículos 59 y 78 del Decreto Legislativo 914/02, Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje; en *Guatemala*, el artículo 36.3 de la Ley 67-95, Ley de Arbitraje; en *Nicaragua*, el artículo 54 de la Ley 540 de 2005, Ley de Mediación y Arbitraje; en *Perú*, el artículo 57.2 del Decreto Legislativo No. 1071 de 2008, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje; en la *República Dominicana*, el artículo 33.4 de la Ley 489-08 sobre Arbitraje Comercial; en *Paraguay*, el artículo 32 de la Ley 1.879/02 de Arbitraje y Mediación, y en *Venezuela*, la última parte del artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998.

¹³¹ Ley No. 131/2013 de Arbitraje Nacional e Internacional de Panamá.

¹³² Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en la CIDIP I en la ciudad de Panamá, se firmó el 1 de enero 1975 y entró en vigor el 16 de junio de 1976.

¹³³ Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Modificado y vigente a partir del 1 de abril de 2002. Texto disponible en: <http://www.ciac-iacac.org/index.php/2017/10/27/reglamento-de-procedimiento/> (Fecha de consulta: 2 de enero de 2019).

¹³⁴ Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR. Decisión del Consejo del MERCOSUR N.º 03/98 del 23 de julio de 1998. Texto disponible en: <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/dec0398.asp> (Fecha de consulta: 2 de enero de 2019).

208. Los casos en los cuales se ha invocado el derecho no estatal en arbitrajes en las Américas figuran en la base de datos UNILEX¹³⁵.

6.1 En el régimen jurídico interno relativo al derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales se debería aclarar y reconocer la elección del derecho no estatal.

6.2 En relación con el derecho no estatal, se insta a los legisladores, a los juzgadores y a las partes contratantes a que lean la Convención de México a la luz de los criterios ofrecidos en los Principios de La Haya y el comentario relativo a tales principios, y a que reconozcan la diferencia entre la elección del derecho no estatal y el uso del derecho no estatal como instrumento para facilitar la interpretación.

PARTE SÉPTIMA

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

I. Generalidades

209. El principio de la autonomía de las partes atribuye a estas en un contrato comercial internacional la libertad de elegir el derecho por el que se regirá el contrato. Esta Guía no trata del poder de las partes para elegir la jurisdicción arbitral o estatal que tendría competencia en caso de contienda, de acuerdo con otra aplicación del principio de autonomía de la voluntad (a nivel mundial, la materia está contemplada en la Convención de Nueva York de 1958 y en el Convenio de la Haya sobre los Acuerdos de Elección de Foro). Esta Guía se centra en los problemas del derecho aplicable.
210. La autonomía de la voluntad es uno de los pilares del derecho de la contratación moderna y goza de un gran nivel de aceptación en el derecho internacional privado. La base de este principio es que las partes de un contrato están en las mejores condiciones para determinar qué derecho es el que se adapta mejor para regir su transacción, en lugar de dejar dicha determinación al árbitro, en caso de contienda. Ello fortalece la certeza jurídica que se requiere para estimular las transacciones comerciales, a la vez que apunta a reducir las intervenciones del Estado, en favor de la iniciativa privada.
211. La autonomía de la voluntad incluye la elección del derecho sustantivo (autonomía material) y la elección de las normas que han de regir los conflictos de leyes (autonomía conflictual). En algunos sistemas el primero depende del derecho elegido; en otras palabras, la elección del derecho determina si las partes pueden (o no) ejercer autonomía material.
212. Aunque la autonomía de la voluntad tal vez sea el principio más ampliamente aceptado en el derecho internacional privado contemporáneo, todavía existe desacuerdo en cuanto a sus modalidades, parámetros y limitaciones. Entre estos se incluye, por ejemplo, en cuanto al método de elección —que puede ser explícito o tácito— si se exige una conexión entre el derecho elegido y el derecho interno del Estado de las partes en el contrato; si se puede incluir aspectos no contractuales en la elección del derecho; qué Estado, de haberlo, puede imponer limitaciones en cuanto a la elección, y si es posible elegir normas no estatales. A lo largo de esta Guía se abordan esas cuestiones.

¹³⁵ Véase la base de datos UNILEX (www.unilex.info).

II. Evolución del principio de autonomía de la voluntad

213. El principio de autonomía de la voluntad no estaba incluido expresamente en las normas de derecho internacional privado contenidas en los códigos europeos del siglo XIX. En Sudamérica, el Código Civil chileno de 1855 y el de Argentina de 1869 fueron de los primeros del mundo en incluir normas para el derecho internacional privado; ninguno de ellos toca la materia de la autonomía de las partes en los contratos internacionales¹³⁶, lo cual es comprensible, dado que, a esa altura, no era todavía ampliamente aceptado. Los Tratados de Montevideo plantean una serie de cuestiones respecto de la autonomía de la voluntad. El Tratado de 1889 no menciona la cuestión, lo que llevó a una serie de comentaristas a sostener —muy cuestionablemente— sobre esa base que se aceptaba la autonomía de las partes. El principio está expresado en general en el artículo 166, aunque solo refiere al “derecho dispositivo” y no impide la aplicación de normas obligatorias. Pero el Tratado no reconoce el principio, como queda claro en los artículos 185 y 186, que se aplica “en ausencia de una elección expresa o implícita.”
214. En las negociaciones que antecedieron al Tratado de 1940 hubo choques entre la Delegación de Argentina, que respaldaba la admisión expresa de la autonomía de las partes, y la del Uruguay, que reclamaba su rechazo. El texto del Tratado de 1940 refleja una transacción: aunque finalmente no se incluyó la autonomía de las partes, el artículo 5 del protocolo adicional reza como sigue: “La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”. De manera que la solución del Tratado de 1940 es permitir que cada Estado, en ejercicio de su soberanía, determine en forma independiente la jurisdicción y el derecho aplicable a los contratos internacionales. Si el Estado cuyo derecho es aplicable reconoce la autonomía de las partes, ello será aceptado. De manera que, al otorgar a las partes el derecho a elegir la jurisdicción donde se ejecuta el contrato, se admite indirectamente que las partes elijan el derecho que rige.
215. Comparativamente, la autonomía de las partes no parece estar incorporada en los artículos del Código Bustamante, aunque su redactor afirmó, en un posterior trabajo doctrinario, que el Código reconocía el principio¹³⁷. El debate sobre esta cuestión sigue abierto.
216. Entretanto, el principio de autonomía de las partes se incorporó en varios otros tratados sobre derecho internacional privado. Como otra prueba de su reconocimiento internacional, el Instituto

¹³⁶ El artículo 1545 del Código Civil chileno acepta la autonomía de las partes en materias contractuales en general; no especifica si la aceptación se refiere a contratos internacionales. En los últimos años, las principales interpretaciones se inclinan en sentido afirmativo. Por otro lado, aunque el artículo 1462 dispone que “la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto”, hace años la jurisprudencia determinó que el derecho se refiere solo a acuerdos sobre elección de foro y no a las propias leyes. En todo caso, solo excluiría la jurisdicción de Estados no reconocidos como tales por Chile y no a todos los Estados extranjeros. Ejemplos de ello son *Exequátur State Street Bank and Trust Company*, Corte Suprema, 14 de mayo de 2007, rol 2349-05 o *Mauricio Hochschild S.A.C.I. con Ferrostaal A.G.*, Corte Suprema, 22 de enero de 2008, rol 3247-2006. El nuevo Código Civil y Comercial argentino reconoce expresamente la autonomía de las partes en los contratos internacionales (artículo 2651).

¹³⁷ Sánchez de Bustamante, Antonio, *Derecho internacional privado*, La Habana, Cultural, S.A., 3a. ed., 1947, Tomo II, páginas 188 y 196-197. El Código Bustamante reconoce la posibilidad de elección de la ley en los contratos de adhesión y en la interpretación del contrato, tal reconocimiento en la elección se ha hecho de una manera “tímida e inexplicable”. Véase: Romero, Fabiola, *Derecho aplicable al contrato internacional*, en: *Liber amicorum, Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, Tomo I, páginas 203 y 243.

de Derecho Internacional, en su reunión de 1991 celebrada en Basilea, aprobó una resolución en favor de la autonomía de las partes en cuestiones de derecho internacional privado¹³⁸. El artículo 2.1 de esa resolución dispone que las partes son libres de convenir el derecho aplicable a sus contratos, en tanto el artículo 3.1 establece que el derecho aplicable deriva del consentimiento de las partes. Dentro de la Unión Europea, la autonomía de las partes está consagrada en varios instrumentos, como el Convenio de Roma, posteriormente sustituido por “Roma I” (artículo 3.1).

217. También se ha considerado que el principio está contemplado en disposiciones de varias cartas estatutarias y declaraciones que establecen los derechos humanos fundamentales, como el artículo 17 y el artículo 29.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, aunque esta posición no ha sido generalmente aceptada.

III. Autonomía de la voluntad en la Convención de México y en los Principios de La Haya

218. A pesar de la reticencia que existía en esa época frente a este principio en algunos Estados de las Américas, la autonomía de las partes fue ampliamente refrendada en la Convención de México. En el inciso 1 de su artículo 7, se establece expresamente que “(e)l contrato se rige por el derecho elegido por las partes”, y en el artículo 2, que “El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte”.
219. Los Principios de La Haya también respaldan expresamente la autonomía de las partes; en su artículo 2.1 dispone que “Un contrato se rige por el derecho elegido por las partes”. Ya en la labor preparatoria, la Conferencia de La Haya había determinado que el principal objetivo del documento era fomentar la difusión del principio de la autonomía de las partes en todo el mundo, algo que había sido definido como “una necesidad” por organizaciones como la CNUDMI y UNIDROIT. Como se indica en los Comentarios a los Principios sobre la elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales (2.3), “El artículo 2 refleja el propósito principal de los Principios, que es el de establecer y definir la autonomía de la voluntad...”. El reconocimiento general del principio queda de manifiesto en las respuestas dadas al cuestionario distribuido por la Conferencia de la Haya en 2007, cuyos resultados también hicieron constar la existencia de anacronismos en algunas regiones de África y América Latina¹³⁹.

A. Contrato principal, elección del derecho y elección de foro

220. En el supuesto de la aceptación de la autonomía de las partes para elegir el derecho, surge la cuestión de “dónde” pueden ejercer esa opción. Las partes pueden elegir el derecho dentro del “contrato principal” o bien pueden suscribir un acuerdo separado a tal efecto.
221. En los Comentarios a los Principios sobre la elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales (1.6) se emplea el término “contrato principal” para referirse al acuerdo contractual primario entre las partes. Ejemplos de él son los contratos de venta de bienes, prestación de servicios o de préstamo. Como se observa en el Comentario, el acuerdo de las partes sobre elección del derecho debe distinguirse del contrato principal.
222. El acuerdo sobre la “elección del derecho” debe distinguirse también del acuerdo de “elección de foro”. Como se indica en el Comentario (1.7), estos convenios incluyen cláusulas o acuerdos sobre jurisdicción, elección de foro, elección de juzgado o elección de órgano jurisdiccional,

¹³⁸ Instituto de Derecho Internacional, Período de Sesiones de Basilea, 1991. Autonomía de las partes en contratos internacionales entre particulares o entidades privadas. Relator de la Séptima Comisión, Eric Jayme. Disponible en inglés aquí: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_02_en.pdf

¹³⁹ El cuestionario se encuentra en: <https://assets.hcch.net/docs/20c08e8a-3055-472c-ab7d-1665551705c2.pdf>

términos que son sinónimos para referirse al acuerdo de las partes sobre el foro (generalmente un órgano jurisdiccional) que debe resolver los conflictos que surjan del contrato principal.

223. Los acuerdos sobre “elección del derecho” y “elección de foro” deben también distinguirse de los acuerdos sobre arbitraje. Estos acuerdos son concertados entre las partes para someter sus conflictos a un tribunal arbitral. Como se indica en el Comentario 1.7, aunque esas cláusulas o acuerdos (en conjunto, conocidos como “acuerdos de resolución de conflictos”) se combinan a menudo en la práctica con los de elección del derecho aplicable, su finalidad es diferente.

B. Elección del derecho no estatal

224. En el supuesto de la aceptación de la autonomía de las partes para elegir el derecho, surge la cuestión de “qué” pueden elegir y si ello incluye el “derecho no estatal”. La Convención de México admite claramente la aplicación del derecho no estatal ante la ausencia de elección. En ausencia de una elección, o si ésta resultara ineficaz, según el artículo 9, el tribunal tomará en cuenta “los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por organismos internacionales”. Estos incluirían, por ejemplo, los Principios de UNIDROIT.
225. Sin embargo, la Convención de México no prevé que las partes puedan elegir un derecho no estatal. En ausencia de una disposición específica, una escuela de pensamiento considera que tal elección no sería viable. Esa posición se basa en el artículo 17, el cual establece: “Para los efectos de esta Convención se entenderá por ‘derecho’ el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”. De acuerdo con esa interpretación, el derecho elegido debe ser el de un Estado, aunque no sea parte de la Convención de México, siempre que la elección sea el derecho de un Estado. Otra escuela de pensamiento, incluyendo a aquellos que se adhieren a las opiniones de los redactores Siqueiros and Juenger, sostiene que, según el artículo 7, las partes pueden elegir el derecho no estatal en base a los artículos 9 y 10¹⁴⁰.
226. Por su parte, los Principios de La Haya estipulan, en el artículo 3, que las partes pueden elegir el derecho no estatal si éste satisface ciertos requisitos.
227. En las deliberaciones del Grupo de Trabajo que preparó la versión preliminar de los Principios de La Haya, se consideraron tres opciones para la elección de normas no estatales: (1) reservarla para el tribunal arbitral, (2) admitir la elección de un derecho no estatal independientemente del mecanismo de solución de controversias, (3) omitir toda referencia a un derecho no estatal y dejarlo así abierto a la interpretación de jueces y árbitros. La primera opción habría sido equivalente a mantener el statu quo. De hecho, aunque las normas arbitrales más recientes admiten la opción de elegir un derecho no estatal como marco jurídico para un contrato internacional (por ejemplo, véase *supra* el planteamiento sobre derecho no estatal y arbitraje), por contraste, la mayoría de los tribunales no admiten la elección de un derecho no estatal. En otras palabras, a menos que las partes opten por incluir una cláusula de arbitraje en el contrato, estarán sujetas al derecho de un Estado específico. La tercera opción admitiría que una corte o tribunal arbitral del Estado lo determinara. Por una parte, podría argumentarse que esta opción es la más coherente con el principio de la autonomía de las partes. Sin embargo, ello significaría que la corte o el tribunal arbitral interpretaría los Principios de La Haya para determinar si la cláusula sobre la elección del derecho por las partes (o la elección de las normas de derecho) cumple con el artículo 3, un proceso interpretativo que no comportaría el recurso a la autonomía

¹⁴⁰ Los que adhieren a la primera escuela cuestionan la veracidad de esa interpretación y sostienen que los artículos 9 y 10 no son aplicables a los casos en que ha habido elección, sino para asistir a los tribunales en la determinación del derecho aplicable en ausencia de una elección efectiva. También argumentan que el artículo 7 no comprende la elección del derecho no estatal entre las posibles opciones porque, conforme al artículo 17, “se entenderá por ‘derecho’ el vigente en un Estado”.

de las partes. Por otro lado, la falta de una respuesta concreta al problema, daría lugar a incertidumbre. Por último, el Grupo de Trabajo eligió la segunda opción. En otras palabras, los Principios de La Haya permiten la elección de un derecho no estatal, sin importar del método de solución del conflicto.

C. Los Principios de La Haya como herramienta interpretativa de la Convención de México para la elección del derecho no estatal

228. Como se indicó, la Convención de México acoge ampliamente el principio de la autonomía de las partes. También se ha señalado que la Convención de México admite claramente que un tribunal tome en cuenta el derecho no estatal en ausencia de una elección efectiva, pero no llega a disponer que una parte pueda elegir un derecho no estatal. Según lo antes señalado, una escuela de pensamiento sostiene que, por lo tanto, según el principio de autonomía de las partes, es posible elegir un derecho no estatal como derecho aplicable.
229. En tal sentido, los Principios de La Haya ofrecen una ayuda interpretativa sustancial para determinar lo que significa un derecho no estatal para que pueda elegirse como derecho aplicable. Como se explicó antes, el derecho debe ser un conjunto de normas, el conjunto debe ser neutral y equilibrado (por ejemplo, los Principios de UNIDROIT o la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías). Por otro lado, las cláusulas o condiciones contractuales redactadas unilateralmente obviamente no reúnen los requisitos necesarios (por ejemplo, los contratos de la FIDIC o las normas de la GAFTA, antes explicadas).
230. Ello no significa que no se puedan tener en cuenta los usos, prácticas y principios internacionales al interpretar o complementar el contrato. Pero este es un tema separado del derecho aplicable que puede ser elegido en virtud del principio de autonomía de las partes. En otras palabras, una cosa es el ejercicio del derecho no estatal como herramienta interpretativa, y otra es la elección del derecho no estatal que regirá el contrato. En este último caso, los Principios de La Haya ofrecen criterios útiles sobre la elegibilidad.

IV. Autonomía de la voluntad en las legislaciones nacionales

231. En esta sección se incluye una breve reseña de la autonomía de las partes en las legislaciones nacionales de la región, no con miras a una interpretación, sino simplemente para informar sobre su estado actual. Actualmente, parecería que hay un solo Estado en el que se rechaza de plano el principio (Uruguay, aunque la materia no está libre de controversia) y otro en que su admisibilidad sigue siendo poco clara (Brasil). En cuanto a la inclusión de disposiciones específicas en la legislación nacional que permitan la elección del derecho no estatal por las partes, ello aparentemente sigue siendo la excepción; hasta la fecha parecería que solo México, Panamá y Paraguay han adoptado medidas en tal sentido.
232. En *Argentina*, el nuevo Código Civil y Comercial reconoce expresamente la autonomía de las partes en los contratos internacionales (artículo 2651). El inciso d) de este artículo admite la incorporación del derecho no estatal por referencia.
233. El Código Civil *boliviano* (artículo 454) consagra el principio de la libre elección. Este principio se acepta en Bolivia como lo confirma un dictamen reciente del Tribunal Constitucional de Bolivia¹⁴¹. Aunque el caso se refería a un contrato interno, el dictamen afirmó el derecho de las partes a elegir el derecho que mejor se ajustara a su relación jurídica en tanto no perturbara el

¹⁴¹ Sentencia constitucional 1834/2010-R, 25 de octubre de 2010.

orden público¹⁴². La interpretación que parecería emanar es que este derecho es aplicable también en el caso de los contratos internacionales, con ciertas excepciones, tales como los contratos con el Gobierno de Bolivia o los contratos suscritos por inversores internacionales¹⁴³.

234. En *Brasil*, la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileiro (“LINDB”) actualmente no contiene ninguna disposición expresa sobre esta materia. A lo largo de los años, ha habido intentos de introducir cambios; la última propuesta de enmienda a esta legislación, el proyecto de ley 4.905, se encuentra en suspenso en el Congreso. Este proyecto incorporaría un nuevo artículo 9 en cuyo primer inciso se reconocería la autonomía de las partes¹⁴⁴. Se admite en procesos de arbitraje o toda vez que se aplique la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CIM”), que fue ratificada y está vigente en Brasil. Los dictámenes judiciales son contradictorios, pues en algunos se acepta la autonomía de las partes y en otros se rechaza¹⁴⁵.
235. *Canadá* reconoce la autonomía de las partes. En la provincia de Quebec (la única jurisdicción de derecho civil del país), el principio está codificado en el artículo 3111 del Código Civil de Quebec (“CCQ”). El principio también está reconocido en las jurisdicciones del common law de Canadá. Existen limitaciones en relación con los derechos del consumidor y los contratos de trabajo en Quebec y en las jurisdicciones del common law¹⁴⁶.
236. En *Chile*, hay cierta incertidumbre en torno al reconocimiento de la autonomía de las partes, pero una lectura sistemática de algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio¹⁴⁷ ha dado lugar a una posición doctrinaria en el sentido de que se acepta el principio y así lo confirman las interpretaciones judiciales¹⁴⁸. Por otro lado, aunque el artículo 1462 establece que la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por la legislación chilena es nula debido al vicio del objeto, la colectividad judicial ha entendido que esta norma se refiere a la jurisdicción y

¹⁴² El Tribunal cita el artículo 454 del Código Civil y el comentario sobre el mismo de Carlos Morales Guillén, reconocido comentarista del Código Civil boliviano, que a su vez cita a otros autores. Esta doctrina de los principios básicos de la autonomía de la voluntad puede resumirse en los postulados siguientes: “1) Las personas individuales son libres de contratar y discutir, en pie de igualdad, las condiciones del acuerdo; determinar el contenido de su objeto; combinar diferentes tipos de contratos previstos por la ley o crear otros completamente nuevos; 2) pueden optar por la legislación más conveniente u relación jurídica o desestimar la aplicación de cualquier ley de carácter supletorio; 3) se desconocen las formas rituales y las formas solemnes han de ser excepcionales; 4) los efectos del contrato son los que las partes hayan querido darle y las reglas de interpretación no le asignan al juzgador la facultad de hacer prevalecer su criterio por encima de la intención de las partes (*sic*)” (Morales Guillén, Carlos, Código Civil, 1997, citando a Planiol y Ripert y Pérez Vives).

¹⁴³ Informe sobre contratos de 2016, nota 1 *supra*, respuesta de Bolivia.

¹⁴⁴ Art. 9. Los contratos internacionales entre profesionales, hombres de negocios y comerciantes se rigen por el derecho elegido por las partes y el acuerdo de las partes para dicha elección debe ser expreso. 1. La elección debe referirse a todo el contrato, pero no se exige conexión entre el derecho elegido y las partes o la transacción.

¹⁴⁵ Se ha aceptado, por ejemplo, en los siguientes procesos: TJSP, DJe 30 nov.2011, Apel. Cív. 9066155-90.2004.8.26.0000; TJSP, j. 06 jun.2008, Apel. Cív. 9202485-89.2007.8.26.0000; y fue rechazado en otros, por ejemplo: TJSP, j. 19 feb.2016, Apel. Cív. 2111792-03.2015.8.26.0000; TJSP, DJe 09 ene.2012, Apel. Cív. 0125708-85.2008.8.26.0000.

¹⁴⁶ Por ejemplo, Código Civil de Quebec, artículo 3117-18; Ley de Saskatchewan sobre Protección del Consumidor y Prácticas Comerciales, SS 2014, c. C-30.2, secciones 15 y 101(2); y Ley de Ontario sobre Normas de Empleo, 2000, SO 2000, c. 41, s. 5.

¹⁴⁷ Como el artículo 113 del Código de Comercio y el artículo 16 del Código Civil, junto con el artículo 1545 del Código Civil (“todo contrato celebrado legalmente es una ley para los contratantes ...”).

¹⁴⁸ Por ejemplo: Raimundo Serrano Mac Auliffe Corredores S.A, Corte Suprema, 30 de noviembre de 2004, role 868-2003; Exequatur Cubix c. Markvision, Corte Suprema, 20 de agosto de 2014, role 10890-2014.

no al derecho aplicable¹⁴⁹. La autonomía de las partes en la elección del derecho también ha sido validada en las normas que rigen los contratos internacionales en el sector público¹⁵⁰. Esta validación jurídica de la elección del derecho para el sector público, consecuentemente, ha consolidado su reconocimiento judicial con respecto a las entidades privadas, que se rigen por el principio de la autonomía de las partes.

237. En *Colombia*, en materia de arbitraje internacional, con excepción de los contratos que involucran al Estado (artículo 13 de la Ley 80 de 1993), las partes tienen libertad para elegir la ley aplicable al fondo (artículo 101 de la Ley 1563 de 2012). Fuera de este ámbito, en los asuntos que se rigen por el derecho interno, las partes tienen la libertad de elegir el derecho extranjero en su relación contractual siempre que esto no sea contrario al orden público nacional. En casos de *exequatur*, las interpretaciones han sido más flexibles y los tribunales han concluido que las normas de conflicto de leyes no son “pautas obligatoriamente vinculantes”¹⁵¹.
238. En la *República Dominicana*, sus normas de derecho internacional privado recientemente aprobadas reconocen la autonomía de las partes en los artículos 58 a 60 (Ley 544 de 2014).
239. En *El Salvador*, el principio de la autonomía de las partes está reconocido por la judicatura y ha sido defendido por la Corte Suprema, en particular por su Sala Constitucional, sobre la base del artículo 23 de la Constitución, que garantiza la libertad de contratación¹⁵². Los tribunales también se han basado en disposiciones del Código Civil que afirman que “(t)odo contrato legalmente celebrado es obligatorio para las partes contratantes y solo cesan sus efectos entre las partes por consentimiento de éstas o por causas legales” (artículo 1416).
240. En *Guatemala*, el artículo 31 de la Ley del Organismo Judicial establece: “(l)os actos y negocios jurídicos se rigen por la ley a que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a leyes prohibitivas expresas o al orden público”. Aunque esta disposición no especifica si ella se aplica a contratos nacionales o internacionales, al igual que en otros Estados latinoamericanos, en ausencia de normas especiales para los contratos internacionales, en ciertos casos se aplican las normas de los contratos nacionales. El uso del término “ley” utilizado, sugiere que se descarta la elección del derecho no estatal.
241. En *Jamaica* rige el common law heredado del Reino Unido. De acuerdo con la jurisprudencia, los contratos internacionales se rigen por el derecho que eligen las partes¹⁵³.
242. *México* firmó y ratificó la Convención de México; sin embargo, el principio de autonomía de la voluntad ya estaba consagrado en su legislación interna (artículo 13, sección V, del Código Civil Federal).
243. En *Panamá*, el nuevo Código de Derecho Internacional Privado (2015) dispone lo siguiente en su artículo 72: “La autonomía de la voluntad de las partes regula y reglamenta los contratos internacionales siendo su única limitación el orden público y el fraude a la ley aplicable”. Sin embargo, el derecho no estatal solo podría ser objeto de incorporación por referencia. Esto se debe a que el artículo 80 dispone lo siguiente: “Es válido entre las partes pactar dentro de los

¹⁴⁹ Por ejemplo: *Exequatur State Street Bank and Trust Company; Mauricio Hochschild S.A.C.I. with Ferrostaal A.G.*, nota 136 *supra*.

¹⁵⁰ Artículo 1 del Decreto Ley No. 2.349 de 1978.

¹⁵¹ Suprema Corte de Justicia, Sala de lo Civil, Sentencia de 5 de noviembre de 1996, Exp. 6130, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

¹⁵² Diario Oficial No. 50, Tomo 394, 13 de marzo de 2012. Disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv>.

¹⁵³ *Vita Foods Products Inc. c. Unus Shipping Co. Ltd.*, [1939] 1 All E.R. 513; y *DYC Fishing Limited c. Perla Del Caribe Inc.*, [2014] JMCA Civ. 26, §§ 42-44, que cita *R. c. International Trustee for the Protection of Bondholders*, [1937] 2 All E.R. 164 and *Bonython c. Commonwealth of Australia*, [1951] AC 201.

contratos de comercio los usos generales, las costumbres dentro de la actividad comercial y las prácticas reiterativas de carácter internacional conocidas por las partes en calidad de operadores del comercio o agentes económicos dentro de sus relaciones internacionales. El conjunto de usos, costumbres y prácticas comerciales internacionales es fuente de derecho y es vinculante desde que se pacta o se desprende de la actividad natural de comercio”. Análogamente, el artículo 79 dispone lo siguiente: “Las partes podrán utilizar los principios sobre los contratos comerciales internacionales reglamentados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT por sus siglas en inglés, como regla supletoria al derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro, en los contratos o relaciones de Derecho Comercial Internacional”.

244. En *Paraguay*, ante las deficiencias existentes entre los textos del Código Civil y los Tratados de Montevideo utilizados como fuente, existían dudas sobre la admisión del principio de la autonomía de la voluntad hasta el año 2013, en que la Corte Suprema de Justicia lo acogió de manera favorable¹⁵⁴. No obstante a fin de asegurar una mayor certeza, fue necesario promulgar una ley que zanjara definitivamente la cuestión. En consecuencia, la primera parte del artículo 4 de la nueva ley de Paraguay sobre contratos internacionales, que reproduce casi textualmente el artículo 2 de los Principios de La Haya y está en consonancia con el artículo 7 de la Convención de México, dispone que “un contrato se rige por el derecho elegido por las partes...”. (artículo 4.1). Además, el artículo 5, basado en el artículo 3 de los Principios de La Haya, reconoce expresamente el derecho no estatal.
245. En *Perú*, la norma más destacada tal vez sea el artículo 2095 del Código Civil, el cual establece que las obligaciones contractuales se rigen por el derecho expresamente elegido por las partes. De manera que, aun cuando se reconoce la autonomía de la voluntad por la cual las partes pueden elegir un derecho extranjero, no pueden elegir el derecho no estatal (véase también el artículo 2047).
246. En los *Estados Unidos*, el principio de autonomía de la voluntad fue inicialmente rechazado en el First Restatement of Conflict of Laws de 1934 (como ya se señaló, aunque el Restatement [reformulación] no es un “código”, se trata de un texto académico sumamente persuasivo), pese a la existencia de dictámenes judiciales en contrario. Fue incluido finalmente en el Second Restatement de 1971 (sección 187(2)). En la misma época, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció claramente el principio en el caso *Bremen v. Zapata*, aunque el mismo se refería a la elección de foro y no de derecho¹⁵⁵. No obstante, la condición del principio en todos los Estados Unidos no es tan simple como parecería. Las normas del First Restatement se siguen aplicando en diversos Estados de los Estados Unidos. Aun cuando, en aquellos en los que se han aprobado las normas sobre autonomía de la voluntad del Second Restatement, su aplicación precisa requiere comprender los métodos del First Restatement¹⁵⁶. Además, corresponde señalar

¹⁵⁴ Acuerdo y Sentencia No. 82 de 21 de marzo de 2013, en Reconstitución del Expte. Hans Werner Bentz v. Cartones Yaguareté S.A. s/ Incumplimiento de contrato.

¹⁵⁵ *The Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 92 S. Ct. 1907 (1972). Como el caso ha tenido un “tratamiento negativo” por algunos, se ha cuestionado su autoridad.

¹⁵⁶ Se requiere un análisis más detallado que tal vez sobrepase el alcance de esta Guía; se necesitaría una descripción de las Secciones 187 y 188, dado que la 187 en muchos casos entraña una determinación previa del Estado cuyo derecho se elegiría al amparo de la 188. Esto se debe a que la sección 188 dispone que la jurisdicción cuyo derecho sea elegida se determina en base a un análisis de la jurisdicción que tenga la relación más significativa con la transacción y las partes, teniendo en cuenta los contactos de cada jurisdicción potencialmente pertinente (como el lugar de la negociación, el lugar de la contratación, el lugar de la ejecución, la ubicación de la materia del contrato y el lugar de constitución, domicilio, residencia o nacionalidad de las partes). Estos contactos deben evaluarse a la luz de un conjunto de factores que figuran en la Sección 6 del

que está en proceso un nuevo proyecto de Restatement of Conflict of Laws¹⁵⁷. Asimismo, en el caso de la venta de mercancías no regida por la CIM, se aplicará el artículo 2 del Código Comercial Uniforme (“CCU”), complementado por su artículo 1. Conforme al CCU, las partes tienen libertad para elegir el estado de Estados Unidos o la nación soberana cuyas leyes regirán su transacción, siempre que la transacción tenga una relación razonable con el estado o país elegido. “Excepto disposición en contrario en esta sección, cuando una transacción tiene una relación razonable con este estado y también con otro estado o nación, las partes pueden acordar que el derecho de cualquiera de estos rija sus derechos y deberes”¹⁵⁸.

247. En *Uruguay*, el artículo 2399 del Apéndice al Código Civil dispone lo siguiente: “Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad por otra parte con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889”. En virtud de este artículo, el que se respete o no la autonomía de la voluntad, se determinará de conformidad con el derecho del lugar de ejecución del contrato internacional en cuestión. Asimismo, el artículo 2403 del mismo Apéndice dispone que “las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este título no pueden ser modificadas por voluntad de las partes. Esto solo podrá ejercerse dentro del margen que le confiere la ley competente”.
248. En *Venezuela*, la Ley de Derecho Internacional Privado se limita a afirmar que un contrato estará sometido al derecho elegido por las partes, sin establecer la forma y tiempo de tal elección¹⁵⁹. Tal vacío es subsanado a través de las normas de la Convención de México, con lo

Second Restatement, que incluyen los intereses interestatales o internacionales, intereses gubernamentales individuales, expectativas justificadas de las partes, políticas básicas comunes del campo del derecho y aspectos procesales y otros de tipo administrativo de las partes y del tribunal. La determinación de la jurisdicción que tenga la relación más significativa cumple pues un papel en la evaluación de un acuerdo de elección del derecho. En particular, solo los intereses fundamentales del estado cuyo derecho sería de otro modo aplicable son capaces de invalidar la autonomía de las partes en base a lo que otras jurisdicciones pudieran considerar una política pública dominante. Además, la sección 187 apunta a limitar la autonomía de las partes en los casos en que el estado del derecho elegido no tenga ninguna relación sustancial con las partes o con la transacción.

El Second Restatement representa un cambio en la práctica de los Estados Unidos durante el período de 1960 a 1980. Los conceptos territoriales basados en donde “surgen los derechos adquiridos” dominaron el pensamiento en dicho país sobre la elección del derecho antes de 1960. Desde esos años, la mayoría de los estados han adoptado, para las acciones transitorias (por ejemplo, contratos y otros), metodologías multifactoriales centradas en los intereses estatales, en políticas de orden multilateral y en las expectativas justificadas de las personas, entre otras cosas. La complejidad de estos nuevos sistemas y sus resultados imprecisos, sumados a la atención directa que presta a las expectativas justificadas de las partes, tal vez haya suscitado apoyo al reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en los Estados Unidos. Para entender cabalmente el derecho y la práctica estadounidenses se necesita una explicación más profunda del common law, de los Restatements (como se señaló), y de la trayectoria histórica de la supuesta “revolución de la elección del derecho” en los Estados Unidos. Cabe señalar también que, en los casos internacionales los principios del Restatement 3rd de la Ley de Relaciones Exteriores son asimismo pertinentes, aunque la Sección 6 del Restatement 2nd de Conflictos de Leyes expresamente se refiere a políticas de orden “internacional”, y por ende se entrecruza con el Restatement de la Ley de Relaciones Exteriores. De manera que los abogados extranjeros tendrían que ser conscientes también de este entrecruzamiento. Como estos dos Restatements están en vías de examen, los conceptos compendiados en estos documentos estadounidenses, de hace décadas, no son inmodificables.

¹⁵⁷ American Law Institute, Restatement of the Law Third Conflict of Laws (Anteproyecto No. 3), 3 de octubre de 2017.

¹⁵⁸ CCU § 1-301(a).

¹⁵⁹ Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998.

cual, en el marco del sistema venezolano de derecho internacional privado, la autonomía de las partes goza de un amplio marco de aplicación.

V. Autonomía de la voluntad en el arbitraje

249. Como se indicó, esta Guía no aborda la autoridad de las partes para escoger la jurisdicción arbitral o estatal que tendría competencia en caso de conflicto (elección de foro); no obstante, esa es una materia distinta y no obstaculiza el tema de la elección por las partes del derecho aplicable a la sustancia de un contrato con una cláusula de arbitraje.
250. El principio de la autonomía de la voluntad fundamenta la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (“Convención de Montevideo”)¹⁶⁰. De los 35 Estados Miembros de la OEA, casi todos han adherido a la Convención de Nueva York o la han ratificado¹⁶¹, 19 han ratificado la Convención de Panamá¹⁶² y 10 han ratificado la Convención de Montevideo¹⁶³.
251. Aunque estos instrumentos no abordan directamente el problema del derecho aplicable, la autonomía de la voluntad está reconocida tanto en cuanto a la validez de la cláusula arbitral, como al propio proceso arbitral en sí y al reconocimiento del laudo, en particular dado que una de las causas de nulidad es que el arbitraje no se haya realizado conforme al acuerdo de las partes. Asimismo, queda entendido o puede inferirse que deben respetarse las cláusulas sobre elección del derecho aplicable al fondo de la cuestión.
252. Por contraste, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (el “Convenio Europeo”) sí prevé expresamente en su artículo VII que “las partes podrán según su libre criterio determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia”¹⁶⁴. Análogamente, el Acuerdo de Arbitraje del MERCOSUR de 1998, ratificado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, dispone expresamente que “las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia”¹⁶⁵.
253. Cuando se trate de arbitraje en materia de inversiones, el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra reconocido en la Convención del CIADI, que ha sido ratificada por varios Estados de las Américas. Por las disposiciones de su artículo 42, las partes pueden acordar las “normas de derecho” que deseen, pero en ausencia de tal acuerdo, el tribunal arbitral aplicará el derecho del Estado y las normas de derecho internacional que considere aplicables.
254. Por su parte, la Ley Modelo de la CNUDMI incluye el principio de la autonomía de la voluntad (artículo 28(1)) y el comentario pertinente indica que esto es importante dado que varias legislaciones nacionales no reconocen clara o plenamente tal facultad. En forma congruente con esa recomendación, existen hoy en toda América Latina numerosas leyes arbitrales que estipulan la autonomía de la voluntad, tanto para la opción de recurrir al arbitraje internacional como para

¹⁶⁰ Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros aprobada en Montevideo en la CIDIP-II el 8 de mayo de 1979 y vigente a partir del 14 de junio de 1980.

¹⁶¹ Véase la nota 72 *supra*.

¹⁶² <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html> (Fecha de consulta: el 28 de agosto de 2018).

¹⁶³ <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html> (Fecha de consulta: el 28 de agosto de 2018).

¹⁶⁴ Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, concluida el 21 de abril de 1961 y vigente desde el 7 de enero de 1964. Texto disponible en: https://www.arbitrationindia.com/geneva_convention_1961.html.

¹⁶⁵ Artículo 10, nota 134 *supra*.

elegir el derecho que habrá de aplicarse para la solución de una controversia por ese mecanismo¹⁶⁶.

7.0 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería afirmar una clara adhesión al principio de la autonomía de la voluntad internacionalmente reconocido como lo reiteran la Convención de México y en los Principios de La Haya y otros instrumentos internacionales.

PARTE OCTAVA

ELECCIÓN DEL DERECHO: EXPRESA O TÁCITA

I. Elección expresa del derecho

255. Las partes pueden elegir el derecho aplicable a sus contratos de manera expresa o tácita. La autonomía de la voluntad presupone que las partes han ejercido su deseo de efectuar tal elección.
256. La elección expresa surge claramente del acuerdo, y puede ser oral o escrita. A veces la elección expresa se hace por referencia a un factor externo, como la localización del establecimiento de una de las partes. El comentario al artículo 4 de los Principios de La Haya presenta un ejemplo en el que las partes pactan un contrato que “se regirá por el Derecho del Estado donde radique el establecimiento principal del vendedor.”

II. Elección tácita del derecho

A. Fórmulas en el derecho comparado

257. A veces, la elección del derecho puede no ser tan clara. La intención no es tratar de determinar la voluntad hipotética de las partes. Una interpretación restrictiva sugiere que el juzgador debe limitarse a comprobar la elección del derecho según se desprenda de las cláusulas contractuales, absteniéndose de indagar sobre cualquier otra circunstancia externa. Así es como se interpreta el artículo 2 (2) del Convenio de La Haya de 1955 sobre la Ley Aplicable a las Ventas¹⁶⁷.
258. Según una interpretación amplia, el juez examinará no solo los términos expresos del contrato, sino que también tomará en cuenta las circunstancias del caso o “la conducta de las partes”. Así lo prevé el Convenio de La Haya de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios (artículo 5 (2)) y el Convenio de La Haya de 1986 sobre Compraventa (artículo 7 (1))¹⁶⁸.
259. El Convenio de Roma sigue casi textualmente el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios al establecer en su artículo 3(1) que la elección “deberá ser expresa o resultar con una razonable certidumbre de las disposiciones del contrato y de las

¹⁶⁶ Esto es lo que sucede, por ejemplo, en *Chile* (artículo 28 de la Ley 19.971 de 2004 sobre arbitraje comercial internacional); en *Colombia* (artículo 101 de la Ley 1.563 sobre arbitraje nacional e internacional); en *Guatemala* (artículo 36.1 de la Ley de Arbitraje); en *Panamá* (artículo 3 del Decreto Ley 5 de 1999, que establece el régimen general de arbitraje, conciliación y mediación, sustituido por la Ley 131 de 2013); en *Perú* (artículo 57 del Decreto 1071, que regula el arbitraje; en Perú, el arbitraje es obligatorio para los contratos con el Estado (artículo 45.1 de la Ley de Contratación con el Estado, Ley 30225); en *Brasil* (artículo 2 de la Ley 9.307 de 1996); en *Costa Rica* (artículo 28 de la Ley 8.937 sobre arbitraje comercial internacional); en *México* (artículo 1445 del Código de Comercio), y en *Paraguay* (artículo 32 de la Ley 1.879 de 2002, sobre arbitraje y mediación).

¹⁶⁷ Nota 23 *supra*.

¹⁶⁸ Notas 24 y 23 *supra*.

circunstancias del caso”. En su comentario oficial al Convenio de Roma, Giuliano y Lagarde señalaban que la voluntad tácita resulta cierta, por ejemplo, cuando las partes escogen un tipo de contrato regido por un sistema jurídico particular, cuando existe un contrato anterior que especifica las leyes o disposiciones de un país determinado, o cuando un contrato forma parte de una serie de transacciones y se ha elegido un sistema legal para el acuerdo sobre el cual reposan los demás¹⁶⁹.

260. Roma I sigue admitiendo la elección tácita (pese a algunas propuestas de eliminarla), siempre que esté “demostrada expresa y claramente en los términos del contrato o las circunstancias del caso” (artículo 3.1). El cambio terminológico con respecto al Convenio de Roma tiene que ver sobre todo con el fortalecimiento de la versión inglesa (así como la alemana) con el requisito de que una elección tácita debe estar “demostrada claramente” y no solo “demostrada con razonable certeza”. Esto no apunta a cambiar el espíritu de la norma anterior, sino simplemente armonizar las versiones inglesa y alemana con el texto francés del Convenio de Roma.

B. Elección tácita en la Convención de México

261. El artículo 7, inciso 1, del instrumento interamericano establece que “(e)l acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto.” A tal efecto, deben considerarse todos los puntos de contacto del contrato, como el lugar de formación y ejecución, idioma, moneda y foro o lugar del arbitraje, para citar algunos ejemplos.
262. La cuestión de la elección del derecho aplicable fue materia de intenso debate en las deliberaciones que condujeron a la Convención de México. Está claro a partir de la redacción del artículo que la conducta de las partes y las cláusulas del contrato son indicadores que el tribunal debe considerar en forma acumulativa y facilitarle a éste llegar a la conclusión de que es “evidente”. De lo contrario, se aplicará el artículo 9 como si no hubiera existido elección. Es decir que la Convención de México no acepta una elección hipotética; se exige una intención clara y obvia de elegir el derecho aplicable. Por ejemplo, si las partes en el contrato se refieren a las normas específicas de un Estado en particular en la elección de la cláusula sobre el derecho y su conducta es coherente con el contenido de esa cláusula, el tribunal puede considerar que la elección del derecho de ese Estado es “evidente”.

C. Elección tácita en los Principios de La Haya

263. Según el artículo 4 de los Principios de La Haya, “(l)a elección del Derecho aplicable [...] debe efectuarse de manera expresa, o resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias”. Este instrumento admite, pues, que la elección del derecho puede ser expresa o tácita, en tanto lo sea de manera clara.
264. La cuestión fue objeto de intenso análisis también en las deliberaciones del Grupo de Trabajo de La Haya¹⁷⁰. Ante la falta de consenso en el derecho comparado, se pensó que debía alentarse a las partes a ser explícitas en la elección del derecho. Para mayor certeza, se decidió adoptar la fórmula de que la elección “debe efectuarse de manera expresa o resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias”. La mayoría de los expertos expresaron su preocupación de que la norma de “intenciones manifiestamente claras” sería de un nivel

¹⁶⁹ Informe relativo al Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Convenio de Roma) por Mario Giuliano, Profesor, Universidad de Milán, y Paul Lagarde, Profesor, Universidad de París I, disponible en inglés: http://aei.pitt.edu/1891/1/Obligations_report__Guiliano_OJ_C_282.pdf.

¹⁷⁰ Nota 27 *supra*.

sumamente alto, en particular para ciertos Estados que requieren estándares normativos de menor nivel para otros aspectos sustanciales del contrato. Por consiguiente, de no haber indicación expresa al respecto, la elección puede inferirse si resulta “claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias”.

265. El Comentario a los Principios de La Haya (“el Comentario a los PH”) (4.13) explica que las circunstancias específicas del caso pueden indicar la intención de las partes con respecto a la elección del derecho aplicable. Su comportamiento y otros factores relacionados con la celebración del contrato pueden ser particularmente pertinentes. Este principio puede resultar también aplicable en el caso de contratos conexos. Por tanto, si en sus tratos anteriores las partes han efectuado sistemáticamente una elección expresa del derecho de un determinado Estado para regir sus contratos, y las circunstancias no indican que tenían la intención de cambiar esta práctica en el contrato actual, el juzgador puede concluir que las partes tienen la intención clara de que el contrato en cuestión se rija por la legislación del mismo Estado, aunque dicha elección expresa no figure en él.
266. Añade el Comentario a los PH (4.14) que las elecciones tácitas deben resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias, por lo cual la elección debe ser evidente a partir de la existencia de pruebas concluyentes. En el aludido Comentario (4.9) se indica que es ampliamente aceptado que la utilización de un formulario modelo empleado generalmente en el contexto de un determinado sistema jurídico puede indicar la intención de las partes de que el contrato se rija por ese sistema, aunque no exista una declaración expresa al efecto. El ejemplo ofrecido es el de un contrato de seguro marítimo en la forma de una póliza de Lloyd’s. Dado que este modelo de contrato se basa en el derecho inglés, su uso por las partes puede indicar su intención de someter el contrato a dicho ordenamiento jurídico. Lo mismo ocurre cuando el contrato contiene una terminología característica de un sistema jurídico concreto o referencias a disposiciones nacionales que evidencian que las partes estaban pensando en dicho ordenamiento y deseaban someter el contrato al mismo (4.10).

III. Elección de foro y elección tácita del derecho

267. Según el artículo 7, inciso 2 de la Convención de México, “(l)a selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”. En las deliberaciones que condujeron a la Convención de México, la delegación estadounidense, cuya postura sobre este punto no prosperó, se manifestó a favor de que la elección del foro debía considerarse una elección tácita del derecho aplicable. Esta postura coincide con una solución históricamente consagrada en el *common law* y en la argumentación se puede decir que, aunque las normas digan lo contrario, existe una *tendencia interna* de los tribunales a aplicar su propia legislación. Obviamente, éste podría ser un elemento importante pero, en definitiva, la *elección* de foro no debe ser el factor determinante para decidir que deba aplicarse el *derecho* de ese foro.
268. La solución del instrumento interamericano coincide con la de la segunda cláusula del artículo 4 de los Principios de La Haya. De acuerdo con el Comentario a esta norma (4.11), “las partes pueden haber elegido un foro concreto debido a su neutralidad o especialización”. En este sentido dictaminó un tribunal judicial de Luxemburgo, en aplicación del artículo 3.1 del Convenio de Roma, que “la elección de tribunales luxemburgueses, a falta de cualquier otra conexión con este país, no es suficiente para deducir que se hace una referencia tácita al derecho luxemburgués”. Obviamente, el acuerdo de elección de foro de las partes para atribuir competencia a un determinado tribunal puede ser uno de los factores que se deban tener en cuenta para determinar si las partes deseaban que el contrato se rigiese por el derecho de ese foro, especialmente cuando se le haya otorgado jurisdicción exclusiva a tal foro. Por el contrario, sin duda debe asignarse menos preponderancia a las cláusulas de jurisdicción no

exclusiva para determinar el derecho que las partes hayan elegido “tácitamente” para regir su contrato, porque sustanciar los procedimientos en un foro designado en una cláusula no exclusiva es meramente optativo. Si bien la cláusula 12 del Preámbulo de Roma I refiere a las cláusulas de jurisdicción exclusiva, los Principios de La Haya no lo hacen, dejando abierta la posibilidad de que se asigne una preponderancia desproporcionada a cláusulas no exclusivas en la determinación de una elección tácita del derecho.

IV. Elección tácita del derecho y legislación nacional

269. En *Argentina*, de acuerdo con el artículo 2651 del Código Civil y Comercial, la elección del derecho aplicable puede ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Es decir que, en el caso de elección tácita, se requiere la razonable certeza o “evidencia” de que tal elección es real, según las circunstancias del caso. El inciso g) de ese artículo dispone que “la elección de un determinado foro nacional no supone necesariamente la elección del derecho interno aplicable de ese país”, lo que coincide con las disposiciones de la Convención de México (artículo 7) y los Principios de La Haya (artículo 4) antes analizados.
270. En *Canada*, el Código Civil de la provincia de Quebec reconoce los términos del contrato como único indicador de una elección tácita. Se requiere la certeza, de modo tal que pueda determinarse que se ha efectuado una elección tácita pero verdadera (artículo 3111).
271. En *Chile*, el artículo 1560 del Código Civil reconoce la elección tácita en ausencia de una elección expresa y exige que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.
272. En *Paraguay*, el artículo 6 (elección expresa o tácita) de la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales transcribe a este respecto el artículo 4 de los Principios de La Haya.

V. Arbitraje y elección tácita del derecho

273. El artículo 28(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI dispone que “el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio.” Las Normas de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 se refieren a las normas de derecho “que las partes hayan indicado” como aplicables al fondo de la controversia.
274. Se deriva de estos textos que no se requiere la designación expresa del derecho aplicable. Sin embargo, debido a que el nuevo reglamento utiliza la palabra “indicar” se espera que exista una elección inequívoca del derecho.
275. La mención de “las normas de derecho que las partes hayan indicado” antes del “acuerdo” sobre el derecho aplicable, es una invitación a que los tribunales arbitrales vean si existe cualquier indicación indirecta de las partes contratantes en cuanto a las reglas que los rigen. Por ejemplo, aunque las partes no hayan acordado expresamente el derecho aplicable a su contrato, puede haber menciones de varias disposiciones de un sistema jurídico, lo cual podría indicar que lo estaban eligiendo como derecho aplicable. En Perú, esta materia ha sido aclarada en el artículo 57 del Decreto Legislativo No. 1071, que ahonda en el significado del término “indicar” en los siguientes términos: “(...) 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”. De acuerdo con esta disposición, la indicación de las partes en su contrato permite interpretar que ha habido un acuerdo tácito sobre la aplicación del derecho sustantivo del Estado de referencia. En tal caso, se aplicará la legislación de ese Estado sin referencia a sus normas sobre conflicto de leyes. Además, según la

redacción de la cláusula, puede ser que no rija para los reclamos extracontractuales, en cuyo caso el tribunal deberá determinar el derecho aplicable.

276. Los Principios de La Haya también se ocupan del tema en el contexto del arbitraje. De acuerdo con la segunda frase del artículo 4, la elección de un tribunal arbitral no basta por sí sola como indicación de que las partes han elegido tácitamente el derecho aplicable. En el Comentario a los PH (4.11) se afirma que las partes pueden haber elegido un tribunal por su neutralidad o especialización. Sin embargo, un acuerdo de arbitraje que remita los conflictos a un foro claramente especificado puede ser uno de los factores que determine la existencia de una elección tácita del derecho aplicable.

8.1 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debe estipular que la elección del derecho, expresa o tácita, ha de ser evidente o resultar claramente de las disposiciones del contrato y de sus circunstancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención de México y el artículo 4 de los Principios de La Haya.

8.2 Se exhorta a jueces y árbitros y a las partes contratantes y sus asesores letrados a que tengan en cuenta estas disposiciones al interpretar y redactar los contratos comerciales internacionales.

PARTE NOVENA

VALIDEZ FORMAL DE LA ELECCIÓN DEL DERECHO

277. La elección del derecho aplicable puede ser efectuada por las partes dentro del contrato “principal” o en virtud de un convenio separado (ver más arriba, parte séptima, III.A.). De una forma u otra, según el artículo 5 de los Principios de La Haya, “[l]a elección del derecho aplicable no está sometida a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes establezcan lo contrario”. Por lo tanto, no es necesario que la elección se efectúe por escrito, ante testigos ni mediante un texto específico, a menos que las partes hayan acordado lo contrario, cosa que podrán hacer, por ejemplo, en un memorando de entendimiento.
278. Señala el Comentario a los PH (5.3) que “el artículo 5 no es una norma de conflicto de leyes (que remite a un sistema jurídico nacional), sino más bien una norma sustantiva de derecho internacional privado que se justifica por varios motivos. En primer lugar, el principio de autonomía de la voluntad indica que, para facilitar el comercio internacional, la elección del derecho aplicable por las partes no debería verse restringida por requisitos formales. En segundo lugar, la mayor parte de los sistemas jurídicos no exigen una determinada forma para la mayoría de los contratos comerciales internacionales, incluidas las disposiciones de elección del Derecho aplicable (véase art. 11 de la CIM; art. 1(2) (primera frase) y 3.1.2 de los Principios de UNIDROIT). En tercer lugar, muchos códigos de derecho internacional privado emplean puntos de conexión alternativos orientados a resultados en lo que se refiere a la validez formal de los contratos (incluidas las disposiciones de elección del derecho aplicable), basándose en el principio subyacente de favorecer la validez de los contratos (*favor negotii*)”.
279. Si bien la Convención de México no contiene ninguna cláusula específica similar a la de los Principios de La Haya, su artículo 13 reconoce el principio de *favor negotii* (a favor de la validez de los contratos); por ende, en relación con este tema, cabe concluir que igual solución se desprende del instrumento interamericano. Esa misma interpretación se afirma en el

Reglamento Roma I, cuyo artículo 11(1) contiene una cláusula similar a la del artículo 13 de la Convención de México.

280. El Comentario a los PH (5.4) también señala que “[E]l hecho de que los Principios estén diseñados únicamente para contratos comerciales hace innecesario someter la elección del derecho aplicable a requisitos formales u otras restricciones similares para la protección de las partes supuestamente más débiles, como los consumidores o los trabajadores”. Sin embargo, una parte más débil puede ser cualquier persona que carezca de poder de negociación, lo que igualmente puede comprender los comerciantes y las pequeñas empresas. Esto es especialmente cierto en el caso de los contratos de adhesión que contienen cláusulas predeterminadas en materia de elección del derecho, situación aún peor en el caso de una oferta monopólica en la cual no hay libertad para consentir en una cláusula sobre elección del derecho incluida por decisión de una parte.
281. El Comentario a los PH (5.5) deja en claro que su artículo 5 “solo se refiere a la validez formal de la elección del derecho aplicable. El resto del contrato (el contrato principal) debe cumplir los requisitos formales de, por lo menos, un ordenamiento cuya aplicación esté permitida por la norma de derecho internacional privado aplicable”. En consecuencia, si las partes celebran un contrato y convienen en que éste se regirá por las leyes de un Estado en virtud de las cuales el contrato principal tiene validez formal, dicho contrato será válido si las correspondientes cláusulas de derecho internacional privado reconocen el principio de autonomía de la voluntad de las partes.
282. Los Principios de La Haya constituyen una clara defensa en favor del cambio, lo cual es particularmente cierto en América Latina, donde muchas leyes nacionales contienen el requisito de hacer constar por escrito lo pactado. En general, no se establece ninguna distinción entre el requisito formal para el contrato principal y el correspondiente a la cláusula sobre elección del derecho. La legislación paraguaya sobre contratos internacionales es una excepción, pues su artículo 7 reproduce exactamente el artículo 5 de los Principios de La Haya.

9.1 El régimen jurídico interno sobre la legislación aplicable a los contratos comerciales internacionales, en relación con la validez formal de la elección del derecho, no debería contener ningún requisito sobre forma a menos que las partes acuerden lo contrario, en consonancia con las disposiciones del artículo 5 de los Principios de La Haya.

9.2 Los jueces y árbitros, al determinar la validez formal de una elección del derecho, no deberían imponer ningún requisito en cuanto a forma, a menos que las partes acuerden lo contrario o que las normas obligatorias aplicables lo exijan.

9.3 Las partes contractuales y sus abogados deberían tener en cuenta toda regla obligatoria que sea aplicable en cuanto a forma.

PARTE DÉCIMA

DERECHO APLICABLE AL ACUERDO DE ELECCIÓN DEL DERECHO

I. El problema

283. En un contrato internacional se estipulan los derechos y las obligaciones de las partes. Estas pueden o no elegir un derecho, ya sea en el contrato principal o por separado. Cuando se escoge un derecho, la legislación que rige el contrato principal se deriva de la elección efectuada por las partes, pero surge el interrogante de qué derecho servirá de base para evaluar la validez y las consecuencias de dicho acuerdo de elección.

II. Soluciones alternativas

284. Se han propuesto varias opciones para abordar este tema. Una es la de aplicar la *lex fori* (legislación del lugar del litigio) a la cláusula sobre elección del derecho, lo cual, sin embargo, puede frustrar la intención de las partes. Otra opción es la de aplicar la legislación que hubiera regido a falta de tal elección; pero ésta conlleva las incertidumbres que las partes precisamente quisieron evitar al incluir en el contrato la cláusula sobre elección del derecho. Una tercera opción es la de aplicar la legislación elegida en la cláusula de elección del derecho. Esta última es la solución propuesta por el artículo 10(1) del Convenio de La Haya sobre Compraventa y el artículo 116(2) de la Ley Suiza sobre el Derecho Internacional Privado¹⁷¹, por citar dos ejemplos. Sin embargo, esa solución genera problemas cuando la elección no se acuerda de manera adecuada.
285. El Reglamento Roma I dispone en su artículo 3.5 que el consentimiento se determina por el derecho que se aplicaría si dicho acuerdo hubiera existido (la tercera opción). Ello está en consonancia con el propósito de dar el mayor efecto posible a la intención de las partes; presuponer que ese acuerdo existe es coincidente con el respeto al principio de autonomía de la voluntad de las partes. Ver también la Convención de México, artículo 12, párrafo 1.
286. El artículo 6(1) de los Principios de La Haya adopta una postura similar, puesto que, como norma, acepta que “para determinar si las partes llegaron a un acuerdo respecto de la elección del derecho aplicable, se utiliza el derecho presuntamente elegido por las partes...”. Sin embargo, el artículo 6(2) dispone que “El derecho del Estado en el que una parte tiene su establecimiento determina si esa parte prestó su consentimiento sobre la elección del derecho aplicable si, en vista de las circunstancias, no fuere razonable determinarlo según el derecho mencionado en [este artículo]”. Como se señala en el Comentario a los PH (6.4), eso se asemeja al párrafo 2 del artículo 12 de la Convención de México, que estipula que “...para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”. Ello se corresponde con el artículo 10.2 del Reglamento Roma I.
287. El Comentario a los PH (6.7) sobre esta última disposición subraya su carácter excepcional. La coacción, la falsedad, el error u otros vicios del consentimiento son algunos de los fundamentos que las partes pueden invocar para demostrar la ausencia de un “acuerdo”. Pero en el Comentario a los PH (6.28) se señala que para ello deben darse antes dos condiciones concurrentes: primero, si “en vista de las circunstancias, no fuere razonable determinarlo según el derecho mencionado en el artículo 6.1”; y segundo, si “no puede determinarse que existe un pacto válido de elección del derecho aplicable conforme al derecho del Estado en el que la parte que alega esta disposición tiene su establecimiento”. Esto puede ocurrir en casos de coacción o falsedad, así como en situaciones de silencio en la formación del contrato. Para ilustrar esto último se presenta el ejemplo de una oferta que estipule que regirá el derecho de un país determinado. Si el silencio equivale a aceptación conforme al derecho de ese país, pero no conforme al del lugar donde la parte receptora de la oferta tiene su establecimiento, para esta parte no sería razonable quedar obligada a cumplir el contrato.

III. El problema de la “batalla de formularios”

288. Los Principios de La Haya constituyen el primer instrumento internacional que aborda el tema conocido como el “conflicto entre formularios” en relación con la elección del derecho (los artículos 2.1.19 a 2.1.22 de los Principios UNIDROIT lo hacen con respecto al derecho

¹⁷¹ Código Federal Suizo sobre Derecho Internacional Privado, 18 de diciembre de 1987.

sustantivo). Es habitual que las partes en contratos internacionales utilicen formularios o condiciones generales estándar. No existen restricciones al respecto en los Principios de La Haya. Por el contrario, allí no se exige que el acuerdo de las partes sobre la elección del derecho se ciña a formalidad alguna en particular (véase *supra* la Parte novena).

289. Si los formularios modelo usados por ambas partes indican un derecho, o si solamente uno de esos formularios incluye una cláusula sobre elección del derecho, se puede utilizar el artículo 6.1(a) para determinar si, efectivamente, ha habido “acuerdo” sobre la cuestión.
290. Como señala el Comentario a los PH (6.10), ocurre con frecuencia que los formularios modelo utilizados por cada parte son distintos y también pueden diferir con respecto a la elección del derecho. Esa situación se conoce comúnmente como “conflicto entre formularios” (*battle of forms*). En esos casos, los tribunales suelen evitar o eludir la cuestión, o aplican simplemente el derecho del foro (*lex fori*).
291. La cuestión recibe respuesta en el artículo 6.1(b) de los Principios de La Haya, que estipula lo siguiente: “[S]i las partes utilizaron cláusulas estándar que designan dos derechos diferentes y según ambos derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el derecho indicado en esas cláusulas estándar; si según estos derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna, no habrá elección del derecho aplicable”. Esta modalidad, conocida como “norma de la exclusión”, también se ve reflejada en los Principios UNIDROIT, en tanto que la CIM deja la interpretación acerca de la mejor manera de abordar un caso de conflicto entre formularios librada a la discreción de los jueces y árbitros (cosa que también hace el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos (“UCC”)).
292. De una forma u otra, siempre rige la excepción establecida en el artículo 6.2, en virtud de la cual el derecho del Estado en el que una parte tiene su establecimiento prevalece si, en vista de las circunstancias, no fuere razonable determinarlo según las normas antes mencionadas.

IV. En las legislaciones nacionales

293. El artículo 8 de la legislación de *Paraguay* reproduce las disposiciones de los Principios de La Haya. En general, los derechos nacionales de otros Estados no contienen cláusulas que aborden específicamente este tema.

10.1 El régimen interno sobre la legislación aplicable a los contratos comerciales internacionales debería disponer que la cuestión de si las partes acordaron efectuar la elección del derecho ha de ser determinada por la legislación presuntamente acordada por dichas partes, de conformidad con el artículo 6 de los Principios de La Haya y el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención de México.

10. 2 Los jueces y árbitros, al determinar si las partes acordaron efectuar la elección del derecho, deberían tener en cuenta el artículo 6 de los Principios de La Haya y el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención de México.

PARTE UNDÉCIMA

SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DEL DERECHO

294. En el presente contexto, el término *separabilidad* se refiere al concepto en virtud del que la invalidez de un contrato internacional no incide necesariamente en el acuerdo de elección del derecho aplicable. Por ejemplo, si un contrato de compraventa es inválido, la cláusula de elección del derecho contenida en el mismo o acordada por separado no se ve afectada. Es más,

la eficacia o invalidez (sea sustantiva o formal) del contrato debe evaluarse de conformidad con el derecho que fue elegido en el acuerdo. Cabe señalar que separabilidad no es lo mismo que *dépeçage*, concepto este último que se trata más adelante en la parte décima cuarta.

295. La separabilidad se puede interpretar de la manera que se desprende del párrafo 1 del artículo 12 de la Convención de México, que estipula lo siguiente: “La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo”. Esa cláusula indica claramente que la validez de la elección del derecho aplicable se debería evaluar en función de lo estipulado en el Capítulo Segundo. Habida cuenta de que allí se consagra la autonomía de la voluntad, si hubo elección del derecho aplicable, ese será el derecho que rija todos los asuntos relacionados con la validez del consentimiento de las partes en cuanto a esa elección. Sin embargo, según el párrafo 2 del artículo 12, “...para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez determinará cuál es el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”.
296. Los Principios de La Haya se refieren explícitamente a la separabilidad. Señala su artículo 7 que “[N]o se puede impugnar la elección del derecho aplicable únicamente sobre la base de que el contrato al que se aplica no es válido”. Por ende, si el acuerdo sobre elección del derecho aplicable no se ve afectado, la presunción de invalidez del contrato principal deberá analizarse de conformidad con el derecho elegido por las partes.
297. El Comentario a los PH (7.2) ofrece el ejemplo de un contrato invalidado por causa de error, lo cual no necesariamente invalida el acuerdo sobre elección del derecho aplicable, a menos que dicho acuerdo también adolezca del mismo vicio. Otro ejemplo es el de una sociedad que celebra un contrato que, según el derecho de sociedades de su país de origen, debería haberse sometido a la aprobación de los accionistas. Sin embargo, eso no invalidaría automáticamente el acuerdo sobre elección del derecho aplicable, que deberá considerarse por separado. Para la aplicación de esta norma, no importa si la cláusula se hizo constar en el contrato principal o en un acuerdo por separado. Si se alega que las partes no celebraron un contrato, el principio de separabilidad solo surte efecto si se demuestra que hubo un acuerdo válido de elección del derecho aplicable.
298. El Comentario a los PH (7.8) también indica que la invalidez formal o material del contrato principal no implica automáticamente la nulidad del acuerdo de elección del derecho aplicable, que solo puede declararse nulo por razones que le afecten específicamente. La nulidad del contrato principal puede o no afectar la elección de las partes en cuanto al derecho aplicable, pero ello dependerá de las circunstancias específicas. Por ejemplo, los argumentos centrados en la invalidación del consentimiento de las partes en el contrato principal no presumen impugnar su consentimiento respecto al acuerdo de elección del derecho aplicable, a menos que haya circunstancias que demuestren la falta de consentimiento en ambos acuerdos.
299. En el Comentario a los PH (7.9) se presenta el ejemplo de un contrato que contiene un acuerdo regido por una legislación en virtud de la cual dicho contrato se considera inválido por falta de consentimiento. Esa falta de consentimiento no puede considerarse como extensiva al acuerdo de elección del derecho. “Por todo ello, se aplica ese derecho para determinar las consecuencias de la nulidad, en particular, el derecho de restitución si el contrato ya se ha cumplido total o parcialmente”.
300. Distinto es el caso cuando el vicio afecta tanto al contrato principal como al acuerdo de elección del derecho aplicable. Los ejemplos del Comentario a los PH (7.10) son los de invalidez del

contrato por soborno o por carencia de capacidad de obrar de una de las partes. Ello invalidaría ambos acuerdos.

301. Un ejemplo de las Américas en cuanto a una cláusula explícita sobre separabilidad es el del artículo 9 de la ley paraguaya sobre contratos internacionales, que se basa en el artículo 7 de los Principios de La Haya.
302. La separabilidad se originó en el ámbito del arbitraje, en el cual constituye un principio ampliamente aceptado que contribuyó a la elaboración de este mecanismo de solución de controversias; está consagrado en la Ley Modelo de la CNUDMI (artículo 16(1)). Por la aplicación de ese principio, la nulidad del contrato principal no invalida necesariamente la cláusula sobre arbitraje. Si bien esa solución inspiró la regla de separabilidad que obra en los Principios de La Haya, cabe señalar que la separabilidad de la cláusula de arbitraje surte efectos distintos de los de la separabilidad de una cláusula sobre elección del derecho aplicable. El principio de separabilidad se ha consagrado en las legislaciones nacionales que rigen el arbitraje comercial internacional en muchos Estados de las Américas¹⁷².

11.1 El régimen jurídico interno debería confirmar que la elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales no se puede impugnar solamente partiendo del argumento de que el contrato al cual se aplica no es válido, de conformidad con el artículo 7 de los Principios de La Haya.

11.2 Se insta a los jueces y árbitros, cuando la interpretación está librada a su discreción, a seguir esta solución.

PARTE DUODÉCIMA

OTROS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA ELECCIÓN DEL DERECHO EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

I. Cambio del derecho elegido

303. La Convención de México en su artículo 8 dispone lo siguiente: “En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros”.
304. Una disposición expresa como esa es importante. En una decisión anterior de un tribunal europeo se sostuvo que la elección de las partes en cuanto al derecho aplicable no es admisible si se efectuó con posterioridad a la celebración del contrato¹⁷³. El resultado de ese fallo

¹⁷² Entre ellas, cabe señalar las siguientes: *Perú* (artículo 41.2 del Decreto Legislativo 1071), *Bolivia* (artículo 44.I de la Ley 708), *Brasil* (artículo 8 de la Ley 9307), *Chile* (artículo 16.1 de la Ley 19.971), *Colombia* (artículo 79.2 de la Ley 1563), *Costa Rica* (artículo 16.1 de la Ley 8937), *Cuba* (artículo 13 del Decreto-Ley 250), *Ecuador* (artículo 5 de la Ley 000.RO/145), *El Salvador* (artículo 30 del Decreto 914), *Guatemala* (artículo 21.1 del Decreto 67-95), *Honduras* (artículo 39 del Decreto 161-2000), *México* (artículo 1432 del Código de Comercio), *Nicaragua* (artículo 42 de la Ley 540), *Panamá* (artículo 30 del Decreto-Ley 5), *Paraguay* (artículo 19 de la Ley 1879), *República Dominicana* (artículo 11 de la Ley 489-08) y *Venezuela* (artículo 7 de la Ley sobre Arbitraje Comercial).

¹⁷³ Assael Nissim c. Crespi. Suprema Corte (Italia). Sentencia del 28 de junio de 1966, No. 1680. En su momento dicho fallo fue cuestionado por académicos italianos, según se señala en el comentario sobre el artículo 3 en el Informe Oficial de Giuliano y Lagarde sobre el Convenio de Roma, nota 169 *supra*.

sumamente cuestionable fue modificado por el Convenio de Roma; asimismo, en el artículo 3.2 del Reglamento Roma I se incorporaron disposiciones parecidas en términos similares a los del artículo 8 del instrumento interamericano, mencionado *supra*.

305. En consonancia con la Convención de México, los Principios de La Haya señalan lo siguiente en su artículo 2.3: “La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad a la celebración del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros”.
306. Según se señala en el Comentario a los PH (2.10), la norma es consecuencia del principio de autonomía de la voluntad de las partes, y en el Comentario (2.12) se aclara que no se pueden afectar negativamente los derechos de terceros. En el ejemplo proporcionado, si un tercero otorga una garantía y luego se modifica la elección del derecho a fin de imponer una mayor responsabilidad a una de las partes contractuales, si bien la modificación tiene efectividad entre dichas partes, no afectará la responsabilidad del garante. En aras de una mayor certidumbre, sería preferible expresar eso claramente en el instrumento, en lugar de hacerlo implícitamente por deferencia a la legislación nacional.
307. En el Comentario a los PH (2.13) relativo a los Principios de La Haya también se deja en claro que dado que dichos principios “no buscan de manera general resolver lo que habitualmente se consideran cuestiones procesales... si la elección del derecho aplicable o su modificación se produce durante el procedimiento de resolución de conflictos, sus efectos dependerán de la *lex fori* o de las normas reguladoras del procedimiento arbitral”.
308. Soluciones similares a las de la Convención de México, el Reglamento Roma I y los Principios de La Haya con respecto a la modificación de la elección del derecho también obran en leyes internas sancionadas recientemente en varios Estados¹⁷⁴. En *Argentina*, el artículo 2651 del Código Civil y Comercial dispone que “[las partes]... (a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros”. Esta norma es congruente con el criterio del artículo 8 de la Convención de México, si bien el código argentino dispone que la modificación no puede afectar la “validez del contrato original”, en tanto que la Convención de México y los Principios de La Haya se refieren a la “validez formal del contrato original”. Ambos instrumentos salvaguardan “los derechos de terceros”. A su vez, el artículo 4.3 de la ley *paraguaya* sobre contratos internacionales reproduce la solución estipulada en los Principios de La Haya.

II. Conexión del derecho elegido con el contrato

309. Anteriormente se consideraba que el derecho elegido por las partes debía tener una conexión con dichas partes o con la transacción. Esto pudo haberse originado bajo la influencia de doctrinas como la de *localización* en el siglo XIX. Incluso actualmente, en algunos sistemas jurídicos nacionales, como se indicará más adelante, el derecho elegido debe estar relacionado de manera sustancial con las partes o con la transacción, o debe existir alguna otra causa razonable que justifique la elección de las partes en cuanto al derecho aplicable.
310. La Convención de México no aborda expresamente este punto, a pesar de que se han propuesto interpretaciones en el sentido de que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes allí consagrado, se puede elegir libremente la aplicación de un derecho “neutral”.

¹⁷⁴ Por ejemplo, el artículo 9 del Código sobre Derecho Internacional Privado de 2006, de Japón, y el artículo 1210(3) del Código Civil de Rusia.

311. Por contraste, el tema se aborda de manera expresa en los Principios de La Haya, cuyo artículo 2.4 estipula lo siguiente: “No se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su operación”. En el Comentario a los PH (2.14) se señala que “[E]sta solución se adecúa a la creciente deslocalización de las operaciones comerciales” y luego se agrega que “[L]as partes pueden elegir un determinado ordenamiento porque es neutral respecto de la relación entre ellas o porque está muy desarrollado en lo que respecta al tipo de operación de que se trata (p. ej., un ordenamiento estatal renombrado por su regulación del transporte marítimo o de las operaciones bancarias internacionales)”.
312. El Reglamento Roma I guarda silencio en cuanto al requisito de la conexión (artículo 3), salvo para dos tipos de contratos: transporte de pasajeros (artículo 5.2) y seguros contra riesgos pequeños (artículo 7.3). Ese silencio se interpreta como que en general la conexión no es necesaria, salvo para los dos tipos de contratos mencionados.
313. Tampoco dicen nada sobre ese tema las legislaciones de *Argentina* (artículo 2651, Código Civil y Comercial), *Cuba* (artículo 17, Código Civil), *México* (artículo 13, V, Código Civil Federal) y *Venezuela* (artículo 29, Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado). En dichas jurisdicciones se tiende a interpretar que no se requeriría ninguna conexión.
314. La legislación *chilena* también guarda silencio en cuanto a la necesidad de una conexión con el derecho escogido. A pesar de nutridas deliberaciones, la doctrina prevaleciente parece ir por la vía de aceptar la plena autonomía en lo conflictual y en lo sustantivo, sobre la base del texto literal del artículo 1545 del Código Civil, que no establece ningún tipo de requisito para dicha autonomía, por lo menos para los contratos celebrados en Chile. Los únicos requisitos reconocidos son que dicha elección se haya efectuado de buena fe, sin falsedad y sin contravención de las normas de política pública y orden público en el país ni las normas de aplicación exclusiva del derecho nacional.
315. En *Canadá*, en el marco de la aplicación amplia del principio de autonomía de la voluntad de las partes, se entiende que no se requiere ninguna conexión con la elección del derecho. Ese es el estado actual de la ley en dicho país sobre la base de una decisión judicial clave¹⁷⁵ y, en Quebec, sobre la base del artículo 3111 del Código Civil.
316. En *Paraguay*, el artículo 4.4 de la ley sobre contratos internacionales, que refleja los Principios de La Haya, es explícito al indicar que “no se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción”.
317. En *Panamá*, en una versión anterior de la Ley sobre el Código de Derecho Internacional Privado se exigía de manera expresa una conexión entre el derecho escogido y la economía de la transacción (artículo 75 *in fine*), pero esa disposición ha desaparecido del nuevo código promulgado en 2015 (artículo 69) (ver el párrafo 364 más adelante).
318. En los *Estados Unidos*, el requisito de una conexión entre el derecho escogido y las partes o el contrato se determina a nivel de cada estado y varía según el estado. En los que se ciñen al Segundo *Restatement* (reformulación) se sigue exigiendo que el derecho escogido tenga una relación sustancial con las partes o la transacción, o bien que exista otra causa razonable que justifique la elección de las partes en cuanto al derecho aplicable¹⁷⁶. Sin embargo, algunos estados han flexibilizado ese requisito por ley¹⁷⁷. Y en el contexto de los contratos comerciales

¹⁷⁵ Vita Food Products c. Unus Shipping, nota 153 *supra*.

¹⁷⁶ Segundo Restatement de la Ley sobre Conflicto de Leyes, artículo 187(2)(a). Cabe señalar que actualmente se está elaborando un Tercer Restatement, como se señala más arriba (véase nota 157 *supra*).

¹⁷⁷ Véase, por ejemplo, NY Gen. Oblig. Law § 5-1401(1).

internacionales, algunos tribunales han reconocido que puede haber un criterio distinto que no exija una conexión¹⁷⁸.

319. En materia arbitral, este tema no se aclara en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI ni en su Ley Modelo. Se han dictado laudos arbitrales que, bajo una interpretación amplia del principio de autonomía de la voluntad de las partes, admitirían que éstas eligieran cualquier derecho para regir su contrato, incluso si no guarda relación obvia con la controversia¹⁷⁹. No obstante, los árbitros deben ser muy cautelosos al respecto, pues la falta de reconocimiento de las cuestiones de orden público relacionadas con el caso podría constituir la base para anular un laudo o impedir su aplicación, en virtud del artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York. Ese requisito emana del deber general de los árbitros de emitir laudos que sean susceptibles de ejecución.

III. Reenvío

320. La doctrina del reenvío se relaciona con la siguiente pregunta: ¿Incluye la aplicación de un determinado derecho nacional también sus normas atinentes al derecho internacional privado? De ser así, esas normas pueden remitir el tema a otro derecho, y así sucesivamente.
321. El artículo 17 de la Convención de México estipula lo siguiente: “Para los efectos de esta Convención se entenderá por ‘derecho’ el que esté vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”. Eso concuerda con el artículo 20 del Reglamento Roma I y podría considerarse como la posición absolutamente prevaleciente en la doctrina del derecho internacional privado sobre el tema del reenvío.
322. De modo similar, pero con una ligera variación, el artículo 8 de los Principios de La Haya estipula lo siguiente: “La elección del derecho aplicable no incluye las normas de conflicto de leyes del derecho elegido por las partes, a no ser que las partes establezcan expresamente lo contrario”. El Comentario a los PH (8.2) explica que eso “evita la posibilidad de reenvío no intencional y, por tanto, se ajusta a la intención aparente de las partes”. Tras ello, indica que, no obstante, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el artículo en cuestión autoriza que éstas, a título excepcional, incluyan “las normas de derecho internacional privado del ordenamiento elegido, siempre que lo hagan de forma *expresa*”.
323. En *Argentina*, el artículo 2651 del Código Civil y Comercial señala que “elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho nacional de ese país con exclusión de sus normas de conflicto de leyes, excepto pacto en contrario”. En consecuencia, las partes pueden convenir que su referencia a un derecho determinado incluye sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no lo acuerdan así, se entiende que el derecho elegido es el derecho nacional de ese Estado¹⁸⁰.
324. En *Brasil*, la solución es parecida a la de la Convención de México. El artículo 16 de la LINDB dispone que, en la determinación del derecho aplicable, no se tendrá en cuenta la “remisión que

¹⁷⁸ Véase, por ejemplo, *M/S Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 15, 92 S. Ct. 1907, 1916 (1972) (donde se da precedencia a una cláusula de elección de foro para elegir una jurisdicción donde no existía conexión alguna (Inglaterra) partiendo del supuesto de que el tribunal inglés aplicaría la legislación de dicho país).

¹⁷⁹ Véase, por ejemplo, CCI Asunto No. 4145 de 1984.

¹⁸⁰ Además, el artículo 2596 establece, con respecto al reenvío, lo siguiente: “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica, también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho nacional argentino. Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho nacional de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario”.

ella hiciere a otra ley”. De igual modo, en general el reenvío no se acepta en dicho país en otros temas atinentes al derecho internacional privado.

325. En *Canadá*, concretamente en Quebec, el Código Civil prohíbe el reenvío indicando que “en los casos en que, en virtud de las cláusulas de este Código, se aplique la legislación de un Estado extranjero, la legislación en cuestión será el derecho interno de ese Estado, pero no sus normas que rigen los conflictos entre leyes” (artículo 3080) [traducción no oficial].
326. En *Chile*, el argumento hasta 1989 era que la legislación admitía el reenvío y la doctrina se había aceptado en una sentencia de la Corte Suprema¹⁸¹. Si bien la legislación ha sido enmendada, no dio como resultado la plena eliminación del reenvío.
327. En *Paraguay*, el artículo 10 de la ley sobre contratos internacionales reproduce el artículo 8 de los Principios de La Haya.
328. En *Perú*, la legislación incluye una norma que evita el reenvío (artículo 2048, Código Civil de 1984).
329. En *Venezuela*, en lo relativo al reenvío, el artículo 4 de la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado dispone cuanto sigue: “Cuando el derecho extranjero competente declare aplicable el derecho de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el derecho nacional de este tercer Estado. Cuando el derecho extranjero competente declare aplicable el derecho venezolano, deberá aplicarse este derecho. En los casos no previstos en los dos párrafos anteriores, deberá aplicarse el derecho nacional del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto”. Esta norma es considerada útil, de acuerdo con la exposición de motivos de la ley, “...en aras a promover el principio de seguridad jurídica”. Dicha exposición señala que el artículo 4 permite el reenvío “...cuando propende a unificar la solución nacional y la solución del derecho extranjero o cuando, como ocurre frecuentemente en el reenvío simple, ambas son inevitablemente divergentes”.
330. Si bien el artículo 4 de la ley venezolana es la regla general y, aparentemente, no tiene excepciones, los académicos lo han interpretado en el sentido de que, en materia de contratos comerciales internacionales, prevalece en Venezuela la solución de la Convención de México que excluye el reenvío. Las normas que reglamentan los contratos, de conformidad con la exposición de motivos de la ley, procuran incorporar las directrices más pertinentes de la Convención Interamericana. Por ende, se considera que las disposiciones de la ley están sujetas a una interpretación que sea acorde con la Convención de México y, en consecuencia, se ha de entender que el reenvío está excluido en relación con las obligaciones contractuales. Para justificar esa exclusión también se utiliza el artículo 2 de la ley venezolana, que es una norma que admite la aplicación del derecho extranjero de conformidad con los principios del mismo y, a su vez, cumplir el propósito de las reglas venezolanas sobre conflictos. En cuestiones contractuales, esos principios representan el respeto por la autonomía de la voluntad y, en ausencia de una elección, por la aplicación del derecho conectado más directamente con el contrato.
331. En materia de arbitraje, la Ley Modelo de la CNUDMI también contiene una presunción contra el reenvío (artículo 28.1).

IV. Cesión de créditos

332. La Convención de México no aborda los temas susceptibles de plantearse en relación con la elección del derecho en el contexto de la cesión de créditos.

¹⁸¹ Asunto Tschumi. Suprema Corte, Revista de Derecho y Jurisprudencia, XLII, parte 2, sección 1, pág. 331.

333. Esta materia se trata en los Principios de La Haya, que en su artículo 10 señalan lo siguiente: “En el caso de una cesión contractual de los derechos que le competen al acreedor frente a su deudor en virtud de un contrato que los vincula: (a) si las partes del contrato de cesión de crédito han elegido el derecho que rige su contrato, el derecho elegido rige los derechos y obligaciones del acreedor y del cesionario derivados de su contrato; (b) si las partes del contrato entre el deudor y el acreedor han elegido el derecho que rige su contrato, el derecho elegido rige (i) la oponibilidad de la cesión al deudor; (ii) los derechos del cesionario frente al deudor, y (iii) el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor”. Esto es congruente con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001) (artículos 28 y 29) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias (2016) (artículos 84 y 96)¹⁸².
334. Según se explica en el Comentario a los PH, esa disposición tiene por objeto dar la mayor efectividad posible a la intención de las partes en cuanto a la elección del derecho cuando ésta se expresa en un contrato de cesión de créditos. No obstante, vista la complejidad de las situaciones que se presentan en las operaciones de esa índole, la disposición responde a la necesidad de esclarecer qué derecho se aplica cuando hay dos o más contratos coexistentes (por ejemplo, uno entre el acreedor y el deudor y otro entre el acreedor y el cesionario), en los que las partes en cada uno hayan elegido derechos aplicables diferentes.
335. Si bien la cesión voluntaria y la subrogación contractual tienen el mismo efecto, es decir, el reemplazo del acreedor antiguo por uno nuevo en virtud de un acuerdo, los Principios de La Haya no contemplan otras situaciones tales como la subrogación legal y convencional o la cesión (“*set-off*”). En tanto que esos temas se abordan en el Reglamento Roma I (artículos 14 y 15, y artículo 17, respectivamente), los Principios de La Haya se centran más bien en la cesión, que resulta muy común en la práctica comercial internacional.
336. Aunque por lo general ese tema no se aborda en el derecho nacional, Paraguay presenta una excepción al respecto, ya que el artículo 14 de su correspondiente ley reproduce el artículo 10 de los Principios de La Haya.

12.1. El régimen jurídico nacional relativo al derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería:

- estipular que la elección de un derecho se puede modificar en cualquier momento y que dicha modificación es sin perjuicio de su validez formal y de los derechos de terceros, de conformidad con el artículo 8 de la Convención de México y el artículo 2.3 de los Principios de La Haya;
- estipular que no se requiere ninguna conexión entre el derecho elegido y las partes o su transacción, de conformidad con el artículo 2.4 de los Principios de La Haya;
- excluir el principio del reenvío para brindar mayor certeza jurídica en cuanto al derecho aplicable, de conformidad con el artículo 17 de la Convención de México y el artículo 8 de los Principios de La Haya;
- en relación con la cesión de créditos, favorecer en la mayor medida posible la autonomía de la voluntad, de conformidad con el artículo 10 de los Principios de La Haya.

12.2 Se insta a los jueces y árbitros, cuando la interpretación está librada a su discreción, a ceñirse a las soluciones antedichas.

¹⁸² Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, aprobada el 12 de diciembre de 2001 y todavía sin entrar en vigor. Su texto aparece en:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/security/2001Convention_receivables.html;

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias. Su texto aparece en:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/security/2016Model_secured.html

PARTE DECIMA TERCERA

AUSENCIA DE ELECCIÓN DEL DERECHO POR LAS PARTES

I. El problema

337. En ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden elegir el derecho aplicable a su contrato. Sin embargo, a menudo no lo hacen, por razones que van desde el simple descuido hasta el hecho de no haberlo considerado necesario o incluso de haberlo discutido pero sin llegar a un acuerdo. También puede ser que las partes hayan evitado deliberadamente tratar la cuestión por saber que sería difícil llegar a un acuerdo o por temor a que esas deliberaciones impidieran la celebración del contrato. Surge una cuestión similar cuando las partes ejercen su autonomía y eligen un derecho aplicable pero posteriormente esa elección resulta ineficaz.
338. A falta de una elección efectiva del derecho por las partes, se plantea la cuestión de qué derecho aplicar, cuestión que puede surgir durante la ejecución del contrato o en instancias de litigio. La claridad al respecto puede ayudar a prevenir conflictos y, en caso de procesos legales, también puede ayudar a orientar a las partes a aseverar sus posiciones y brindar una guía al juez o árbitro a la hora de emitir su fallo.
339. Si el contrato no contiene una cláusula de elección del derecho aplicable, tanto en las Américas como en Europa, el derecho aplicable se determina en las actuaciones judiciales en función de criterios objetivos enunciados en las normas de conflicto de leyes. En los siguientes párrafos se ofrece una sinopsis de los distintos factores de conexión en virtud de varios instrumentos internacionales y adoptados por los Estados.

II. Las soluciones de los Tratados de Montevideo y del Código Bustamante

340. El análisis de las soluciones presentadas por estos instrumentos de anterior data ofrece un cierto contexto para el planteamiento actual en ausencia de una elección del derecho. En el artículo 37 del Tratado de Montevideo de 1940 se utiliza como factor de conexión el *lugar de ejecución* del contrato para regir las cuestiones relativas a su exigencia, naturaleza, caracterización, validez, efectos, consecuencias y ejecución. Esta disposición se originó en el artículo 33 del Tratado de Montevideo de 1889.
341. Este planteamiento suscita inconvenientes cuando el lugar de ejecución se encuentra en más de un Estado. Además, dicho lugar puede no conocerse al momento de la celebración del contrato o bien puede cambiar con posterioridad. Estos y otros problemas debían resolverse por medio de las *presunciones* establecidas en el artículo 38 del Tratado de Montevideo de 1940, en relación con contratos “sobre cosas ciertas e individualizadas”, “sobre cosas determinadas por su género” y “referentes a cosas fungibles” y contratos “de prestación de servicios”. A su vez, el artículo 40 de dicho tratado dispone que el derecho del *lugar de celebración* del contrato será el de aplicación para los contratos cuyo lugar de cumplimiento no pueda determinarse al momento de su celebración.
342. No obstante, esas soluciones han sido objeto de más cuestionamientos. Debido a que los contratos internacionales y las obligaciones de ellos emanadas suelen tener más de un lugar de cumplimiento, se hace imposible determinar qué derecho se ha de aplicar, a menos que se elijan una *prestación determinada o “característica”* y su correspondiente lugar de cumplimiento. Sin embargo, esta solución también crea discrepancias en su aplicación práctica. Por ejemplo, ¿se refiere al lugar físico de cumplimiento o al domicilio, residencia habitual o establecimiento del prestador de la prestación característica? Además, la determinación de la prestación característica puede tornarse incierta en los casos de contratos de permuta, de distribución y, en general, de relaciones contractuales complejas, pues los contratos internacionales tienden a ser

complejos. Peor aún, la solución tiende a favorecer la aplicación del derecho de las partes que son dominantes en la provisión de bienes y servicios en las transacciones internacionales.

343. Por ello, el procedimiento previsto en los Tratados de Montevideo para los casos de ausencia de elección ha sido controvertido, aun si este procedimiento sigue siendo defendido por respetados académicos provenientes de la región. Los críticos dicen que no se concede flexibilidad al juzgador para determinar si existen conexiones más estrechas que las presentadas de antemano por el legislador y que tampoco se presentan claramente las soluciones ofrecidas por estos tratados. Esta crítica ha sido considerada controvertida por quienes sostienen que la flexibilidad puede derivarse de los Protocolos Adicionales a los Tratados de 1889 y 1940 y, posteriormente, de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, en particular en su artículo 9¹⁸³.
344. Tampoco son satisfactorias las soluciones que ofrece el Código Bustamante para los casos de ausencia de elección. Dicho instrumento dispone que los contratos se regirán por la ley que, cuando corresponda, sea de aplicación común a las partes en cuanto a la determinación de su capacidad y, en su defecto, la del lugar de celebración (artículo 186). Sin embargo, es poco probable que exista una ley común a las partes para que determinen su capacidad, puesto que, en los contratos comerciales internacionales, el “domicilio” de una parte – criterio que en América Latina a veces prevalece sobre el de “nacionalidad” – casi siempre difiere para cada parte. Por lo tanto, como rara vez se cumple el criterio de una *ley común a las partes para la determinación de su capacidad*, el que resulta de uso ampliamente generalizado es el del *lugar de celebración*, con las concomitantes impugnaciones ya señaladas. En cuanto a los requisitos de formalidad, se aplican acumulativamente las leyes del lugar de celebración y del lugar de ejecución del contrato (artículo 180), lo cual también es una solución cuestionable.

III. Enfoques en Europa y Estados Unidos

345. El Convenio de Roma adoptó, en ausencia de la elección del derecho, la fórmula de la *conexión más estrecha*; posteriormente se emitió una serie de directrices para llegar a un entendimiento sobre *prestación característica* que coincidiera con esa fórmula, lo cual dio lugar a considerables críticas y disparidades.
346. Las reformas que dieron lugar al Reglamento Roma I condujeron a reglas más bien rígidas en cuanto al derecho que corresponda aplicar en distintos supuestos para determinar la prestación característica (artículo 4). Sin embargo, las soluciones son complicadas y para resolver las cuestiones de interpretación hay que remitirse a las cláusulas preambulares de dicho reglamento. Esas normas detalladas disminuyen el valor de las fórmulas amplias o flexibles. Dada la gran variedad de la vida comercial, es poco probable que una regla mecánica adecuada para un tipo de contrato lo sea para otro. Por ello, la adjudicación de los contratos debería caracterizarse por su flexibilidad.
347. Esa flexibilidad existía en el derecho inglés hasta 1991 (año en que el Convenio de Roma entró en vigor en Inglaterra) con la fórmula de la *proper law of the contract* (ley que rige el contrato), que es similar al concepto de la prueba de la conexión más estrecha antes que al de la búsqueda de una prestación característica. En ese mismo sentido, en los Estados Unidos, si bien es necesario adoptar un criterio diferente en función del estado de que se trate para el análisis de los conflictos de leyes, los estados que se ciñen al Segundo *Restatement* han adoptado, para los

¹⁸³ Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada en Montevideo en la CIDIP-II, suscrita el 8 de mayo de 1979 y entrada en vigor el 10 de junio de 1981.

contratos no destinados a la compraventa de bienes, la fórmula flexible de la conexión más estrecha o de la *most significant relationship* (relación más importante)¹⁸⁴.

348. Contra el trasfondo de esta sinopsis, a continuación se presentan ejemplos específicos de este enfoque tomados de distintas leyes nacionales.

IV. Ausencia de elección el la Convención de México

A. Principio de proximidad

349. La Convención de México procura ante todo reconocer y promover el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, ante la ausencia o ineficacia de una elección, debe haber una manera de determinar el derecho aplicable. En ese sentido, en el párrafo 1 del artículo 9 se estipula lo siguiente: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos”. Eso se conoce como “principio de proximidad”.

B. Elementos objetivos y subjetivos

350. Para efectuar esta determinación, “[E]l tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos...” (artículo 9, párrafo 2, primera oración). Esta disposición es congruente con el artículo 11 donde éste se refiere al “... Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”.
351. También se ha planteado otra interpretación en el sentido de que la determinación de la “conexión más estrecha” también debe evaluar todas las circunstancias posibles, así como las circunstancias territoriales relativas a la celebración, ejecución, domicilio o establecimiento, cláusula de resolución de controversias, moneda, tratativas previas y otras. Esas son las conexiones *objetivas* que se deberán tener en cuenta junto con las *subjetivas* que surgen de distintas cláusulas y circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores a la celebración del contrato y que indican las expectativas legítimas de las partes.

C. Principios de organismos internacionales

352. Al efectuar su determinación, un tribunal también deberá tomar en cuenta “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” (artículo 9, párrafo 2, segunda oración).
353. Durante el proceso de redacción del instrumento interamericano, la delegación de los Estados Unidos propuso la fórmula de *la conexión más estrecha*, con la intención de que ello condujera a un derecho transnacional, no estatal, en lugar de un derecho nacional¹⁸⁵. En esa misma época estaban saliendo a la luz los Principios UNIDROIT, unos dos decenios después de su concepción y elaboración. Friedrich Juenger, miembro de la delegación estadounidense, era de opinión de

¹⁸⁴ Segundo Restatement de la Ley sobre Conflicto de Leyes de 1971 (secciones 145, 188). Para la compraventa de bienes no regida por la CIM, la sección 1-301(b) del Código de Comercio Uniforme (“CCU”) dispone que cuando las partes no hayan hecho una elección efectiva, el CCU (según su codificación en dicho estado) “se aplica a las transacciones que tengan una correcta relación con este estado”.

¹⁸⁵ “Si las partes no han elegido el derecho aplicable, o si esa elección resulta ser ineficaz, los contratos se regirán por los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” [traducción no oficial]. Juenger, Friedrich K., *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons*, en: *The American Journal of Comparative Law*, Volumen 42, Número 2, primavera de 1994, 381 pág. 391.

que la mención de “principios generales” debería conducir claramente a los Principios UNIDROIT¹⁸⁶.

354. Tras intensas deliberaciones en la CIDIP-V se llegó a una solución de avenencia¹⁸⁷. En cuanto a la regla que en última instancia se aprobó, una interpretación es que la función de la *lex mercatoria* o ley no estatal se redujo a la de elemento auxiliar que, junto con los elementos objetivos y subjetivos del contrato, ayuda al juez o árbitro a determinar el derecho del Estado que tiene la conexión más estrecha con el contrato. Otra interpretación acorde con lo propugnado por Juenger favorece la aplicación del derecho no estatal a falta de una elección¹⁸⁸. Posteriormente, Juenger llegó a afirmar literalmente lo siguiente: “...incluso en los países que no ratifiquen la Convención, sus cláusulas se podrán considerar como expresión de una norma interamericana que los jueces deberían tomar en cuenta al emitir sus fallos. Una vez que los tribunales y los árbitros empiecen a basarse en ellas, los Principios podrán brindar la infraestructura jurídica necesaria para la creciente integración económica y jurídica de este continente”¹⁸⁹ [traducción no oficial].

V. Ausencia de elección en los Principios de La Haya

355. Los Principios de La Haya se aplican solamente cuando las partes han elegido un derecho; la aplicación de un derecho frente a una elección inexistente o ineficaz escapa a su alcance. Sin embargo, cabe destacar que dichos principios, en su artículo 12, utilizan el término *relación más estrecha* al determinar el establecimiento pertinente.

VI. Ausencia de elección en las legislaciones nacionales

356. Según ya se expuso, la Convención de México establece que si las partes de un contrato no eligen el derecho aplicable (o hacen una elección ineficaz), se aplicará el derecho que tenga la relación más estrecha con el contrato. En la encuesta antes mencionada realizada en 2015, se les preguntó a los Estados Miembros de la OEA si sus legislaciones nacionales eran congruentes con esa disposición. De los 11 Estados que respondieron, siete lo hicieron en forma afirmativa¹⁹⁰. Si bien muchos Estados todavía siguen el enfoque tradicional, según se desprende de la sinopsis que sigue, hay cambios en marcha y las nuevas reformas, sumadas a la jurisprudencia reciente, denotan un nuevo rumbo para el conflicto de leyes en las Américas. Eso

¹⁸⁶ *Íd.* Véase también: Juenger, Friedrich K., Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law: The *Lex Mercatoria* and Private International Law, 60 La. L. Rev. 1133 (2000), pág. 1148. La relevancia de esta opinión es resaltada por José Siqueiros, redactor original de la Convención de México, teniendo en cuenta que Juenger fue quien propuso la solución de compromiso. Siqueiros, J.L., Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en: Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, pág. 223.

¹⁸⁷ Juenger, nota 185 *supra*.

¹⁸⁸ En los trabajos preparatorios también se deliberó acerca de que el término *organismos internacionales* incorpora todos los elementos de la *lex mercatoria*. Informe del Relator de la Comisión I relativo al Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales; OEA/Ser.K/XXI.5; CIDIP-V/doc.32/94 rev.1. Eso fue anterior al desarrollo de esta idea en época más reciente.

¹⁸⁹ Juenger, nota 185 *supra*, pág. 236.

¹⁹⁰ Argentina, Bolivia con salvedades, Canadá, Jamaica, México, Panamá y Paraguay. El artículo 804 del Código de Comercio de Bolivia establece que los contratos suscritos en otro Estado y ejecutados en Bolivia se rigen por el derecho boliviano. Véase: Informe sobre contratos de 2016, Apéndice A, nota 1 *supra*.

también concuerda con una tendencia similar que se desprende de las resoluciones judiciales recientes emitidas en Europa¹⁹¹.

357. Una excepción al respecto es *Argentina*, cuyo nuevo Código Civil y Comercial, a diferencia de la Convención de México, sigue la fórmula del lugar de cumplimiento (artículo 2652). Si eso no se puede determinar, el derecho aplicable será el del domicilio del deudor de la prestación más característica y, en su defecto, el del lugar de su celebración. Se trata del mismo criterio que los tribunales argentinos venían utilizando anteriormente. Sin embargo, como la fórmula se inclina por el domicilio “actual”, la cláusula dejó abierta la posibilidad de que el derecho aplicable pueda modificarse de manera unilateral. Una solución análoga contenida en el Convenio de Roma suscitó tanta controversia que el Reglamento Roma I la relegó a un nivel secundario, tras establecer una serie de reglas estrictas sobre derecho aplicable.
358. En *Brasil*, el artículo 9 de la LINDB dispone que para calificar y regir las obligaciones se aplica el derecho del Estado en el que éstas se contraen, es decir, el lugar de firma del contrato. Según el párrafo 2 del mismo artículo, se considera que la obligación emanada del contrato se ha establecido en el lugar donde reside el proponente. Sin embargo, en una reciente decisión judicial, los tradicionales factores de conexión aparentemente fueron desestimados en favor del principio de proximidad, que es más flexible¹⁹². Como la jurisprudencia laboral brasileña utiliza criterios distintos, el valor de esta decisión como elemento influyente es cuestionable; sin embargo, dos decisiones más recientes también invocan el principio de proximidad y rechazan el factor de conexión tradicional del lugar de celebración del contrato. En ambos casos, el tribunal aplicó la CIM junto con los Principios UNIDROIT como expresión de la “nueva *lex mercatoria*”. Las decisiones consideraron lo inadecuado de los resultados de la regla tradicional sobre conflicto de leyes en cuanto al lugar de celebración del contrato y lo adecuado de contar con reglas jurídicas uniformes para regir una relación multijurisdiccional¹⁹³.
359. En *Canadá*, en la provincia de Quebec, que es de derecho civil, el Código Civil de Quebec dispone que “si en ese acto no se designa ningún derecho o si el derecho designado invalida el acto jurídico, los tribunales aplican el derecho del Estado con el que el acto está más estrechamente conectado en vista de su naturaleza y sus circunstancias conexas”¹⁹⁴ [traducción no oficial]. Según la jurisprudencia aplicable en las jurisdicciones canadienses de *common law*, en ausencia de una elección del derecho expresa o implícita por las partes de un contrato, los tribunales aplican el derecho que tiene la conexión más estrecha y sustancial con el contrato¹⁹⁵.
360. En *Chile*, el Código Civil y el Código de Comercio no tienen ninguna cláusula específica sobre el tema. En función del enfoque territorial prevaleciente, a falta de una elección por las partes (e incluso en contra de su acuerdo expreso), los jueces aplican el derecho local si los bienes objeto del contrato están ubicados en dicho país. Por el contrario (si dichos bienes no están en Chile),

¹⁹¹ Véase los dictámenes emitidos por el Tribunal de Casación de Bélgica en 2009 y los dos dictámenes franceses emitidos por el Tribunal de Apelaciones de Reims en 2012 y el Tribunal de Casación en 2015, todos los cuales obran en la base de datos UNILEX.

¹⁹² TST, DEJT 15 out.2010, RR nº 186000-18.2004.5.01.0034.

¹⁹³ Noridane Foods S.A. c. Anexo Comercial Importação e Distribuição Ltda. Tribunal de Apelaciones de Rio Grande do Sul, 14 de febrero y 30 de marzo de 2017. <http://www.unilex.info>. Para casos más recientes de Brasil, véase también arriba.

¹⁹⁴ Código Civil de Quebec, artículo 3112. Considérese también el artículo 3113, según el que “se presume que un acto jurídico está conectado más estrechamente con el derecho del Estado en el que la parte que vaya a efectuar la prestación característica del acto tenga su residencia o, si el acto se realiza en el transcurso normal de las operaciones de una empresa, en el que tenga su establecimiento” [traducción no oficial].

¹⁹⁵ Imperial Life Assurance Co. of Canada c. Colmenares, [1967] S.C.R. 443.

de conformidad con el artículo 16 del Código Civil, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración (doctrina prevaleciente) o por el del lugar de ejecución. Sin embargo, en temas comerciales, el artículo 113 del Código de Comercio contiene una regla similar a la del ya mencionado artículo 16 del Código Civil, pero establece una excepción para el caso en que “los contratantes hubieren acordado algo distinto”, clara alusión a la autonomía de la voluntad al no haberse establecido ningún requisito adicional.

361. En los *Estados Unidos*, en ausencia de una elección efectiva del derecho, el tribunal en un estado que sigue el Segundo *Restatement* examinará la relación más importante para determinar el derecho aplicable. Se considerarán puntos de contacto específicos, que se han de evaluar en función de su importancia relativa con respecto a un determinado tema¹⁹⁶. Para la compraventa de bienes no regida por la CIM, el tribunal aplicará el Código Comercial Uniforme según esté codificado en ese estado si la transacción tiene una relación adecuada con éste.
362. *Guatemala* sigue el principio de la *lex loci executionis* (artículo 31 de la Ley del Organismo Judicial). En consecuencia, si la transacción o acto jurídico debe ejecutarse en un lugar diferente de aquel en el que se celebró el acuerdo, todas las cuestiones relativas a su ejecución se rigen por el derecho del lugar de ejecución.
363. En *México*, que es parte signataria de la Convención de México, si las partes contractuales no eligen el derecho aplicable o si su elección es ineficaz, se aplica el derecho que tenga la conexión más estrecha con el contrato. Sin embargo, en principio, el tratado se aplica solo a los casos entre México y Venezuela. Para otros casos, el Código Civil Federal dispone en la sección V del artículo 13 que “[S]alvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho”.
364. En *Panamá*, el Código de Derecho Internacional Privado establece que, en ausencia de elección de un derecho, “el juez aplicará la ley del lugar de cumplimiento de la obligación y, cuando este no se pueda determinar, el juez aplicará la ley del Estado que presente el vínculo más estrecho con el contrato internacional y, en su defecto, la ley del foro” (artículo 69 de la Ley No. 61 del 7 de octubre de 2015, que subroga la Ley No. 7 de 2014). Aquí entra el principio de proximidad como uno de los componentes de las normas sobre conflicto de leyes que contiene puntos de conexión *en cascada*; por ejemplo, en primera instancia, se trataría del lugar de cumplimiento y solo si este no se puede determinar se aplicaría, en segunda instancia, el derecho del Estado con la conexión más estrecha.
365. En la *República Dominicana*, en ausencia de elección del derecho, la nueva Ley de Derecho Internacional Privado estipula que el derecho aplicable es aquel con el que el contrato tenga la conexión más estrecha, lo cual está en consonancia con la formulación idéntica del artículo 9 de la Convención de México (Ley 544 de 2014, artículo 60). La nueva ley estipula que, al determinarlo, “... [el tribunal] tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar la ley del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos; y los principios generales del derecho de los negocios internacionales aceptados por organismos internacionales” (artículo 61).
366. En *Paraguay*, el artículo 11.1 de la ley sobre contratos internacionales reproduce el artículo 9 de la Convención de México, que adopta la fórmula flexible del “vínculo más estrecho o importante” y excluye otros métodos controvertidos y restrictivos, como el del lugar de

¹⁹⁶ Segundo Restatement de la Ley sobre Conflicto de leyes, secciones 6, 187 y 188. Véase explicación en la nota 156 *supra*.

cumplimiento de la obligación. Cabe destacar que la ley paraguaya no reproduce las disposiciones de la Convención de México en virtud de las cuales un tribunal también tomará en cuenta “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” (artículo 9, segundo párrafo). Ese texto se excluye porque ya queda claro (artículo 3) que la referencia a derecho que se hace allí puede entenderse como relacionada también con el derecho no estatal, lo que significa que, si los jueces y árbitros entienden que el caso tiene una conexión más estrecha con el derecho transnacional que con un derecho nacional, lo aplicarán directamente, provenga o no de un organismo internacional (como UNIDROIT).

367. El Código Civil *peruano* dispone que, en ausencia de elección del derecho, la ley aplicable para las obligaciones contractuales será la ley del lugar de su cumplimiento, y si las obligaciones deben cumplirse en diferentes Estados, será la ley de la obligación principal y, en caso de no poder determinarse ésta, se aplicará la ley del lugar de celebración del contrato (artículo 2095).
368. En *Venezuela*, la ley sobre derecho internacional privado adopta textualmente en su artículo 30 las disposiciones del artículo 9 de la Convención de México; por ende, en ausencia de elección del derecho o si la elección resultara ineficaz, se aplicará el derecho con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos, para lo cual se tomarán en cuenta los elementos objetivos y subjetivos del contrato y también los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. La Corte Suprema dictaminó que la formula del vínculo más estrecho lleva a tomar en cuenta la *lex mercatoria*, compuesta por las costumbres y prácticas comerciales¹⁹⁷.

VII. Ausencia de elección en el arbitraje

369. Los árbitros están en una posición diferente de la de los jueces, pues las leyes sobre arbitraje suelen conferir a los primeros una discreción más amplia.

A. Textos convencionales en materia de arbitraje

370. La Convención de Nueva York no aborda el tema del derecho aplicable en ausencia de una elección por las partes.
371. En las Américas, la Convención de Panamá ofrece una solución al remitirse al Reglamento de la CIAC, específicamente su artículo 30, que estipula lo siguiente: “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”. La regla es idéntica a la de la Ley Modelo de la CNUDMI, que se trata más abajo, y similar al enfoque adoptado por la Convención Europea.
372. El Acuerdo sobre Arbitraje del MERCOSUR de 1998 otorga a los árbitros una potestad igual a la de las partes. Su artículo 10 estipula lo siguiente: “Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes”¹⁹⁸. El instrumento admite la

¹⁹⁷ Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, Banco Universal CA, 2 de diciembre de 2014. El Tribunal Supremo de Justicia dictaminó que, de conformidad con la Ley Venezolana sobre Derecho Internacional Privado (artículos 29, 30 y 31), si las partes de un contrato internacional no han elegido de manera expresa el derecho aplicable, los jueces podrán aplicar el criterio de la “conexión más estrecha”. Para ello, los jueces deben tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos del contrato para determinar el derecho con el cual éste tiene los vínculos más estrechos, así como los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por organismos internacionales. Según sostuvo la Corte Suprema, ello incluye la *lex mercatoria*, compuesta por las costumbres y prácticas comerciales (véase en www.unilex.info).

¹⁹⁸ Nota 134 *supra*.

elección de un derecho uniforme haciendo referencia al “derecho del comercio internacional” y, asimismo, haciendo referencia al derecho internacional privado “y sus principios”, con lo cual no se limita a las normas de conflicto de leyes, sino que además incluye la ley uniforme.

B. Ley Modelo de la CNUDMI

373. En comparación, la Ley Modelo de la CNUDMI contiene disposiciones para abordar el tema. En los casos en que las partes no eligen el derecho sustantivo, “...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” (artículo 28(2)).
374. El comentario extraoficial de la CNUDMI indica que aquí las atribuciones del tribunal arbitral se ajustan a las pautas tradicionales. Ello obedece a que (por lo menos en principio) los árbitros están obligados a aplicar las normas del derecho internacional privado¹⁹⁹. Ello suscita incertidumbres debido a la falta de un foro nacional de árbitros. Las disposiciones del artículo 28(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI no han sido incluidas por todos los Estados en su legislación nacional y, en cambio, se incluyen disposiciones que dejan a los árbitros en libertad de escoger el derecho que consideren adecuado (ver, por ejemplo, el artículo 57(2) de la ley peruana sobre arbitraje).
375. La Ley Modelo de la CNUDMI (y las leyes nacionales que le siguen) se atiene a criterios más tradicionales sobre el particular. Sin embargo, dichos instrumentos se pueden interpretar en términos amplios, tanto en teoría como en la práctica del arbitraje, en una manera que no derive en perspectivas “nacionales”. La disposición del artículo 28(2) aparentemente restringe al árbitro, a quien no deja en libertad de elegir el derecho aplicable, y supuestamente le impide aplicar el derecho no estatal. Sin embargo, se ha sostenido que un árbitro que hace caso omiso de esa disposición no pone en riesgo su laudo, debido a la ausencia, en la Ley Modelo de la CNUDMI, de cláusulas de supervisión, por los tribunales del Estado, del razonamiento que llevó a la determinación del derecho aplicable. No obstante, si bien es cierto que no hay control judicial al respecto ni en el recurso de anulación ni en la Convención de Nueva York, este aspecto debe considerarse dentro de las disposiciones atinentes al orden público, tema que se analiza en detalle más adelante en la parte décima séptima.

C. Enfoques para la aplicación de las normas de conflicto de leyes

376. Hay grandes diferencias acerca del enfoque que debería utilizarse en un marco arbitral para determinar el derecho aplicable en ausencia de una elección efectiva por las partes. Las cláusulas de la Convención de México pueden servir de guía eficaz también para los arbitrajes internacionales establecidos en jurisdicciones dentro de las Américas. Algunos Estados han optado por la vía directa y omitido toda referencia a las normas de conflicto de leyes. Esto es también lo que han hecho las reglas de arbitraje de muchas instituciones, lo cual sirve de base para los árbitros que aplican la Convención de México en uso efectivo de esas potestades. En ausencia de disposiciones de esa índole, se han utilizado los enfoques indicados a continuación en el derecho comparativo.

1. Normas de conflicto de leyes del lugar del arbitraje

377. Originalmente, la tendencia manifestada en los laudos emitidos era la de otorgar prevalencia a las normas de conflicto de leyes respecto del lugar del arbitraje. De hecho, en una antigua resolución del IDI adoptada en 1959 se indicó lo siguiente: “Las normas de elección del derecho vigentes en el Estado donde se encuentra la sede del tribunal arbitral deberán ser aplicadas para

¹⁹⁹ Véase también el análisis sobre vía directa.

determinar el derecho aplicable al fondo de la disputa”²⁰⁰. Este enfoque recibió un apoyo tácito por mucho tiempo, especialmente en las jurisdicciones de *common law*. De hecho, el Segundo Restatement de la Ley estadounidense sobre Conflicto de Leyes señala que la selección de la sede del arbitraje presume una “demostración de la intención de que el derecho local del país rija la totalidad del contrato” (§ 218, comentario b) [traducción no oficial].

378. Sin embargo, la determinación de la sede es con frecuencia fortuita, especialmente cuando la decisión no la toman las partes sino el tribunal arbitral o una institución de arbitraje. Otras veces, las partes eligen la sede por razones distintas de las de sus normas de conflicto de leyes, como por ejemplo la neutralidad política del país, su cercanía o los servicios logísticos que ofrece. Por lo tanto, según se desprende de laudos recientes, parece irse perfilando la tendencia de que al determinar el derecho aplicable al fondo del caso, el árbitro deja de lado las normas de conflicto de leyes del foro²⁰¹.

2. Normas de conflicto de leyes de otras jurisdicciones

379. Una postura es la de propugnar la aplicación del derecho del Estado del árbitro, sobre la base de que éste conoce mejor sus propias leyes. Sin embargo, se trata de una postura poco convincente, pues insinúa que los árbitros son incapaces de aplicar normas de conflicto diferentes de las suyas propias, postulado éste que se ha desestimado hace tiempo. Además, puede que el Estado del árbitro no tenga relación alguna con la controversia, al margen de ser su país de origen, lo cual crearía una relación aún más débil que la de la sede del arbitraje. Este enfoque también plantea el problema práctico de la determinación del país de origen del árbitro, es decir, si el factor determinante debería ser el de la nacionalidad, ciudadanía, domicilio o residencia del árbitro. Además, en la práctica, un tribunal arbitral tiende a estar constituido por árbitros de distintos países.
380. Otra postura sería la de dar efecto al derecho del Estado cuyos tribunales hubieran tenido jurisdicción de no haberse pactado un arbitraje. Este criterio no ha prevalecido, sea porque un arbitraje no es comparable al mecanismo de resolución de controversias de un Estado, o bien porque en algunos casos pueden presentarse conflictos de jurisdicción debido a diferencias entre las normas respectivas de los Estados.
381. También se ha sugerido aplicar el derecho del Estado donde se ejecutará el laudo, lo cual sin embargo no resulta práctico por ser ello imprevisible, además de que el laudo podría tener ejecución en más de un país. Sea como fuere, los laudos a menudo reflejan soluciones a las que los árbitros llegan sobre la base de los argumentos esgrimidos por las partes, a fin de no sorprenderlas demasiado con sus decisiones.

²⁰⁰ Artículo 11.

²⁰¹ Tribunal Arbitral Ad Hoc, laudo del 10 de octubre de 1973, V Yearbook Comm. Arb. (1980), 143 (148); laudo CCI 2637 de 1975, en: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, 13 (15); laudo CCI 1422 de 1966, en: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, 185 (186). Laudo en: Sapphire International Petroleum Ltd. c. The National Iranian Oil Company (1964), 13 ICLQ 1011. Laudo CCI 3540 de 1980, VII Yearbook Comm. Arb. (1982), 124 (127). Centro Regional de El Cairo de Arbitraje Comercial Internacional, laudo parcial, 23 de junio de 2000, número 120/1998, en: Eldin (ed.), Laudo arbitral del Centro Regional de El Cairo de Arbitraje Comercial Internacional (2000), 25 (28). Laudo CCI 3540 de 1980, VII Yearbook Comm. Arb. (1982), 124 (128). Laudo CCI 4434 de 1983, en: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, 458, 459; laudo CCI 2730 de 1982, en: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, 490 (491).

3. Aplicación acumulativa de las normas de conflicto de todos los Estados que tienen una conexión

382. Según este enfoque, los árbitros deberían llevar a cabo un proceso comparativo para determinar si hay algún conflicto entre los sistemas jurídicos vinculados con el caso. Ello presenta la ventaja de ser congruente con el carácter transnacional del arbitraje comercial internacional, además de ser más acorde con las expectativas de las partes y de reducir la posibilidad de impugnaciones que aleguen que se utilizó un derecho incorrecto, en las raras instancias en las que una impugnación es posible.
383. No obstante, este mecanismo, que es bastante costoso, solo resulta útil cuando las reglas son similares o convergentes, o por lo menos apuntan al mismo resultado, a menos, por supuesto, que se determine que es suficiente “adoptar el derecho que se revela con más frecuencia como la ley aplicable”. Esto significa que el valor persuasivo de este enfoque es inversamente proporcional al número de derechos aplicables que surgen de la aplicación de los distintos conjuntos de normas de conflicto de leyes. Además, deja amplia discreción a los árbitros para decidir qué normas de conflicto de leyes presentan un vínculo con la controversia y, por lo tanto, se deben tener en cuenta.

D. Aplicación de principios generales o de derecho no estatal

384. Una alternativa al enfoque de las normas de conflicto de leyes es la aplicación de “principios generales” del derecho internacional privado, alternativa que también supone un criterio comparativo, pero prestando menos atención a la conexión entre esas normas y la relación contractual en disputa. Para ello se tiende a recurrir a convenios internacionales en busca de orientación acerca de esos principios generales, especialmente al Convenio de Roma y ahora el Reglamento Roma I, sin perjuicio de si las partes están sujetas o no a dichas reglamentaciones.
385. A este enfoque se le ha dado un uso limitado pues aumenta la incertidumbre del análisis sobre conflictos de leyes al requerir un análisis en dos partes, pero sin arrojar ningún beneficio palpable. El criterio requiere primero identificar cual es el Estado que tiene las “conexiones más estrechas” con una controversia. Luego se deben identificar las normas de conflicto de leyes de ese Estado. En definitiva, se deben aplicar esas normas de conflicto de leyes para escoger el derecho sustantivo, lo cual a su vez implica realizar otro análisis potencialmente complejo.
386. Sin embargo, de aplicarse las disposiciones de la Convención de México partiendo de una interpretación liberal, la conexión más estrecha tal vez no conduzca necesariamente a un derecho nacional sino a la *lex mercatoria* u otras formas de derecho no estatal. Podría ser preferible aplicar instrumentos de derecho uniforme, como los Principios UNIDROIT, en lugar del criterio del conflicto de leyes, cuyas complejidades acaban de enunciarse.
387. El hecho de aplicar un derecho no estatal antes que el derecho nacional puede ser útil bajo distintos supuestos. Por ejemplo, puede ser que el derecho local potencialmente aplicable no ofrezca una solución viable para el asunto. Un ejemplo de ello sería el de los intereses pagaderos con respecto a un préstamo, cuestión que a menudo no se aborda en el derecho islámico. Otro ejemplo podría ser el de la falta de marco jurídico para los contratos celebrados por Internet. Otras veces, las leyes de las partes proponen soluciones opuestas y el empleo de las normas de conflicto de leyes por sí solas no determinaría el resultado. En esos casos, la aplicación de un derecho no estatal ofrece una vía neutral para resolver la controversia, sin vulnerar las susceptibilidades de quien resulte “perdedor”. Así también, si el derecho de ambas partes o ambos Estados con los que el contrato está conectado y el derecho no estatal ofrece una solución idéntica, el juez o árbitro podrá basarse directamente en el derecho no estatal sin necesidad de declarar un “ganador”. A veces también un tribunal arbitral puede considerar insatisfactorio un

enfoque que conduzca a la elección de un derecho nacional, pues llevaría a aplicar, a una transacción internacional, un derecho nacional diseñado para el comercio interno. Sin embargo, en cualquier actuación de esa índole, antes de tomar una decisión es necesario escuchar la postura de las partes.

388. Este tema se ha abordado en la legislación nacional de algunos Estados. Por ejemplo, en *Francia* el nuevo Código de Procedimiento Civil dispone que el tribunal arbitral podrá dirimir controversias de conformidad con las normas del derecho elegido por las partes o, en su defecto, de conformidad con las que considere adecuadas, tomando en cuenta en todos los casos las prácticas del comercio²⁰². El informe explicativo sobre ese nuevo Código recalca que los artículos pertinentes establecen la existencia de un orden jurídico autónomo para el arbitraje internacional²⁰³. Otros Estados han adoptado iniciativas similares²⁰⁴. En *México*, el artículo 1445 del Código de Comercio señala que, si las partes no indicaren la ley [que debe regir el fondo de litigio], el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable. En *Perú*, la legislación no solamente contempla la *vía directa*, sino que además autoriza expresamente a los árbitros a aplicar las “normas de derecho” que consideren adecuadas (véase *infra* el análisis sobre la *vía directa*).
389. Contrariamente a la muy difundida pero desacertada preocupación de que el método de las normas transnacionales, que entraña aplicar o tener en cuenta el derecho no estatal, se traducirá en mayor incertidumbre, la previsibilidad del resultado queda más asegurada mediante este método que por el método clásico del conflicto de leyes. Las partes que no hayan tomado la precaución de elegir el derecho aplicable a su contrato podrían verse más sorprendidas por la aplicación de un derecho nacional desconocido que por la de un conjunto de normas no estatales que sea reflejo de un amplio consenso.
390. Como se ha señalado líneas arriba, si bien tradicionalmente los árbitros han recurrido a las normas de conflicto de leyes del lugar del arbitraje o del Estado del árbitro, más recientemente se ha venido perfilando la tendencia de aplicar las normas de conflicto de leyes de todos los Estados que tengan conexión con el caso que se está ventilando o, como alternativa, las normas de conflicto de leyes que los propios árbitros consideran pertinentes en cada caso, o incluso permitir que éstos desestimen todas las normas sobre conflictos y determinen el derecho sustantivo aplicable que consideren adecuado “directamente” o *en vía directa*, tema que se expone a continuación.

E. Uso de la *vía directa*

391. La expresión *voie directe* (término francés que significa *vía directa*) o “método directo” es muy conocida en la jerga arbitral. Este método permite que los árbitros elijan el derecho sin necesidad de remitirse a ninguna norma de conflicto de leyes. Al aplicarlo, el árbitro probablemente considere también principios del derecho internacional privado, por lo menos en su razonamiento interno, pero sin obligación de dar una explicación o fundamento jurídico. Ello, a pesar de que, según la mayoría de las normas de arbitraje, en ausencia de un acuerdo diferente por las partes, el laudo deberá “contener las razones en las que se fundamenta”.
392. El método directo no debería considerarse arbitrario y, sea como sea, pueden tomarse como puntos de referencia conceptos que forman parte del enfoque de conflicto de leyes, como la

²⁰² Con sus enmiendas en virtud del Decreto 2011-48 de 2011, artículo 1511.

²⁰³ *Íd.*

²⁰⁴ La autonomía de los árbitros también está consagrada en los Códigos de Procedimiento Civil *belga* (artículo 1700), *neerlandés* (artículo 1054) e *italiano* (artículo 834).

“conexión más estrecha” o el “lugar de cumplimiento”. En particular, cuando el resultado del caso difiere en función del derecho aplicado, los árbitros no escogerían el derecho aplicable a la controversia según el resultado previsto. En consecuencia, el resultado previsto no siempre llevará a los árbitros a elegir el mismo método. El método que parece ser el de fundamento más sólido variará en función de las circunstancias de cada caso.

393. El método directo, ahora incorporado en el Reglamento de Arbitraje de 2010 de la CNUDMI (artículo 35), es considerado como uno de los grandes avances con respecto al reglamento anterior de 1976, y también representa un avance con respecto a la Ley Modelo de la CNUDMI, que en su artículo 28(2) no lo contemplaba.
394. Cuando se deliberó acerca de las enmiendas al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, se manifestaron distintos puntos de vista acerca de si un tribunal arbitral tenía o no discreción para designar “normas de derecho” cuando las partes no hubieran elegido un derecho aplicable. La decisión fue que las normas debían ser congruentes con el artículo 28(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI, relativo a que el tribunal arbitral aplique el “derecho” en lugar de las “normas del derecho” que se haya determinado que son aplicables²⁰⁵.
395. Es necesario abordar de manera expresa el tema de la relación existente entre este último método “directo” y el uso del derecho no estatal como el aplicable al fondo de la controversia. Incluso cuando utilizan el método “directo”, los tribunales arbitrales suelen aplicar un determinado derecho sustantivo nacional. Sin embargo, a título excepcional también pueden recurrir al derecho no estatal, cosa que de hecho hacen más frecuentemente. Esto es lo que ocurre especialmente en los casos de la denominada “elección negativa implícita”, es decir, cuando de las circunstancias se puede inferir que las partes tuvieron la intención de excluir la aplicación de algún derecho nacional (por ejemplo, si una de las partes es un Estado o un organismo gubernamental y, durante largas negociaciones, ambas partes han dejado en claro que ninguna de ellas aceptaría la aplicación del derecho nacional de la otra o de un tercer Estado; o bien cuando las partes escogen de manera expresa como derecho aplicable, sin ninguna definición ulterior, los “principios generales del derecho comercial internacional”, los “principios de justicia natural”, la “*lex mercatoria*” o normas similares; o bien cuando las partes se remiten a “derechos” inexistentes como el “derecho europeo”, el “derecho latinoamericano” o los “Principios y Reglas de la CCI”; o bien, por último, cuando las partes escogen como derecho rector de sus contratos los INCOTERMS, las RUU, etc.). Sin embargo, con frecuencia se logra el mismo resultado también en los denominados casos de conexiones múltiples, es decir, cuando el contrato no dice nada en cuanto al derecho aplicable, pero presenta factores de vinculación con una multiplicidad de Estados, ninguno de los cuales es suficientemente predominante como para justificar la aplicación del derecho nacional respectivo con exclusión de todos los demás. Según lo demuestran los numerosos laudos arbitrales que obran en la base de datos UNILEX, en casos como aquellos los tribunales arbitrales de todo el mundo, mayormente, han dejado de insistir en la aplicación de un determinado derecho nacional como el aplicable al fondo de la controversia, sino que prefieren recurrir a un conjunto de normas equilibrado, integral y reconocido internacionalmente, como los Principios UNIDROIT.
396. Vale la pena contrastar la solución de la Ley Modelo de la CNUDMI (*vía indirecta*) con la solución más innovadora adoptada en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su artículo 35(1) (*vía directa*). En tanto que la primera autoriza a los árbitros a elegir las normas del derecho internacional privado que consideren más convenientes para determinar el derecho

²⁰⁵ Véase el párrafo 39 en la página 36 de la nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI, en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf.

aplicable al contrato, la segunda los autoriza a escoger, de manera directa, el derecho aplicable a dicho contrato. Esta última solución ha sido adoptada en las normas de la mayoría de los institutos de arbitraje (como las de la CCI y las de la *American Arbitration Association* (“AAA”), entre otras). En consecuencia, cuando las partes deciden que el arbitraje se lleve a cabo de conformidad con determinadas reglas de arbitraje, adoptan la segunda solución (*vía directa*), no la primera (*vía indirecta*). Dependiendo de si el Estado en el que se lleva a cabo el arbitraje ha adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI o bien si ha enmendado su derecho nacional en tal sentido, es dable prever que la segunda solución (*vía directa*) tenga una mayor aplicación práctica.

397. El método de la *vía directa* se ha incorporado en las leyes de arbitraje modernas de varios Estados²⁰⁶, incluidos muchos de las Américas²⁰⁷.

13.1 El régimen jurídico interno acerca del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, en cuanto a la ausencia de una elección efectiva del derecho, debería incluir el criterio flexible de los “vínculos más estrechos”, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención de México.

13.2 Los jueces y árbitros deberían aplicar el criterio flexible de los “vínculos más estrechos” partiendo de un enfoque de interpretación liberal.

PARTE DÉCIMA CUARTA

DÉPEÇAGE O “FRACCIONAMIENTO” DEL DERECHO

I. Noción de *dépeçage*

398. En el derecho internacional privado, el término francés *dépeçage*, o “fraccionamiento” del derecho, alude a la división del contrato, a fin de que diferentes partes del mismo puedan regirse por distintos derechos. Las partes contractuales pueden querer optar por esta vía por distintas razones. Por ejemplo, en un contrato de compraventa internacional, la mayoría de las obligaciones emanadas del mismo pueden regirse por el derecho de un solo Estado, aun cuando sería preferible que las condiciones bajo las que el vendedor debe obtener certificados de inspección se rigieran por el derecho del o de los Estados de destino final de los bienes, o que el plazo límite para que el adquirente notifique de cualquier defecto en los bienes transferidos se rigiera por el derecho del lugar de entrega. Otro ejemplo es el de una cláusula que disponga el pago del capital e intereses, a opción del acreedor, en uno o más Estados, en la moneda de un

²⁰⁶ Se lo reconoce, por ejemplo, en las legislaciones de *Francia* (artículo 1511 del Código de Procedimiento Civil, enmendado en 2011), de los *Países Bajos* (artículo 1054(2) del Código de Procedimiento Civil), de *España* (Ley de Arbitraje, artículo 34(2)), de *Austria* (artículo 603(2) del Código de Procedimiento Civil, RGBI. No. 113/1895 con sus modificaciones en virtud de la Enmienda de 2013 a la Ley de Arbitraje, BGBl. No. 118/2013) y de *Eslovenia* (artículo 32(2) de la Ley de Arbitraje del 28 de abril de 2008).

²⁰⁷ En América Latina, la vía directa está consagrada en las leyes de *Colombia* (artículo 10 del Estatuto sobre Arbitraje Nacional e Internacional de 2012), *México* (artículos 1445 del Código de Comercio y 628 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, *ad contrario*) y *Perú* (artículo 57 del Decreto Legislativo 1071 de 2008). En Perú, la legislación no solamente contempla la vía directa, sino que también autoriza expresamente a los árbitros a aplicar las “normas jurídicas” que consideren adecuadas, sin tener que fundamentarlo ni aplicar normas de conflicto de leyes. Los principales centros de arbitraje peruanos también aplican este enfoque. Véanse los artículos 21 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y 7 del Reglamento de Arbitraje de Amcham, Perú.

determinado Estado, caso en el cual las partes suelen acordar que el derecho del Estado en el que se haya de efectuar el pago sea el que rijan los temas relativos a la suma por pagar y la forma de pago.

399. El *dépeçage* es una manifestación del principio de autonomía de la voluntad de las partes; no se encuadra dentro de las doctrinas decimonónicas de la localización, y de hecho Ronald Herbert, uno de los negociadores uruguayos de la Convención de México, dijo que su admisión dentro de ese instrumento podría estar profundamente reñida con los Tratados de Montevideo²⁰⁸.
400. Las opiniones de los académicos que se oponen al *dépeçage* se amparan en argumentos como los de su ventaja mínima ante los riesgos que éste supone debido a los problemas técnicos que podrían emanar de las discrepancias en cuanto al conocimiento y la aplicación de los distintos derechos elegidos. También se considera que constituye un arma en manos de la parte más fuerte en detrimento de la más débil, por poder manipularse aspectos del derecho aplicable que sean favorables a la más fuerte.
401. No obstante, incluso quienes se oponen al *dépeçage* deben admitir que determinados temas, como los relativos a la forma del contrato y a la capacidad de las partes, pueden regirse de manera más adecuada por distintos derechos y por las normas obligatorias del foro. Pueden, además, admitir que este tema se relaciona con el criterio de clasificar correctamente cada tema (forma del contrato y capacidad de las partes) en la única categoría que le corresponde.
402. Quienes abogan a favor del *dépeçage* señalan que la autonomía de la voluntad es un elemento que las partes tienen a su disposición para una mejor regulación de sus intereses, si lo estimasen procedente. Así pues, el principio sustenta la intención de las partes, y se dispone de normas obligatorias o reglas de orden público que impiden que la parte más fuerte lo utilice en contra de la más débil. Las normas obligatorias preeminentes y el *orden público internacional* limitan el riesgo de abuso por la parte más fuerte a través del *dépeçage*, si bien, obviamente, dicha parte puede utilizarlo en ventaja propia para evitar el uso de normas obligatorias y reglas de orden público simples que normalmente serían de aplicación como parte del derecho elegido.
403. Hay dos situaciones posibles respecto al uso del *dépeçage*. En la primera, la legislación dispone específicamente que las partes pueden elegir más de un derecho para regir el contrato, según lo contemplan determinadas codificaciones nacionales (véase *infra*, Sección III). En la segunda, se puede hacer una elección parcial del derecho aplicable y dejar que el resto de las obligaciones contractuales se determine de manera objetiva. El Reglamento Roma I permite expresamente esa elección parcial y especifica que las partes pueden elegir el derecho aplicable solo a parte del contrato (artículo 3.1). La Convención de México sigue el mismo criterio. Puede suscitarse una tercera situación si el derecho que eligen las partes no cubre todas las cuestiones que pudieran surgir. Por ejemplo, si un contrato se rige por la CIM, hay cuestiones que ésta excluye bajo su artículo 4, tales como la validez del contrato y sus efectos sobre la propiedad de los bienes vendidos. Según su artículo 7(2), “[L]as cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales ...”, pero los temas no abordados por la misma deberán regirse por

²⁰⁸ Según Herbert, el *dépeçage* podría parecer una herejía para el sistema de los Tratados de Montevideo. Herbert, Ronald, La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, RUDIP, Año 1 - N° 1, pág. 91.

la ley suplementaria que hayan elegido las partes y, en su defecto, será necesario determinar el derecho aplicable, en cuyo caso el contrato podrá regirse por dos derechos diferentes²⁰⁹.

II. El *dépeçage* en la Convención de México y en los Principios de La Haya

404. La Convención de México señala en su artículo 7 que la elección del derecho "...podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo". Así pues, esta convención consagra el fraccionamiento voluntario. A su vez, el fraccionamiento involuntario está previsto en el artículo 9 de dicha convención, cuyo párrafo 3 estipula lo siguiente: "No obstante, 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", cosa que podría ocurrir, por ejemplo, si un juez o árbitro decidiera aplicar las reglas de un tercer Estado relacionado con el contrato, o bien normas o disposiciones obligatorias.
405. Los Principios de La Haya, en su artículo 2.2, disponen lo siguiente: "Las partes pueden elegir (a) el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato y (b) diferentes derechos para diferentes partes del contrato". Como dichos principios incluyen el derecho no estatal dentro del significado de "derecho" estipulado en su artículo 3, también pueden elegirse fuentes no estatales.
406. En el Comentario a los PH (2.6) se tratan las razones de la multiplicidad de elecciones (por ejemplo, que una cláusula sobre el tipo de cambio esté sujeta a otro régimen jurídico) y los riesgos correspondientes (contradicción e incongruencia en la determinación de los derechos y obligaciones de las partes). En caso de efectuarse una elección parcial, sin indicarse qué derecho regirá el resto de la relación contractual, "el derecho aplicable al resto del contrato será determinado por el órgano jurisdiccional o tribunal arbitral conforme a las reglas aplicables en defecto de elección" (2.7). El Comentario (2.9) también indica que "[E]n la práctica, las elecciones parciales o múltiples [del derecho] pueden referirse, por ejemplo, a la denominación de la divisa del contrato, a cláusulas específicas relativas al cumplimiento de determinadas obligaciones, como la obtención de autorizaciones gubernamentales, o a cláusulas de indemnización".

III. El *dépeçage* y las legislaciones nacionales

407. *Argentina* permite un fraccionamiento voluntario total o parcial, sea expreso o tácito, al estipular que la elección del derecho "puede referirse a la totalidad o a partes del contrato" (Código Civil y Comercial, artículo 2651, primer párrafo *in fine*).
408. *Brasil* contempla el fraccionamiento en el artículo 9, párrafo 1 de su ley respectiva (LINDB).
409. En *Canadá*, en la provincia de Quebec, el Código Civil dispone específicamente que las partes podrán escoger más de un derecho para que rija su contrato (artículo 3111(3)).
410. En *Chile*, la doctrina trata la aceptación del *dépeçage* a tenor de lo estipulado en el tercer párrafo del artículo 16, que establece que "los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas". Si bien la postura tradicional da sustento a la doctrina del *dépeçage*, otra interpretación es que el significado correcto de las disposiciones citadas del artículo 16 es que si el contrato se ha de cumplir en Chile, estará regido en todo lo demás por las leyes chilenas. Por ende, si las consecuencias jurídicas (los "efectos") se determinan con arreglo a las leyes chilenas, importa que sean esas leyes y no otras las que determinen los requisitos o condiciones sustantivas que las acciones deberán cumplir.

²⁰⁹ El Código Bustamante utiliza el *dépeçage* para reglamentar por separado los distintos temas de la relación contractual (por ejemplo, artículos 169-172, 176, 181 y 183).

411. En *Colombia*, sin autorizarlo expresamente, la legislación no prohíbe el *dépeçage*, que se acepta por interpretación dentro de un contexto determinado, según se desprende del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 sobre Contratación Pública y el artículo 20 del Código Civil.
412. En *Panamá*, el artículo 70 de la Ley 61 de 2015 permite específicamente el *dépeçage* al establecer que “las partes en una relación contractual pueden sumeter el contrato a dos o más leyes siempre que lo permita la naturaleza del negocio jurídico internacional y la divisibilidad del derecho aplicable regule una determinada obligación o situación del negocio jurídico”. Sin embargo, este mismo artículo establece que no se puede permitir el despacho “si esta impide la ejecución del negocio objeto del contrato o es en fraude o perjuicio de una de las partes”.
413. En *Paraguay*, la nueva ley sobre contratos internacionales reproduce en su artículo 4.2 las disposiciones del artículo 2.2 de los Principios de La Haya.
414. En la *República Dominicana*, se puede hacer referencia a la Ley 544 de 2014, artículo 58, párrafo 2, el cual establece que “la elección de la ley aplicable podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”.
415. En *Venezuela*, las partes pueden elegir un ordenamiento jurídico para cada parte del contrato o para una parte solamente, pues se permite el *dépeçage* voluntario. Si bien el artículo 29 de la Ley sobre Derecho Internacional Privado no menciona expresamente la posibilidad de un fraccionamiento, ésta puede inferirse de la mención en dicha ley del derecho aplicable a las “obligaciones convencionales” y no simplemente a los “contratos internacionales”, con lo cual se ajusta a la Convención de México, ratificada por Venezuela. Por lo tanto, dado que el contrato es fuente de “obligaciones”, cada una de las obligaciones emanadas de un contrato puede estar sometida, por voluntad de las partes, a un derecho diferente. Esta interpretación se ve reforzada por la aplicación de los principios consagrados en la Convención de México para la interpretación de las normas del derecho y la integración de sus lagunas.

IV. *Dépeçage* y arbitraje

416. El foro del arbitraje tiene sus particularidades y la CNUDMI no aborda expresamente el tema del *dépeçage* ni en su Ley Modelo ni en su Reglamento de Arbitraje. Según la doctrina académica, el *dépeçage* es aceptado ampliamente de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que claramente prevalece en este contexto.
417. Mediante el *dépeçage*, las partes podrían obviar las normas de orden público, en tanto no se vean afectadas por las respectivas leyes del Estado del potencial foro que tenga potestad para desestimar o hacer cumplir el laudo. Véase *infra*, en la parte décima séptima, el análisis sobre orden público.
418. Otro tema distinto es el del derecho aplicable a la cláusula sobre arbitraje. Dicha cláusula se considera como un contrato en sí misma y se han manifestado diferentes posturas en cuanto al derecho que debería serle de aplicación, tal como el de la sede del arbitraje, el del contrato principal o el que favorece la validez de aquella cláusula.

14.1 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería admitir el “fraccionamiento” del derecho (*dépeçage*), en consonancia con las disposiciones de los artículos 7 y 9 de la Convención de México y del artículo 2.2 de los Principios de La Haya.

14.2 Se insta a los jueces y árbitros, cuando la interpretación está librada a su discreción, a admitir el *dépeçage*.

PARTE DÉCIMA QUINTA

LA INTERPRETACIÓN FLEXIBLE EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

I. Justificativo

419. Las disposiciones sobre soluciones “flexibles” facultan al juez o árbitro a mitigar el rigor de la aplicación estricta de la ley. En materia de contratos internacionales, estas fórmulas pueden ser especialmente útiles para identificar una solución adecuada para el caso. Ello se debe en parte a que muchos sistemas jurídicos nacionales no están preparados para regular las transacciones internacionales. Por ejemplo, la negativa de un comprador a aceptar los bienes normalmente resulta mucho más gravosa en una compraventa internacional. En tal circunstancia, sería deseable que, aun reconociéndole este derecho al comprador, le sean impuestas ciertas obligaciones, como el resguardo o la reventa de los bienes.
420. Las transacciones internacionales comúnmente incluyen otros factores que complican la situación, que pueden incluir, entre otros, la gran distancia entre el comprador y el vendedor; requisitos adicionales, como licencias de importación y exportación cuya expedición depende de varias autoridades; o prohibiciones respecto de las transferencias de divisas. En estos casos, el juez o árbitro no puede actuar de manera servil o mecánica y aplicar ciegamente, en la resolución de una controversia internacional, disposiciones concebidas principalmente para situaciones internas.
421. Por lo demás, los jueces por lo general no se encuentran bien preparados para aplicar leyes nacionales y extranjeras. No es realista pretender que el poder judicial local esté igualmente capacitado en la aplicación del derecho nacional y el internacional.
422. En consecuencia, a menudo es imposible que los asesores jurídicos emitan una opinión con respecto a la interpretación y la aplicación del derecho nacional en relación con una cuestión compleja en un asunto transfronterizo o predecir cómo fallará un tribunal local. Algunos códigos o leyes nacionales pueden ser tan antiguos, o haber sufrido tantas enmiendas, que resulta imposible saber si está uno trabajando con un texto correcto. El problema se agrava incluso más en los países marcados por la corrupción judicial, la cual dificulta la predicción de los resultados sobre la base de la jurisprudencia o los precedentes de dudoso origen.
423. Los jueces y árbitros frecuentemente recurren a cláusulas de escape en busca de justicia en un caso individual, y a nociones de derecho internacional privado tales como la calificación, el reenvío, el orden público y otras, o incluso la invocación de derechos constitucionales o derechos humanos y hacerlo directamente (sin optar por la excepción en la política pública). Algunas decisiones de tribunales europeos son ilustrativas en este sentido²¹⁰.
424. Cuando las partes contratantes eligen el derecho de un tercer país, lo hacen principalmente apuntando a encontrar una solución neutral, a pesar de contar rara vez con un conocimiento profundo de esa legislación. Las sutilezas de las reglas sintetizadas por la jurisprudencia pueden

²¹⁰ Por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Alemana dictó un fallo histórico en este sentido en 1971, invocando los derechos constitucionales en la reinterpretación de su derecho internacional privado. *Spanierentscheidung*, mayo de 1971, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. En varias oportunidades, el Tribunal Europeo de Justicia ha basado sus decisiones en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; ha dictaminado que el alcance de la excepción de orden público al deber de reconocer los fallos civiles de otros Estados Miembros debe interpretarse de manera acorde con dicho convenio (*Krombach c. Bamberski*, Asunto C-7/98, (2000) ECR I-1935).

representar una sorpresa para una parte extranjera. Esta cuestión fue abordada en un conocido laudo arbitral provisional en el que el tribunal decidió no aplicar una interpretación peculiar que la jurisprudencia daba al texto de una ley nacional, pues las partes eran empresarios internacionales experimentados y proceder en sentido opuesto “sería contrario a la realidad comercial”²¹¹.

425. Toda esta cuestión, por supuesto, merece un atento análisis. Es esencial efectuar un escrutinio caso por caso concentrándose en el legítimo interés de las partes. Si una de las partes desea la aplicación estricta de la ley a un caso específico, debe expresarlo y evitar así la posibilidad de que el juez o árbitro considere otras legislaciones o el derecho no estatal. De lo contrario, el juez o árbitro debería tener la suficiente discreción para llegar a una decisión apropiada teniendo en cuenta las circunstancias del contrato y el contexto internacional en el cual se ha desarrollado la relación.

II. Facultad para las interpretaciones flexibles en las operaciones internacionales

426. Por los motivos arriba descritos, las jurisdicciones internas deberían interpretarse de preferencia desde una perspectiva amplia o flexible, para encontrar la solución apropiada en casos que involucren transacciones transfronterizas. La facultad para hacerlo se deriva de diversas fuentes.
427. En primer lugar, debe tomarse en cuenta el hecho de que las jurisdicciones internas contienen ya lo que podrían considerarse disposiciones “flexibles”, que pueden derivarse de principios contenidos, por ejemplo, en las constituciones nacionales o en tratados de derechos humanos. Los tribunales nacionales tienen tanto el deber como la autoridad de aplicar estos principios.
428. En segundo lugar, muchos sistemas jurídicos tienen los mismos principios generales en común que los jueces o árbitros pueden interpretar de manera amplia, aunque congruente. Algunos ejemplos incluyen principios tales como *buena fe*, *fuerza mayor* y *trato injusto*. A este respecto, el derecho comparado ha demostrado ser muy eficaz como herramienta de auxilio interpretativo. Las jurisdicciones internas que incluyen principios como el de la buena fe pueden interpretarse en primer lugar a la luz de las soluciones internacionales, como las de los Principios UNIDROIT²¹².
429. La construcción comparativa adquiere aún más valor en un contexto internacional. Una razón es que es imposible disociar al derecho del lenguaje de su expresión. Términos como *cure*, *reliance*, *consideration*, *misrepresentation* o *frustration* [rectificación, confianza, consideración, falsa declaración o frustración] exigen una interpretación amplia, particularmente cuando una de las partes no proviene de la tradición del common law. Lo propio puede decirse de los términos causa, conversión u obligaciones de medios y resultados, que no han sido desarrollados en el sistema del common law.
430. La flexibilidad descrita en esta sección se relaciona con el uso de flexibilidad en la aplicación de los principios del derecho nacional que no son adecuados para las transacciones internacionales y no incluye el derecho del juez o árbitro de hacer caso omiso a los términos del acuerdo real de las partes. Mientras que un enfoque flexible a menudo sirve como fundamento al derecho de los Estados que está basado en códigos y en los que la flexibilidad y la buena fe adoptan un papel central por cuenta de la realidad de un sistema basado en códigos, en el sistema del common law, aunque los resultados tal vez no sean distintos, los principios subyacentes sí lo son²¹³.

²¹¹ Arbitraje CCI No. 10279, enero de 2001.

²¹² Se puede observar una comparación de su interpretación por otros tribunales, por ejemplo, en la base de datos UNILEX, que recoge casos al respecto (www.unilex.info).

²¹³ Estados Unidos, por ejemplo, tiene el principio de *stare decisis* [atenerse a lo decidido], y con frecuencia se aplican los principios de “flexibilidad”, como la teoría del estoppel [impedimento legal] a través de la

III. Flexibilidad en la aplicación de las “costumbres” y los “usos”

431. En las operaciones regidas por las jurisdicciones nacionales, las partes pueden incluir “costumbres” o “usos” (véase *supra* el análisis en la parte sexta, II.A). Pueden hacerlo expresamente mediante el uso de la incorporación por referencia, como cuando adoptan las reglas INCOTERMS de la CCI. En muchos sistemas también pueden hacerlo de manera implícita. Así sucedería con una costumbre que, no siendo específica de las partes, es ampliamente conocida y aceptada, y que debería interpretarse como incluida en las intenciones de las partes. En este sentido, los usos de comercio pueden reputarse internalizados dentro del contrato como una expresión de la voluntad de las partes. De esta manera, las “costumbres” prevalecen por sobre las disposiciones supletorias de las jurisdicciones internas.
432. También es deseable contar con esto en los contratos comerciales internacionales. Las costumbres que se han incorporado implícitamente deberían prevalecer sobre una disposición supletoria en contrario que figure en el derecho elegido o aplicado por los jueces o árbitros en la medida en que éste contradiga la práctica usual en el comercio internacional. Al respecto, la CIM (artículo 9(2)) y los Principios UNIDROIT (artículo 1.9) disponen que las costumbres son aplicables aun cuando las partes no hayan sabido de su existencia, en tanto sean ampliamente conocidas y regularmente observadas en el comercio en cuestión y las partes hayan debido conocerlas.

IV. Flexibilidad en la aplicación de los “principios”

433. Con frecuencia, las partes de un contrato comercial internacional incluyen una referencia a los principios generales, ya sean como supletorios al derecho nacional elegido o directamente aplicables a cualquier posible controversia. Adicionalmente, los principios suministran herramientas para la interpretación flexible, tanto en el orden nacional como en el internacional. Muchos sistemas nacionales aceptan principios como la buena fe o la equidad en la interpretación de disposiciones legales específicas a fin de arribar a resultados justos. Lo propio ocurre en los contratos comerciales internacionales cuando los jueces y árbitros se valen de estos principios para lograr resultados acertados.

V. Rol pionero de la OEA a favor de la flexibilidad

434. Instituido hace décadas, el artículo 9 de la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado dispone que: “Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”²¹⁴.
435. Esta disposición introduce un elemento de flexibilidad en relación con los problemas que emanan de la aplicación simultánea de varias leyes en un caso específico. El artículo 9 prevé dos criterios: aplicar las políticas legislativas que subyacen a cada una de las normas y lograr la equidad en un caso específico. Esto debe interpretarse en un sentido amplio. Si se considera solamente dentro de sus estrechos términos literales, la norma operará solamente en casos de

jurisprudencia. Los tribunales estadounidenses también han implicado el deber de la buena fe en el cumplimiento de contratos fuera del CCU, pero la buena fe se limita a los deberes específicos establecidos en el contrato. Se debe considerar cuidadosamente la diferencia entre los sistemas basados en códigos y el sistema de common law, particularmente cuando se trata de Estados Unidos, donde los principios de “flexibilidad” desempeñan un papel secundario frente a las reglas aplicables de interpretación.

²¹⁴ Nota 183 *supra*.

dépeçage. Pero si se interpreta ampliamente, la norma adquiere pertinencia en casi cualquier caso en que se apliquen varias leyes a distintos aspectos, relaciones y categorías jurídicas.

436. La Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado ha sido ratificada por varios Estados de la región (Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Paraguay, Ecuador, México, Perú, Uruguay y Venezuela). Ningún Estado de la tradición del common law la ha ratificado, a pesar de que la solución que esta Convención ofrece se derivó de fórmulas que habían sido propuestas por juristas de ese sistema.

VI. La fórmula flexible de la Convención de México

437. La Convención de México también contiene una fórmula flexible que puede utilizarse en la determinación del derecho aplicable. En su artículo 10 establece que “(a)demás de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. Aun cuando la redacción análoga del antes citado artículo 9 había sido sugerido por el sistema del common law, el artículo 10 de la Convención de México fue propuesto por Gonzalo Parra Aranguren, Presidente de la delegación venezolana, quien provenía de la tradición del derecho civil²¹⁵.
438. Se han planteado debates sobre si el artículo 10 tiene un rol meramente supletorio. Sin embargo, el texto indica claramente su aplicabilidad cuando la justicia lo requiere. Más aún, la Convención de México dispone que, para interpretarla y aplicarla, “se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación”. Esto introduce un antecedente claro de autoridad en cuanto a que la interpretación debe hacerse dentro de esta perspectiva ampliada.
439. El entendimiento en las deliberaciones sostenidas previas a la adopción de la Convención de México era que este artículo 10 conduce a la *lex mercatoria*²¹⁶. Sin embargo, a la fecha persisten dudas sobre la interpretación de esa expresión (véase *supra* el análisis en la parte sexta, II.C) en el sentido de que ese es un tema distinto al valor de la fórmula correctiva.

VII. La fórmula flexible en las legislaciones nacionales

440. Solamente unos cuantos Estados disponen de legislación con disposiciones semejantes a las del artículo 10 de la Convención de México. En *Canadá, Chile, Colombia y Guatemala* no existe una disposición equivalente, aunque estos países sí cuentan con leyes que incluyen normas flexibles aplicables a cuestiones arbitrales.
441. En *Argentina* se han incluido disposiciones en este sentido en el nuevo Código Civil y Comercial. El artículo 2653 dispone que, excepcionalmente, a pedido de parte y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso. Esta regla reitera, con referencia concreta a los contratos, la disposición general contenida en el artículo 2597.

²¹⁵ Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales, documento OEA/Ser.K/XXI.5 (17 de marzo de 1994). Véase también: La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V), México, 1994), en: Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, páginas 219 y 220.

²¹⁶ Informe de la Reunión de Expertos, nota 19 *supra*.

442. En *Paraguay*, el artículo 12 de la ley de contratos internacionales reproduce textualmente la disposición del artículo 10 de la Convención de México.
443. El Código Civil de *Perú* alude a la aplicación de los principios y criterios consagrados por la doctrina del derecho internacional privado (artículo 2047).
444. En la *República Dominicana*, la nueva Ley del Derecho Internacional Privado estipula que: “Además de lo dispuesto en este artículo, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de aceptación general” (Ley 544 de 2014, artículo 61, párrafo II).
445. En *Venezuela*, el artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado reproduce el artículo 10 de la Convención de México.

VIII. La fórmula flexible en el arbitraje

446. El artículo 28(4) de la Ley Modelo de la CNUDMI prevé 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.” Esta fórmula había estado incluida originalmente en el Convenio Europeo (artículo VII) y en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 (artículo 33) y todavía se conserva en el Reglamento actual de 2010 (artículo 35(3)).
447. En las deliberaciones del grupo de trabajo que elaboró el artículo 28 de la Ley Modelo de CNUDMI se dejó en claro que el tribunal tenía que tomarlos en cuenta *en todos los casos* [énfasis agregado]. Se otorga así un amplio margen de decisión al tribunal arbitral en la resolución de los casos en particular, “divorciándolo” de un sistema nacional específico²¹⁷.
448. Estas disposiciones rescatan el espíritu de los orígenes históricos del arbitraje y apuntan a situarlo en el contexto internacional en que se desarrolla. La aplicación de una regla como esta lleva a un enfoque cosmopolita, lo cual ha sido reconocido, por ejemplo, por un tribunal arbitral con asiento en Costa Rica²¹⁸. En un arbitraje con sede en Argentina, a pesar de que ambas partes designaron la ley argentina como aplicable, el tribunal arbitral recurrió a los Principios UNIDROIT como usos y prácticas comerciales internacionales que reflejan las soluciones de diferentes sistemas jurídicos y la práctica contractual internacional, diciendo que, como tales, de acuerdo al artículo 28(4) de la Ley Modelo de CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional, deben prevalecer sobre cualquier derecho nacional²¹⁹.

²¹⁷ CNUDMI (1975). Informe del Secretario General sobre el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Volumen VII [en línea]. Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Disponible en inglés en: <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1976-e/vol7-p157-166-e.pdf> (acceso del 28 de enero de 2019).

²¹⁸ Arbitraje Ad Hoc en Costa Rica, 30.04.2001, UNILEX, en el que se citan otros laudos de la CCI en este sentido. “Los estatutos y la jurisprudencia nacionales no solamente son aplicables a este caso, sino también los reglamentos sobre el comercio internacional que están conformados esencialmente por los principios y usos admitidos en general en el comercio sobre los que hayan acordado las partes en la cláusula décima de la carta de intención que señala que actuarían, entre sí, con base en la buena fe y las buenas costumbres y con respecto a la mayoría de los términos y prácticas empresariales más sólidos y amigables.” Esta afirmación le permite al tribunal utilizar estas reglas como lo ha hecho la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en casos similares (Cf. Laudos 8908 de 1996 y 8873 de 1997; Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje, vol. 10/2-Fall-1999, páginas 78 ss.).

²¹⁹ Laudo Arbitral Ad Hoc de 10.12.1997 / UNILEX. A pesar de que ambas partes habían basado sus alegatos en disposiciones específicas del derecho argentino, el Tribunal Arbitral decidió aplicar los Principios UNIDROIT. Sostuvo que los Principios UNIDROIT constituían usos del comercio internacional que reflejaban las soluciones de diferentes sistemas jurídicos y la práctica contractual internacional y, como tales, de acuerdo con el artículo 28(4) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional, debían prevalecer sobre

449. ¿Están los árbitros operando *contra legem* en estos casos? La respuesta es claramente que no. Cuando una parte elige un derecho substantivo aplicable y una jurisdicción que haya adoptado la Ley Modelo de CNUDMI, también está eligiendo el artículo 28(4) con su fórmula flexible. Además, el artículo 2 de la reforma del 2006 enfatiza su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. Puede alegarse que una disposición como esta impone un mandato legal a los árbitros en favor de una interpretación desde una óptica ampliada.
450. Asimismo, debe considerarse que, incluso en el arbitraje, las partes frecuentemente eligen derechos nacionales en lugar de un derecho no estatal, para minimizar el riesgo de impugnación en la sede de la actuación judicial o en el eventual lugar de ejecución. Se ha argumentado que los árbitros pueden atenuar las consecuencias injustas de esto haciendo referencia o recurriendo a la fórmula flexible.
451. Sin embargo, el árbitro debe ser también extremadamente cuidadoso cuando las partes han fundamentado sus argumentos exclusivamente en un derecho que ellas mismas han elegido, para no comprometer el debido proceso. El buen árbitro debe cerciorarse de que las partes hayan tenido, en su caso, la oportunidad de discutir acerca del posible alcance y la pertinencia de los usos internacionales y los principios que resultarían aplicables al caso en atención a lo que expresa el contrato o pueda derivarse implícitamente de él.
452. También debe considerarse cualquier requisito legal para que los árbitros basen sus decisiones en la ley, a fin de evitar posibles alegatos de arbitrariedad. Si los árbitros hacen caso omiso de la elección de derecho hecha por las partes, esto podría considerarse como un exceso de poderes.
453. Las legislaciones arbitrales de varios Estados latinoamericanos contienen textos análogos a la de la Ley Modelo de la CNUDMI²²⁰. Además del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI,

cualquier derecho nacional. En los méritos del caso, el Tribunal rechazó el argumento propuesto por el demandado según el cual el contrato se incumplió por un error y sostuvo que la comunicación del demandado a los demandantes en la que se informaba el descubrimiento de las deudas ocultas no podría ser considerada aviso apropiado de invalidación según el artículo 3.14 de los Principios UNIDROIT, pues no solamente no se indicaba la intención de no cumplir el contrato, sino que su intención era persuadir a los demandantes de que su propósito era continuar con el contrato, solo que en una versión modificada. Además, el Tribunal sostuvo que la conducta subsecuente del demandado (en particular su propuesta de terminar el contrato por acuerdo, el pago de otra parte del precio y el haber entrado en negociaciones con vista a modificar el contrato) llevó a una confirmación del contrato según el artículo 3.12 de los Principios de UNIDROIT (en este punto el Tribunal también se refirió expresamente al Comentario al artículo 3.12). Acerca de la demanda de reducción del precio, el Tribunal concedió una reducción de solo el 65% de las deudas ocultas. Un motivo para esta decisión fue que el contrato había sido redactado por el comprador, por lo que sus disposiciones, incluida la que contenía la garantía del vendedor con respecto a deudas ocultas, de acuerdo con el artículo 4.6 de los Principios UNIDROIT, tenía que interpretarse en un sentido más favorable para los vendedores.

²²⁰ Un mandato de atender en todos los casos las estipulaciones contractuales y los usos mercantiles pertinentes puede encontrarse en *Bolivia* (artículos 54 y 73 de la Ley 1770); *Costa Rica* (artículo 22 del Decreto Ley 7727 de 1997); *Chile* (artículo 28.4 de la Ley 19.971 de 2004); *Guatemala* (artículo 36.3 del Decreto Ley 67-95); *México* (artículo 1445 del Código de Comercio); *Nicaragua* (artículo 54 de la Ley 540 de 2005); *Panamá* (Decreto Ley No. 5, del 8 de julio de 1999, sustituida ahora parcialmente por la Ley de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional, Ley No. 131/2013; *Perú* (artículo 57.4 del Decreto Legislativo 1071 de 2008); *Paraguay* (artículo 32 de la Ley 1879 de 2002); *República Dominicana* (artículo 33.4 de la Ley 489-08); y *Venezuela* (artículo 8 de la Ley sobre Arbitraje Comercial de 1998). En *Brasil* la Ley de Arbitraje estatuye que son las partes las que pueden facultar a los árbitros a tomar en consideración los principios generales del derecho, los usos y las costumbres y las reglas internacionales del comercio (*Lei de Arbitragem*, Ley 9307/96, artículo 2(2)). En *Ecuador*, la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 no hace referencia a los “usos mercantiles”, pero sí establece

diversos reglamentos arbitrales contemplan una fórmula flexible. El reglamento de arbitraje de la CCI de 2012 dispone que “el tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes”, una disposición que se mantuvo en la nueva edición de 2017²²¹. Las Reglas de Arbitraje Internacional de 2009 de la American Arbitration Association contienen una disposición similar²²². En Latinoamérica, la misma fórmula se consigna en los reglamentos de varios centros de arbitraje²²³.

15.1 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería reconocer la necesidad de una interpretación flexible, congruente con las disposiciones del artículo 10 de la Convención de México.

15.2 Cuando las circunstancias lo requieren en la resolución de un caso concreto, y de estar autorizados, los jueces y árbitros deberían aplicar las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad de manera congruente con las disposiciones del artículo 10 de la Convención de México.

PARTE DÉCIMA SEXTA

ALCANCE DEL DERECHO APLICABLE

I. Generalidades

454. El alcance del derecho aplicable debe distinguirse del alcance de los instrumentos. Esto último se discutió arriba en la parte quinta, con respecto a la Convención de México y los Principios de La Haya, y se refiere a asuntos cubiertos por estos instrumentos, ya sea por inclusión o por exclusión. En contraste, en esta parte décima sexta se considera el alcance del derecho aplicable, ya sea que la decisión sobre el derecho aplicable se haya tomado mediante elección efectiva del derecho por las partes o de alguna otra manera, y los aspectos que regirá ese derecho aplicable.
455. Todos estos instrumentos internacionales hacen referencia expresamente al alcance del derecho aplicable: la Convención de México, los Principios de La Haya y el Reglamento Roma I expresan todos, con una redacción ligeramente distinta, que el derecho aplicable al contrato regirá su interpretación y enuncian los derechos y obligaciones de las partes (no incluidos en Roma I), la ejecución y las consecuencias por falta de ejecución del contrato y las consecuencias de la nulidad o invalidez. Los Principios de La Haya agregan dos cuestiones adicionales: la carga de la prueba y las obligaciones precontractuales.
456. La lista no es exhaustiva, pues los textos indican que el derecho aplicable “regulará *principalmente*” (artículo 14, primera oración, de la Convención de México), “*en particular*” (artículo 12.1 de Roma I) y “*rige todos los aspectos* del contrato entre las partes, *en particular...*” (Principios de La Haya, artículo 9.1) [énfasis agregado].

que, en los arbitrajes de derecho, los árbitros deben atender a los principios universales del derecho, lo cual de hecho podría, en su caso, englobar los principios del derecho comercial internacional.

²²¹ Reglamento de arbitraje de la CCI de 2012, artículo 21, edición 2017.

²²² Reglas de Arbitraje Internacional de la American Arbitration Association de 2009, artículo 28.2

²²³ Por ejemplo, las Reglas del Centro de Arbitraje de México (2009); de la Cámara de Comercio de Santiago (2012); de la Cámara de Comercio de Caracas (2012); artículo 35 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Paraguay (2010); y artículo 21.2 de la Cámara de Comercio de Lima (2017).

457. Como se señala en el Comentario a los PH (9.4), estos elementos se cuentan entre los más importantes de cualquier contrato. El concepto que comparten estos tres instrumentos es que el derecho elegido debe regir los aspectos principales del contrato. Como se señala en el Comentario a los PH (9.2): “Se trata de un planteamiento que garantiza la seguridad jurídica y la uniformidad de resultados y, de esta forma, reduce el incentivo de búsqueda del foro de conveniencia.” El derecho aplicable a cualquier aspecto de la relación contractual será el elegido por las partes, con independencia del tribunal judicial o arbitral que resuelva la controversia.
458. En virtud de su inclusión en las listas, estos aspectos deben ser considerados “contractuales”, cosa que no ocurre con todos ellos en todos los sistemas jurídicos. La especificación de que son estos aspectos los que deben regir el derecho aplicable al contrato reduce la probabilidad de que, de no ser así, tales aspectos sean clasificados como no contractuales y con ello se aliente la uniformidad de resultados.
459. Esto no impide, por supuesto, que las partes elijan distintos ordenamientos para regir diferentes partes del contrato (*dépeçage*), o incluso opten por uno de ellos únicamente para uno o más de los puntos mencionados en el artículo 9.1, por ejemplo, para la interpretación del contrato (véase *supra* un análisis sobre el *dépeçage*, en la parte décima cuarta).

II. Aspectos específicos

A. Interpretación

460. La interpretación del contrato está incluida en la lista de los tres instrumentos (Convención de México, artículo 14(a); Principios de La Haya, artículo 9(1)(a); y Roma I, artículo 12.1(a)). El ordenamiento apropiado o elegido, como se explica en el Comentario a los PH (9.5), “determina el significado que se atribuye a los términos empleados en el contrato... empleando los criterios de interpretación de [ese] derecho”.

B. Derechos y obligaciones de las partes

461. Si bien, en la Convención de México el alcance del derecho aplicable se extiende a “los derechos y las obligaciones *de las partes*” (artículo 14(b)), en el texto de los Principios de La Haya se hacen extensivos a “los derechos y obligaciones *derivados del contrato*” (artículo 9(1)(b)). Como se explica en el Comentario a los PH (9.5), el alcance debe extenderse solamente a los derechos y obligaciones contractuales. Es concebible que puedan surgir también derechos y obligaciones no contractuales entre las partes contratantes, que no estarían regidos por el derecho elegido para regir el contrato. Este aspecto no está incluido entre los enumerados en Roma I.

C. Ejecución y consecuencias del incumplimiento

462. Según la Convención de México, el alcance del derecho aplicable se extiende a “la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria” (artículo 14(c)). Roma I incluye entre su lista en el artículo 12.1, inciso (b), “cumplimiento”, mientras que el inciso (c) extiende su aplicación “dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal” a “las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas”. Sin embargo, el artículo 12.2 señala que: “En lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento”.
463. En el mismo sentido, los Principios de La Haya estipulan “la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluso la valoración de los daños y perjuicios” (artículo 9(1)(c)).

464. En la Convención de México, la traducción al inglés del término español “daño” se debería interpretar como *loss* o *damage* en lugar de *injury* en el contexto en que se encuentra.
465. El Comentario a los PH (9.6) explica que el derecho elegido se extiende a regir asuntos como el nivel de diligencia, el lugar y el momento del cumplimiento o hasta qué punto puede cumplir la obligación una persona que no sea una de las partes. Asimismo, quedan sujetas al derecho elegido por las partes las cuestiones relativas al incumplimiento, como, por ejemplo, la indemnización y su cálculo, la orden judicial de cumplimiento, la restitución, la reducción por no mitigación de pérdida o la validez de las cláusulas penales.

D. Extinción de las obligaciones contractuales

466. Según la Convención de México, el alcance del derecho aplicable se extiende a “los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones” (artículo 14(d)). Una redacción similar en Roma I establece “los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones” (artículo 12.1(d)) y en los Principios de La Haya se disponen “los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad” (artículo 9(1)(d)). Como ya se ha señalado varias veces, la redacción tanto en la Convención de México como en la de Roma I se basa en el Convenio de Roma.
467. En la Convención de México, la traducción del término “extinción” se tradujo imprecisamente al inglés como *performed* (en español “cumplido”), siendo que la palabra correcta sería *satisfied*. En los informes preparativos del instrumento interamericano consta la observación de que la Comisión aprobó el inciso (d) “disponiendo que las obligaciones, en la versión inglesa, debían ser *satisfied* y no *performed*”²²⁴.
468. Como se explicó sobre el derecho elegido por las partes en el Comentario a los PH (9.8) “sus normas determinan el inicio, el cómputo y la extensión de los plazos de prescripción y caducidad, amén de sus efectos, esto es, si suponen un argumento en favor del deudor o si extinguen los derechos y acciones del acreedor. El Derecho elegido por las partes rige estas cuestiones con independencia de su calificación jurídica conforme [al derecho del foro], lo que garantiza la armonía de resultados y la seguridad jurídica”.

E. Consecuencias de la nulidad o invalidez

469. Según la Convención de México, el alcance del derecho elegido se extiende a “las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato” (artículo 14(e)). El Reglamento Roma I hace referencia a “las consecuencias de la nulidad del contrato” (artículo 12.1(e)), mientras los Principios de La Haya hacen referencia a “la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato” (artículo 9(1)(e)).
470. La validez del contrato se trata, en la Convención de México, en las disposiciones contenidas en los artículos 12 y 13 del Capítulo III, que se expusieron ya en las partes novena y undécima. En contraste, en los Principios de La Haya este punto está incluido en esta disposición, que extiende el alcance de la aplicación del derecho elegido por las partes también a la validez del contrato. El Comentario a los PH (9.9) no distingue entre los términos “nulo” o “inválido”. Según esa interpretación, pero solamente en cuanto se refiere a las consecuencias, el alcance del derecho elegido en los tres instrumentos sería el mismo.

²²⁴ Informe del Relator de la Comisión I relativo al derecho aplicable a la contratación internacional OEA/Ser.K/XXI.5; CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1. Una evaluación completa de la importancia de la distinción entre estos dos términos en los sistemas jurídicos ingleses escapa al alcance de la Guía; en resumen, “satisfied” es más amplio que “performed” y puede incluir obligaciones de pago de acuerdo con el contrato, mientras que el segundo término puede ser limitado para que se refiera a obligaciones que no incluyan las de pago.

471. El Comentario a los PH también señala que “puede ocurrir que la cláusula de elección del Derecho aplicable sea válida, mientras que el contrato al que se aplica no lo sea” y observa que “en tal caso, las consecuencias de la nulidad del contrato siguen rigiéndose por el Derecho elegido por las partes”.

F. Registro de los contratos

472. La Convención de México dispone que: “El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos” (artículo 16). Debe resaltarse que la traducción del término en español “publicidad” al inglés debería ser *filing* o *notice* en vez de *publicity*.

G. Otros aspectos

473. Los Principios de La Haya también extienden el alcance del derecho elegido expresamente a “la carga de la prueba y las presunciones legales” (artículo 9(1), inciso f) y a “las obligaciones precontractuales” (inciso g). Estos asuntos son delicados debido a las divergencias existentes en las distintas legislaciones y en su consideración ya sea como de carácter procesal o sustantivo. Ante la dificultad para abogar por un cambio de régimen jurídico, en ocasiones puede ser más eficaz identificar las divergencias que haya entre derecho procesal y derecho sustantivo y recomendar estrategias para abordarlas o mitigarlas. Por ejemplo, cuando está permitido, las partes contratantes pueden acordar que ciertas presunciones rijan sus contratos y definir normas procesales que regulen sus derechos contractuales y cualquier controversia que surja de esos derechos.
474. El Comentario a los PH (9.11) explica que “las presunciones legales y las normas que determinan la carga de la prueba contribuyen a clarificar las obligaciones de las partes y están intrínsecamente ligadas al Derecho que rige el contrato. La consideración uniforme de estas cuestiones garantiza resultados armoniosos, brindando así seguridad jurídica.” Así pues, son distintas de otros asuntos procesales²²⁵ que generalmente están excluidos del alcance del derecho elegido. La solución es congruente con el artículo 12(g) del Convenio de La Haya sobre Compraventa de 1986 y el artículo 18.1 de Roma I.
475. Con respecto a las negociaciones anteriores, el Comentario a los PH (9.12) señala que “una vez que las partes concluyen un contrato, las obligaciones nacidas de las negociaciones previas al mismo quedan también sujetas al Derecho aplicable al contrato. No obstante, incluso antes de que se suscriba el contrato, las partes pueden elegir el Derecho aplicable a las negociaciones contractuales y, por ende, a la responsabilidad precontractual derivada, por ejemplo, de una ruptura inesperada de las mismas.” Se ha observado que este caso es bastante teórico.

²²⁵ Algunos académicos no consideran que aspectos como la carga de la prueba sean estrictamente “procesales”. Por ejemplo, en *Venezuela*, la carga de la prueba está supeditada a la *lex causae* (artículo 38 de la LDIP).

16.1 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, en relación con el alcance del derecho aplicable, debería abordar la interpretación del contrato, los derechos y las obligaciones que de ahí se derivan, su ejecución y su incumplimiento, incluidas la evaluación de daños, la prescripción y sus efectos, las consecuencias de la nulidad, la carga de la prueba y las obligaciones precontractuales, en línea con las disposiciones del artículo 14 de la Convención de México y el artículo 9 de los Principios de La Haya. Para mayor seguridad, sería preferible hacerlo por medio de disposiciones explícitas.

16.2 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería establecer tanto que el derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos, de manera congruente con las disposiciones del artículo 16 de la Convención de México, como que las normas de otros acuerdos internacionales que pudieran ser aplicables específicamente a un contrato comercial internacional deben prevalecer, en línea con el artículo 6 de la Convención de México.

PARTE DÉCIMA SÉPTIMA

ORDEN PÚBLICO

I. El concepto de orden público

476. La noción de la política pública, también denominada “orden público” (*ordre public*) es una de las más controvertidas del derecho comparado. La confusión obedece en parte a la disparidad terminológica entre los distintos sistemas del derecho civil y el common law, con sus nomenclaturas propias. Además, se discrepa con respecto a la delimitación del contenido del principio y a los criterios que han de determinar su aplicación a un caso dado.
477. El orden público sirve como mecanismo que impide la posibilidad de que existan contratos que entren en conflicto con los valores básicos de una comunidad. El orden público procura salvaguardar los intereses fundamentales del Estado, como en lo relativo a las instituciones políticas o las reglamentaciones monetarias de los Estados. También puede tender a resguardar el bienestar de los habitantes y el correcto funcionamiento de la economía, por ejemplo, mediante leyes que garanticen la libre competencia. Puede asimismo tender a proteger a las partes que se encuentren en situación de debilidad en las relaciones contractuales, tales como los trabajadores y consumidores. Los valores fundamentales que procura proteger el orden público pueden derivarse no solamente del derecho nacional, sino también del derecho internacional aplicable en el foro, como ciertas disposiciones sobre derechos humanos de los tratados universales o regionales. Por otro lado, si se lleva a un extremo, el orden público podría socavar potencialmente las normas sobre la autonomía de la voluntad de las partes y la elección del derecho, con los riesgos conexos de incertidumbre e inestabilidad en relación con las transacciones internacionales. Así pues, se requiere un equilibrio.
478. En el derecho internacional privado, el orden público tiene dos facetas. Una comprende las *normas internacionalmente imperativas* del foro, que deben aplicarse independientemente del derecho indicado por la norma de conflicto de leyes. La otra impide la aplicación del derecho indicado por la norma de conflicto de leyes si el resultado sería *manifiestamente incompatible* con el orden público del foro. En su *primer* aspecto, el orden público se manifiesta a través de normas *imperativas* que se aplican directamente al caso internacional, sin que siquiera puedan entrar en consideración las normas de conflicto que pudieran indicar una solución distinta. Muchos países tienen este tipo de disposiciones que, funcionando como una *espada*, se aplican

directamente a cuestiones transfronterizas, haciendo caso omiso de la voluntad de las partes o de cualquier otra norma de conflicto. En su *segundo* aspecto, el orden público opera como una *barrera* o *escudo* que impide la aplicación de una ley que, de otra manera, sería aplicable según la norma de conflicto de leyes.

479. Ambos aspectos del orden público son aplicables, ya sea o no que las partes hayan elegido efectivamente un derecho. Aunque la norma de conflicto de leyes puede autorizar la autonomía de la voluntad de las partes, la elección del derecho que éstas hagan no podrá contrariar el orden público del foro. De modo similar, si no hubiera elección, y si la norma de conflicto lleva al juez o árbitro a la aplicación de un derecho contrario al orden público, éste prevalecerá. En los siguientes párrafos se expone el uso de ambos aspectos del orden público y como se estipulan en los instrumentos de derecho internacional privado.

II. Normas internacionalmente imperativas (leyes de policía)

A. Interpretación

480. Las normas imperativas nacionales o internacionales se aplican directamente en los casos internacionales, con prescindencia del derecho aplicable según la elección del derecho por las partes o las normas de conflicto de leyes. Estas son normas que limitan la autonomía de la voluntad. En otras palabras, las partes no pueden eludirlas mediante acuerdo contractual.
481. Las normas imperativas no necesariamente adoptan una forma determinada y pueden encontrarse en numerosos instrumentos. Estas normas están comprendidas en la legislación de derecho público o económico o en instrumentos destinados a resguardar a las partes más débiles en las relaciones contractuales.
482. Podría ser útil, para los fines de facilitar el comercio internacional y para una mayor certidumbre con respecto a los contratos comerciales internacionales, que las normas imperativas se codificaran o se legislara respecto de ellas. Esto ayudaría a no sorprender a las partes de los contratos internacionales con una norma imperativa que no existe por escrito ni es bien conocida. Las normas imperativas se aplican directamente, mientras que el uso de excepciones al orden público para negar la aplicación del derecho elegido por las partes o determinado por las normas de conflicto tiene en general un sentido defensivo; el orden público generalmente tiene una función correctiva.
483. Diversos instrumentos modernos de derecho internacional privado, incluidos todos los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre temas relacionados con la elección del derecho en las últimas décadas, contienen esta distinción entre orden público y normas imperativas (por ejemplo, los artículos 16 y 17 del Convenio de La Haya sobre Contratos de Intermediarios de 1978, los artículos 17 y 18 del Convenio de La Haya sobre Compraventa de 1986 y el artículo 11 del Convenio sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario²²⁶).
484. También existe una diferencia de terminología con respecto a las normas imperativas. Por ejemplo, en el derecho francés se habla de *lois de police* o de *règles de droit impératives*. La noción de las “leyes de aplicación inmediata” es cercana a la de normas imperativas, en el sentido de que se refiere a reglas materiales o sustantivas cuyo propósito principal consiste en que se apliquen directamente a las transacciones internacionales. La diferencia entre ellas sería que las “leyes de aplicación inmediata” no son originalmente normas locales que en casos

²²⁶ Convenio sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario, aprobado el 5 de julio de 2006, y con entrada en vigor el 1 de abril de 2017. Texto disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=72>.

específicos requieren aplicación extraterritorial, sino reglas destinadas a regir directamente en casos internacionales. En el derecho comparado también existen otros términos relacionados con las normas imperativas, como las “cláusulas autolimitativas” en las leyes (*norme autolimitate*), “reglas internas espacialmente condicionadas”, “leyes localizadas” y *norme di applicazione necessaria*, todos los cuales se corresponden con este aspecto positivo del orden público, equivalente a las normas imperativas.

485. En la tradición del common law, la expresión *mandatory rules* se introdujo hace relativamente poco en Inglaterra con la promulgación de la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 y la *Sale of Goods Act* de 1979, pues durante siglos se habló de ilegalidad o *public policy*. El término *mandatory rule* comprende tanto leyes imperativas en la esfera doméstica como leyes de seguridad pública, que son absolutamente vinculantes internacionalmente.
486. El Convenio de Roma utiliza la expresión “leyes de policía” (artículo 7), aunque el Reglamento Roma I habla también de “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo” (artículo 8.1). Sin embargo, esta segunda expresión de Roma I se relaciona con los contratos de trabajo individuales, mientras que la que se emplea en el Convenio de Roma se relaciona con la *lois de police*. La cláusula preambulatoria 37 de Roma I distingue entre “leyes de policía” y “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo” y sugiere que las primeras deben interpretarse de manera más restrictiva.

B. Normas imperativas en la Convención de México, en los Principios de La Haya y en el Reglamento Roma I

487. La Convención de México se refiere expresamente a este tema en su artículo 11, párrafo 1, al señalar que “...se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo”.
488. Lo propio hacen los Principios de La Haya, acogiendo la terminología de leyes de policía. Los Principios disponen en su artículo 11.1 que: “Estos principios no impiden a un tribunal nacional aplicar las leyes de policía del foro al que se ha acudido, independientemente del Derecho elegido por las partes.”
489. Este tema también fue muy debatido en las reuniones del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; sus miembros manifestaron ciertas preocupaciones en lo referente a la definición detallada de “*leyes de policía*”, o términos equivalentes, adoptada por los instrumentos internacionales preexistentes. En consecuencia, se descartó la propuesta de incluir una definición.
490. Como se explicó en el Comentario a los PH (11.17), no es necesario que una ley de policía revista una forma concreta, no es imprescindible que sea una disposición de un instrumento constitucional o ley y no es obligatorio que se indique expresamente su carácter imperativo y prevalente. Sin embargo, el Comentario a los PH (11.16) describe dos criterios forzosos que contribuyen “a recalcar la importancia de la disposición en el ordenamiento jurídico correspondiente y reducir la categoría”. El primero es su *carácter imperativo*, en el sentido de que las partes no tienen libertad para eximirse de su cumplimiento, y el segundo es que *prevalece*, en el sentido de que los tribunales deben aplicarla.
491. El Comentario a los PH (11.18) deja en claro que los efectos de la ley de policía son limitados; la aplicación del derecho que, de otro modo, se aplicaría se controla solamente en la medida de la incompatibilidad. Esta norma no invalida el resto del derecho aplicable, que “debe aplicarse en consonancia con la ley de policía”.

C. Aplicación de leyes imperativas extranjeras

492. Algunos cuerpos normativos modernos facultan al juez o árbitro a tomar en cuenta las leyes de policía de otro sistema jurídico, no señalado por las normas de conflicto. Esta facultad se

confiere en el Convenio de La Haya sobre Intermediarios de 1978 (artículo 16), que inspiró el Convenio de Roma y Roma I, cuyo artículo 9.3 estipula que: “También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.”

493. Esta disposición puede tener su origen en la adjudicación. En una decisión de 1966 de los Países Bajos se señaló que “aunque el derecho aplicable a los contratos de carácter internacional puede ser, por principio, solamente el que hayan elegido las partes mismas, puede ser que, para un Estado extranjero, la observancia de algunas de sus normas, incluso fuera de su propio territorio, sea de tal importancia que los tribunales deben tomarlas en cuenta y aplicarlas con prelación al derecho de otro Estado que las partes puedan haber elegido para regir su contrato”²²⁷. Sin embargo, la jurisprudencia europea al respecto es muy limitada. Más recientemente, en 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) dictaminó que el artículo 9.3 de Roma I no impide que el tribunal de un Estado Miembro tome en cuenta las leyes de policía del derecho de otro Estado Miembro (excepto el lugar de prestación) como efectos de hecho (es decir, indirectamente)²²⁸. En el contexto arbitral, se resolvió, en un conocido caso, que el orden público de un tercer país, sede de los negocios o de constitución de una sociedad, debe tenerse en cuenta en lo relativo a la incapacidad o autoridad para concertar un acuerdo. Ello debido a que la falta de capacidad es motivo para denegar la ejecución de un laudo²²⁹.
494. La Convención de México también deja a discreción del foro “decidir cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos” (artículo 11).
495. Asimismo, los Principios de La Haya (artículo 11.2) prevén que: “El Derecho del foro determina los casos en que el tribunal nacional puede o debe aplicar o tomar en consideración las leyes de policía de otro Derecho.” Este enfoque flexible y abierto deja que el foro al que se ha acudido determine si es posible aplicar las normas imperativas de un tercer país. En la actualidad, la práctica y las opiniones de los Estados respecto a la utilidad de las disposiciones de este tipo varían enormemente. Como lo señala el Comentario a los PH (11.19), los Principios pretenden reflejar esta diversidad al regular la cuestión, trasladándole el asunto al derecho internacional privado del foro.

III. Incompatibilidad manifiesta

A. Interpretación

496. Aunque las normas del orden público se aplican directamente dentro de un Estado a una operación nacional, la doctrina del “orden público” en el derecho internacional privado impide la aplicación de derechos extranjeros en una transacción internacional si los resultados serían manifiestamente incompatibles con el orden público del foro.
497. De modo que el orden público, en el contexto de una relación contractual internacional, es un mecanismo de defensa, de tal manera que no se requiere que el juez o árbitro aplique el derecho

²²⁷ Alnati, Corte Suprema de los Países Bajos, 13 de mayo de 1966. (1967) 56 Rev. cri. dr. irinternat. priv. 522 (Annot. A.C.M. Struycken).

²²⁸ República Helénica v. Nikiforidis, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 19 de octubre de 2016. C-135/15; ECLI: EU: C: 2016:774.

²²⁹ Videocon Power Limited, Rep. c. Tamil Nadu Electricity Board. Corte Superior de Madrás, diciembre de 2004. 2005 (3) ARBLR 399 Madras, 2004 (5) CTC 668.

foráneo que de otra forma sería aplicable de acuerdo con las normas de conflicto de leyes. Asimismo, no se requiere que el juez o árbitro ejecute una sentencia extranjera cuando ello contravendría el orden público. Por consiguiente, el mecanismo del orden público tiene una función correctiva. Sin embargo, no todas las disposiciones imperativas del derecho del foro, que deben respetar las partes en un contexto puramente nacional, se aplican necesariamente en un contexto internacional.

498. Es por esta razón que algunas legislaciones lo denominan orden público *internacional* en el derecho internacional privado²³⁰.
499. Por su parte, todas las convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado posteriores a la Segunda Guerra Mundial incluyen el orden público como un obstáculo para la aplicación del derecho, como lo indican las normas de conflicto de leyes de la convención respectiva. Si bien el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Ventas de La Haya de 1955 mencionaba el “orden público” (artículo 6), ulteriores convenciones de La Haya incorporan la palabra “manifiesta” (para aludir a la contravención del orden público), con lo que implícitamente acogen la terminología de “orden público internacional”. El término “manifiesta” se incorpora también en los convenios interamericanos, incluidos la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (artículo 2.h), la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (artículo 17), la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (artículo 5) y la Convención de México (artículo 18). En el ámbito del MERCOSUR, se ha incorporado el término en el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (artículo 20.f) y el Protocolo de Medidas Cautelares (artículo 17)²³¹.
500. Es preferible utilizar esta terminología establecida de incompatibilidad “manifiesta” antes que otras que son demasiado amplias y no lo suficientemente descriptivas, como “orden público internacional” u “orden público verdaderamente internacional”, como se propugnó en algunas obras académicas. Este enfoque también sería compatible con el Convenio de La Haya y con los instrumentos interamericanos.
501. El orden público internacional puede reflejar también la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos, como los que se derivan, por ejemplo, de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas²³². Las normas nacionales también pueden tener en cuenta los principios de los derechos humanos; sin embargo, las cortes y los tribunales arbitrales deben

²³⁰ Por ejemplo, *Perú* (artículo 2049 del Código Civil y artículos 63(1)(f) y 75(3)(b) de la Ley de Arbitraje); *Panamá* (artículo 7 de la Ley 61 de 2015); *República Dominicana* (artículo 7, No. 3 de la Ley 544-14); *Francia* (artículos 1514 y 1520 (5) del Código de Procedimiento Civil, reformado por el artículo 2 del Decreto 2011-48 de 2011); *Portugal* (artículo 1096(f) del Código de Procedimiento Civil de 1986); así como las legislaciones arbitrales de *Paraguay* (artículos 40(b) y 46(b)) y las de *Argelia* y *Líbano*. En *Rumania* y *Túnez* la legislación alude al “orden público como se lo entiende en el Derecho internacional privado”, en tanto que en *Canadá*, el Código Civil de Québec prevé el “orden público según resulta entendido en relaciones internacionales” (artículo 3081).

²³¹ Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del MERCOSUR, 27 de mayo de 1992, Las Leñas, disponible en: https://iberred.org/sites/default/files/mercosurprotocololasleas3_0.pdf; y Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR, 1 de diciembre de 1994, Ouro Preto, disponible en: https://iberred.org/sites/default/files/mercosurprotolomedcaut_0.pdf.

²³² CDHNU. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”. A/HRC/17/31, aprobada por la CDHNU, resolución 17/4 del 16 de junio de 2011.

tener presentes las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas que pueden fundamentar el orden público o las normas imperativas.

B. La incompatibilidad manifiesta en la Convención de México y en los Principios de La Haya

502. La Convención de México señala que “(e)l derecho designado por esta Convención solo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro” (artículo 18). Esta disposición se basó en el Convenio de Roma, según el cual los Estados Miembros de la Unión Europea pueden negarse a aplicar un derecho foráneo “manifiestamente incompatible” con el orden público del foro. Esta disposición del Convenio de Roma se conserva en Roma I en su artículo 21.
503. Así también, los Principios de La Haya disponen que: “Un tribunal puede excluir la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con conceptos fundamentales del orden público (*ordre public*) del foro” (artículo 11.3).
504. El Comentario a los PH (11.23) enuncia tres requisitos para que se aplique esta disposición. En primer lugar, el orden público del foro “debe revestir suficiente importancia como para justificar su aplicación *al caso en cuestión*” [énfasis agregado]. En segundo lugar, “el Derecho elegido debe ser manifiestamente incompatible con dicha normativa”. Y, en tercer lugar, “la incompatibilidad manifiesta debe presentarse al aplicar el Derecho elegido al conflicto sustanciado ante el tribunal”. El Comentario a los PH (11.25) explica además “la necesidad de resolver a favor de la aplicación del Derecho elegido en caso de duda sobre la incompatibilidad de su aplicación con las disposiciones fundamentales del foro”.
505. Según lo indicado en el Comentario a los PH (11.26 y véase la frase enfatizada arriba), “debe valorarse la compatibilidad con el orden público que resulta de aplicar el Derecho elegido en un caso concreto y no en abstracto”. La evaluación debe realizarse en cada situación concreta sobre la existencia de una contravención manifiesta. Sin embargo, el Comentario a los PH (11.26) también aclara que el tribunal no está restringido a considerar los resultados de la controversia entre las partes, “sino que puede tener en cuenta consideraciones más amplias de interés general”. Al respecto, ofrece el siguiente ejemplo: “un tribunal puede negarse, por razones de orden público, a exigir el cumplimiento de un contrato basándose en la conclusión de que, con ello, pretendían eludirse las sanciones impuestas por una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aun cuando ello beneficie económicamente a la persona a quien iban dirigidas dichas sanciones e incluso si la otra parte no participó en la evasión”.

IV. El orden público en instancias regionales

506. El orden público regional refleja los valores fundamentales compartidos de los Estados en zonas de integración. Si la potestad normativa no radica exclusivamente en los Estados nacionales, sino que se reparte en diversos niveles, como el regional y el nacional, surge la pregunta sobre si las reglas de conflicto de leyes deberían siempre referirse al derecho privado de un Estado y si las nociones fundamentales del orden público deberían limitarse a ser extraídas de los derechos de los Estados nacionales.
507. En la Unión Europea, los jueces están obligados a tener en cuenta la Convención Europea de Derechos Humanos²³³, que constituye una de las bases del orden público dentro de dicha Unión. Así lo ha entendido el TJUE en el muy citado caso *Krombach* del año 2000²³⁴.

²³³ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (Consejo de Europa) 213 UNTS 222, ETS No. 5, UN Reg. No. I-2889.

508. Por lo demás, la UE constituye una organización supranacional, cuyo derecho comunitario resulta directamente vinculante para sus Estados Miembros. En cada uno de estos Estados, el derecho de la UE se aplica directamente dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales. De existir conflicto, prevalece el derecho europeo sobre el nacional. Los principios básicos del derecho comunitario europeo, como el libre movimiento de bienes y personas o la libre competencia, han sido incorporados al orden público de sus Estados Miembros. A este respecto, en un dictamen histórico, el TJUE declaró que la “defensa de la competencia” consagrada en el Tratado de Roma constituye una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado libre de la Unión Europea. El Tribunal determinó que “en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral cuando tal recurso esté basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en [el artículo 85] del Tratado”²³⁵.
509. En otro caso, el mismo Tribunal sostuvo que ciertas disposiciones específicas del derecho comunitario pueden también denotar un carácter imperativo. En consecuencia, las disposiciones de protección mínima prescritas en una directiva del Consejo deben considerarse de orden público europeo y, por tanto, prevalecerán por sobre un resultado en contrario resultante de las normas de conflicto de leyes. Con ello, la Unión Europea continúa ampliando el alcance de las reglas imperativas en aras de una armonización del orden jurídico y particularmente del mercado interno²³⁶.
510. El Reglamento Roma I se ocupa expresamente de este tema en su artículo 3.4, que señala que: “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.
511. No existe una disposición análoga que aborde el orden público en la Convención de México, en los Principios de La Haya ni en ningún texto normativo vigente en las Américas. Tal vez la razón sea que no existe un derecho supranacional similar al de la UE. El derecho intergubernamental que emana de los órganos del MERCOSUR debe incorporarse en los ordenamientos jurídicos de sus Estados Miembros, al igual que el de cualquier otro tratado. Esto plantea la interrogante de si el asunto es esencialmente de orden público “nacional”. En 1998 la Corte Suprema austriaca concluyó en dos casos que el derecho comunitario europeo directamente aplicable a los Estados Miembros es, dada su supremacía, automáticamente parte de orden público nacional austriaco (aunque habrá quien considere este punto de vista como minoritario)²³⁷.
512. Esto guarda consonancia con la opinión expresada por la mayoría de los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, que declaró que las normas imperativas corresponden fundamentalmente a dos órdenes de intereses objeto de protección: Por un lado, el llamado orden público de dirección, es decir, la potestad que tiene el Estado de intervenir en cuestiones que afecten su soberanía o accionar económico, como ocurre con los reglamentos

²³⁴ Krombach c. Bamberski, nota 210 *supra*.

²³⁵ Eco Swiss China Time Limited c. Benetton International NV, TJUE, 1 de junio de 1999 (resolución, petición de decisión prejudicial). Asunto C-126/97; [1999] ECR I-3055; [1999] 2 All ER (Comm) 44; [2000] 5 CMLR 816; (1999) XXIV YB Com Arb 629; EuZW 1999, 565.

²³⁶ Ingmar GB Ltd. c. Eaton Leonard Technologies Inc., TJUE, 2000. Asunto C-381/98; 2000 ECR I-9305.

²³⁷ Informe provisional de la Asociación de Derecho Internacional (2000), casos citados en la pág. 20.

relativos a la moneda o la defensa de la competencia, por citar ejemplos. Y, por otro lado, el llamado orden público de protección, que cada Estado establece y regula normalmente para salvaguardar los derechos de las partes más débiles en las relaciones contractuales, como, por ejemplo, los consumidores. Esta protección se establece en el entendimiento de que hay supuestos en que la relación contractual no es fruto de la libre voluntad, sino de otros factores. Así pues, depende de cada Estado el alcance de su orden público de dirección o protección como límites excepcionales a la autonomía de la voluntad. El Tribunal afirmó finalmente que, en su caso, los abusos o las infracciones en concreto a normas o principios de carácter imperativo serán objeto de juzgamiento por parte del juzgador nacional interviniente²³⁸.

V. Las normas imperativas y el orden público en los derechos nacionales

513. En *Argentina*, el nuevo Código Civil y Comercial acoge la distinción entre orden público como una barrera y como normas internacionalmente imperativas. El artículo 2651 señala que: “Los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso.” El primer límite está constituido por los principios de orden público que fundamentan el ordenamiento jurídico argentino, a los que las partes están sujetas inexcusablemente cuando se resuelve el caso contractual ante un tribunal nacional. El segundo límite son las normas de policía o internacionalmente imperativas del derecho argentino, ya que son excluyentes de toda otra norma de interpretación restrictiva (ya que en caso de duda no se las aplica). Por ende, “las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino” se aplican a la relación jurídica, sea cual fuere la ley que rija el contrato. Asimismo, las normas internacionalmente imperativas del derecho elegido actúan como límite a la autonomía.
514. La legislación de *Brasil* dispone que las leyes, actos y sentencias de otro Estado, o cualquier declaración autónoma, no surtirán efecto en Brasil si contravienen la soberanía nacional, el orden público y la moralidad (LINDB, artículo 17).
515. En *Canadá* se acepta en general la preeminencia de las normas imperativas del foro (*lex fori*). En la provincia de derecho civil de Québec, el artículo 3081 del Código Civil de Québec estipula que: “Las disposiciones del derecho de un país extranjero no se aplican si su aplicación sería manifiestamente incompatible con el orden público como se lo entiende en las relaciones internacionales.” En las provincias del common law también puede invocarse el orden público para limitar el efecto del derecho elegido por las partes o el que correspondería según la aplicación de las normas de conflicto de leyes. Los tribunales canadienses han interpretado en sentido restrictivo la excepción del orden público y rara vez se ha invocado con éxito²³⁹.
516. En *Chile* no hay una norma expresa que se ocupe del tema, aunque la inclinación natural de los tribunales es aplicar las normas chilenas, aun cuando muchas de ellas no tengan carácter imperativo en sentido estricto. Dada la interpretación territorialista que se hace en Chile, no se exige que la contradicción sea “manifiesta” para excluir el derecho foráneo, dada la preponderancia que los tribunales le han atribuido al artículo 16 del Código Civil, que se orienta en este sentido. En principio, cualquier contradicción (aunque sea aparente) lleva a los jueces y árbitros chilenos a dar preeminencia al derecho nacional. Sin embargo, en algunas decisiones que han emanado del poder judicial hay indicios de cierta evolución en este sentido.

²³⁸ Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, Opinión Consultiva No. 1 de 2007.

²³⁹ Block Bros. Realty Ltd. c. Mollard. [1981] B.C.J. No. 4; 122 D.L.R. (3d) 323 (C.A.); Canadian Acceptance Corporation Ltd. c. Matte and Matte. [1957] S.J. No. 41. (Sask. C.A.).

517. En *Costa Rica*, el nuevo Código Procesal Civil, Ley 9342, establece en su artículo 3.1 que las normas procesales son de *orden público* y de aplicación inmediata y en su artículo 3.5 dispone que estas normas son irrenunciables²⁴⁰.
518. En *Colombia* existen importantes decisiones judiciales que proveen orientación para la determinación del orden público y que marcan una diferencia clara en su aplicación entre los contextos nacional e internacional²⁴¹.
519. En *Guatemala*, además de rechazarse la aplicación de un derecho incompatible con el orden público del foro, el artículo 31 de la Ley del Organismo Judicial contiene una cláusula adicional para el caso en que el contrato sea contrario a leyes prohibitivas expresas. El artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, aunque no es una norma de derecho internacional privado, contiene una disposición general aplicable a todos los contratos. Este artículo establece que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.
520. En *Paraguay*, el artículo 17 de la ley de contratos internacionales adapta el artículo 11 de los Principios de La Haya. Reza la norma: “Leyes de policía y orden público. 1. La elección por las partes del derecho aplicable no impide que el juez aplique las normas imperativas del derecho paraguayano que, según este derecho, deben prevalecer aún en presencia de la elección de un derecho extranjero. 2. El juez puede tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación. 3. El juez puede excluir la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público”.
521. En *Panamá* se puede hacer referencia a la Ley No. 61 de 2015, artículo 7.
522. En la *República Dominicana*, se puede hacer referencia a la Ley No.544-14, artículo 7.
523. En *Perú*, el Código Civil estipula que la ley aplicable a los contratos internacionales determinará las normas imperativas y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes. El artículo 2049 del Código Civil peruano establece que las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas de derecho internacional privado serán excluidas si su aplicación es incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres.
524. En *Uruguay*, el artículo 2404 de la Ley No. 16.603 de 1994 es congruente con una declaración hecha por dicho país en 1979 con respecto al artículo 5 de la Convención sobre Normas Generales, que señala que: “... los preceptos de la ley extranjera [no son aplicables] cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica”²⁴².

²⁴⁰ Código Procesal Civil, Ley 9342. Artículo 3.1: “Orden público y aplicación en el tiempo. Las normas procesales son de orden público y de aplicación inmediata.” Artículo 3.5 *ibídem*: “Las normas procesales son indisponibles e irrenunciables”.

²⁴¹ Véanse, por ejemplo, (i) *García Fernandes Internacional Importação e Exportação AS v. Prodeco -Productos de Colombia*, Corte Suprema de Justicia de Colombia), Sala de Casación Civil, 6 de agosto de 2004, Providencia No. 77 (solicitud de ejecución de un fallo portugués); (ii) Corte Constitucional de Colombia, 26 de mayo de 2005, Providencia No. T-557; (iii) *Industria y Distribuidora Industri SA v. SAP Andina y Del Caribe CA*, Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, D.C., Sala de Decisión Civil, 10 de marzo de 2010, No. 20100015000. Algunos casos más recientes son: Corte Suprema de Justicia de Colombia, 24 de junio de 2016, Providencia No. SC8453-2016, y Corte Suprema de Justicia de Colombia, 8 de febrero de 2017, Providencia No. SC5207-2017.

²⁴² Declaración hecha por Uruguay al firmar la Convención. Sitio web de la OEA <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html> (acceso del 27 de agosto de 2018).

525. En *Venezuela*, a pesar de que el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-1965) establecía la consideración de las normas imperativas de terceros Estados al ordenar al juez que, en materia contractual, aplicase "...en todo caso, las disposiciones de la Ley del lugar donde se realice la prestación que regule su contenido por razones económicas y sociales de interés general" (artículo 32), la ley venezolana es silente al respecto. Tal silencio plantea la interrogante de si existe la posibilidad de considerar las normas de aplicación necesaria de terceros Estados cuando se está fuera del ámbito de aplicación de la Convención de México. Al respecto, el juez podría recurrir, en la aplicación del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, al principio de derecho internacional privado generalmente aceptado contenido en la Convención, pues es innegable la importancia de la aplicación de estas normas en orden a la solución del caso concreto (véase el artículo 10 de la Ley venezolana). Al igual que en Perú, la ley venezolana contempla el orden público sin considerar la posibilidad de proteger, con esta institución, los principios esenciales del ordenamiento jurídico de terceros Estados.
526. En los *Estados Unidos* existen ciertos puntos de intersección con el enfoque que se ha adoptado con base en los Principios de La Haya y la Convención de México. El First Restatement (primera reformulación) incluía una excepción en materia de orden público tradicional basada en el concepto de que, si el derecho foráneo infringía la moralidad básica del foro, su aplicación se consideraría injusta. Este sigue siendo el criterio que adoptan algunas jurisdicciones estatales dentro de los Estados Unidos. En el Second Restatement (segunda reformulación) sobrevivió una versión de este enfoque, pero con excepciones predominantes, que se enuncian en las secciones 6, 187 y 188²⁴³.

VI. Orden público y arbitraje

527. El problema de las normas imperativas y el derecho aplicable es uno de los más difíciles en el arbitraje. Como consecuencia del carácter ambulatorio del arbitraje y de que los árbitros no son jueces ni funcionarios estatales, no puede hablarse de un derecho nacional del foro (o *lex fori*). La *lex fori* contiene disposiciones del derecho internacional privado relativas a la clasificación, puntos de conexión, orden público y fraude a la ley.
528. La ausencia de *lex fori* presenta dos consecuencias fundamentales. Por un lado, no hay un derecho nacional competente o un derecho que como principio deba aplicar el árbitro, salvo que las partes hayan elegido el derecho del lugar del arbitraje, pero esto es consecuencia de la aplicación de una regla propia del arbitraje internacional y no de una particular *lex fori*. Por otro lado, no existe un derecho extranjero en el arbitraje internacional. Todos los derechos nacionales tienen el mismo valor y ninguna condición privilegiada. Consecuentemente, el árbitro no tiene que cerciorarse de que se respeten conceptos puramente nacionales. La cuestión clave no es si un árbitro debe tener en cuenta las reglas imperativas, sino cómo determina lo que constituye una regla imperativa para los fines de la controversia específica. A modo de ilustración, el derecho arbitral de *Perú* reconoce expresamente el "orden público internacional" como causal de anulación de un laudo arbitral (artículo 63(1)(f)) y también como causal para denegar el reconocimiento de un laudo extranjero (artículo 75(3)(b)), lo que presenta criterios interesantes para interpretar la fuente del orden público de la Convención de Nueva York cuando ésta haya de aplicarse en Perú).
529. Cuando los árbitros consideran que no están obligados por reglas específicas del foro, o derechos nacionales, a veces optan por aplicar directamente el derecho no estatal (o principios internacionalmente reconocidos, o la *lex mercatoria*), que en una de sus facetas consiste en un

²⁴³ Véase una explicación en la nota 156 *supra*.

orden público independiente de los derechos nacionales. Este orden público permite que los árbitros penalicen el soborno, el tráfico de armas y drogas o la trata de personas, independientemente de lo dispuesto por los derechos locales. El Caso 1110/1963 de la CCI, en que un solo árbitro, el Juez Lagergren, se negó a considerar la controversia porque el objeto del contrato era un soborno a funcionarios gubernamentales, es emblemático en este sentido.

530. El orden público, como causal de rechazo del reconocimiento o la ejecución de juzgamientos y laudos foráneos, se encuentra consignado en el artículo V(2) de la Convención de Nueva York y se reproduce en el artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI. Al respecto, la interpretación tiende a ser bastante restrictiva, o como *orden público internacional*. En varios países la normativa de los tribunales es dar efecto, en la mayor medida posible, a los laudos y no incentivar el litigio en instancias judiciales. En una reciente decisión de *Perú* relacionada con el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, el tribunal definió el orden público internacional en sentido restrictivo como el conjunto de “principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un Estado y que inspiran su ordenamiento jurídico”²⁴⁴.
531. Son relativamente pocos los casos en que se ha utilizado esta norma de orden público de la Convención de Nueva York para denegar la ejecución de un laudo. En muchos de estos casos esto fue el resultado de leyes anacrónicas de arbitraje, como la vetusta ley inglesa de 1950, y ciertas infracciones graves que verdaderamente justificaban el no dar lugar a la ejecución. En suma, esta tendencia a no dejar de lado los laudos arbitrales atendiendo a argumentos meramente localistas so pretexto de un supuesto “orden público” emergente de las normas nacionales, obviamente coadyuva a la válida circulación de las decisiones arbitrales.
532. Dado lo dificultoso del tema, no es de extrañar que la cuestión del orden público en el arbitraje haya sido una de las “más delicadas” en la elaboración de los Principios de La Haya, cuyo artículo 11.5 dispone que “estos Principios no impedirán a un tribunal arbitral aplicar o tomar en consideración el *orden público* o las leyes de policía de un Derecho distinto al elegido por las partes, si el tribunal arbitral tiene la obligación o el derecho de hacerlo”. Los Principios adoptan así una posición “neutra”, lo que denota la peculiar situación de los tribunales arbitrales, que, a diferencia de los tribunales nacionales, tienen la obligación de dictar un fallo firme ejecutable; en tales casos, posiblemente tengan que considerar las leyes de las jurisdicciones en las cuales se busca la ejecución.
533. El Comentario a los PH (11.31) señala que el artículo 11(5) “no confiere facultades adicionales a los tribunales arbitrales ni tampoco pretende concederles una discreción plena e ilimitada para apartarse del Derecho” que sea aplicable en principio. Por el contrario, los tribunales podrían verse obligados a tener en cuenta el orden público y las leyes de policía y, cuando sea pertinente, cerciorarse de la necesidad de su prevalencia en el caso concreto. Se interpreta que algunas disposiciones, como el artículo 34(2) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o el artículo 41 del Reglamento de la CCI, obligan al árbitro a esforzarse por dictar un “laudo ejecutable”. El Comentario a los PH (11.32) señala que determinar “si un deber de este tipo obliga al tribunal a tener en cuenta las leyes de policía y el orden público de la sede, comoquiera establecidas, o de los lugares donde probablemente se ejecute el laudo” es una cuestión controvertida sobre la cual el artículo 11.5 de los Principios de La Haya no se pronuncia. Se hace hincapié en que el tribunal debe ser cuidadoso en el análisis de este tema.

²⁴⁴ Stemcor UK Limited c. Guiceve S.A.C., Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial, 28 de abril de 2011.

534. De hecho, los tribunales arbitrales están “obligados” a cerciorarse tanto cuanto sea posible — aunque no como imperativo general— de la eficacia de sus laudos. También se presenta el tema de la consideración de los órdenes públicos que podrían entrar en juego. ¿Deberían invocarse principalmente como responsabilidad de las partes? Este tema es delicado, porque podría ser discutible si los árbitros de oficio pueden introducir temas controvertidos que las partes no hayan planteado durante el desarrollo del caso, como lo sería la aplicación de las normas del orden público de una legislación distinta de la *lex contractus*. Obviamente, en un caso de este tipo no puede dictarse un laudo sin haberlo sometido antes a las partes para su discusión.

17.1 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería establecer que ni un derecho elegido ni la determinación del derecho aplicable en ausencia de una elección efectiva:

- impedirá la aplicación de las disposiciones imperativas preeminentes del foro ni las de otros foros, pero que esas disposiciones de carácter imperativo prevalecerán solamente en la medida de la incongruencia, o
- conducirá a la aplicación de una ley que sería manifiestamente incompatible con el orden público del foro, en línea con el artículo 18 de la Convención de México y el artículo 11 de los Principios de La Haya.

17.2 Los jueces y árbitros y los abogados deben tomar en cuenta las disposiciones imperativas preeminentes y el orden público según se les requiera o cuando tengan la facultad de hacerlo, en línea con el artículo 11 de los Principios de La Haya.

PARTE DÉCIMA OCTAVA

OTRAS NORMAS

I. Prevalencia de otros acuerdos internacionales

535. La Convención de México señala lo siguiente en su artículo 6: “Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención.” En la traducción del español al inglés se ha perdido su significado deseado. Se interpretaría mejor como sigue: “The rules of this Convention shall not be applicable to contracts specifically governed by other international conventions in force among the States Parties to this Convention.” Roma I contiene una disposición un tanto similar en su artículo 23, que estipula que, con ciertas excepciones, “[el presente Reglamento] se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del derecho comunitario, que, en relación con asuntos concretos, dicten normas de conflicto relacionadas con obligaciones contractuales”.
536. La Convención de México también considera su relación con otros convenios internacionales relativos al mismo tema. En ella se indica que: “Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración” (artículo 20). Una vez más, en la traducción del español al inglés se omitieron algunas palabras y se perdió el significado deseado. Esta disposición se interpretaría mejor de la siguiente manera: “This Convention shall not affect the application of other international conventions containing rules on this same subject to which a State Party to this Convention is or becomes a party, if they are concluded within the framework of integration processes.” El Reglamento Roma I incluye una disposición similar en su artículo 25(1).

II. Estados con más de un sistema jurídico o diferentes unidades territoriales

A. Convenciones internacionales

537. La Convención de México establece expresamente que: “Respecto a un Estado que tenga, en cuestiones tratadas en la presente Convención, dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: (a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; (b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado” (artículo 22).
538. Conforme a lo expuesto en los trabajos preparatorios de ese instrumento, el artículo 22 establece que cada unidad territorial deberá ser considerada como un Estado para los fines de la determinación de la ley aplicable según la Convención de México. Es decir, la referencia a la ley del Estado debe interpretarse como una referencia a la ley que esté en vigor en la unidad territorial correspondiente²⁴⁵. Roma I utiliza expresiones similares a las utilizadas en el informe referido al disponer que: “Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento” (artículo 22.1). Una norma similar se previó en el Convenio de Roma (artículo 19), así como en el Convenio de La Haya sobre Compraventa de 1986 (artículo 19).
539. La Convención de México también establece que: “Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales” (artículo 23). Igual solución contienen Roma I (artículo 22.2), el Convenio de Roma (artículo 19) y el Convenio de La Haya sobre Compraventa de 1986 (artículo 20).
540. Por último, la Convención de México admite expresamente la posibilidad que tienen los Estados conformados por dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes de declarar, al momento de la firma, ratificación o adhesión, si la Convención se aplica a todas o solamente a una o más unidades territoriales (artículo 24). Solo han ratificado este instrumento México y Venezuela, ninguno de los cuales hizo declaración alguna en tal sentido al momento de su firma o ratificación.
541. El Comentario a los PH (1.22) señala que los Principios de La Haya “no contemplan los conflictos de leyes entre distintas unidades territoriales dentro de un mismo Estado”, pero eso no impide que “amplíen su ámbito de aplicación a conflictos de leyes intraestatales”. Asimismo, “el hecho de que uno de los elementos relevantes esté situado en una unidad territorial diferente dentro de un Estado no confiere carácter internacional al contrato”.

B. Legislaciones nacionales

542. En *Canadá*, el Código Civil de la provincia de Québec dispone que: “Cuando un Estado esté comprendido por varias unidades territoriales que tengan competencias legislativas distintas, cada unidad territorial será considerada como un Estado. Cuando un Estado esté comprendido por varios sistemas jurídicos aplicables a categorías diferentes de personas, toda revisión a la ley

²⁴⁵ Informe del Relator de la Comisión I relativo al Derecho aplicable a la contratación internacional; OEA/Ser.K/XXI.5; CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1.

de este Estado se referirá al sistema jurídico determinado por las reglas en vigor en ese Estado; en defecto de tales reglas, la referencia conducirá al sistema jurídico que tenga los vínculos más estrechos con la situación” (artículo 3077).

18.0 Podría convenir que los Estados con más de un sistema jurídico o diferentes unidades territoriales consideraran las disposiciones del artículo 22 de la Convención de México y del artículo 1.2 de los Principios de La Haya y establecer, en el régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, que cualquier referencia al derecho del Estado puede interpretarse como una referencia al derecho vigente en la unidad territorial, según sea aplicable.

APÉNDICE A

LA CONVENCIÓN DE MÉXICO Y LOS PRINCIPIOS DE LA HAYA CUADRO COMPARATIVO

Convención - México	Principios de La Haya
<u>Propósito y Objetivo</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • Preámbulo <p>REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos;</p> <p>REITERANDO la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional;</p> <p>CONSIDERANDO que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y que para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico,</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1, párr. 1</u>: Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales. • <u>Artículo 4</u>: Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Preámbulo <p>1. Este instrumento enuncia principios generales relativos a la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. Afirman el principio de autonomía de la voluntad, con un número limitado de excepciones.</p> <p>2. Pueden utilizarse como modelo para instrumentos nacionales, regionales, supranacionales o internacionales.</p> <p>3. Pueden utilizarse para interpretar, completar y desarrollar normas de Derecho internacional privado.</p> <p>4. Los pueden aplicar los tribunales judiciales o arbitrales.</p> <p>*Se utiliza el término “Derecho aplicable” como sinónimo de “ley aplicable”</p>
<u>Ámbito de Aplicación del Instrumento</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1, párr. 3</u>: Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1.1</u>: Estos Principios se aplican a la elección del Derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional. No se aplican a los contratos de consumo ni a los contratos de trabajo.

<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 3</u>: Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional. 	
<u>Definiciones I: “Contrato Internacional”</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1, párr. 2</u>: Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1.2</u>: A los efectos de estos Principios, un contrato es internacional salvo si las partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado y la relación entre las partes y los demás elementos relevantes, independientemente del Derecho aplicable elegido, está vinculada únicamente con dicho Estado.
<u>Definiciones II: “Establecimiento”</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1, párr. 2</u>: Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1.2</u>: A los efectos de estos Principios, un contrato es internacional salvo si las partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado y la relación entre las partes y los demás elementos relevantes, independientemente del Derecho aplicable elegido, está vinculada únicamente con dicho Estado. • <u>Artículo 12</u>: En el caso de que una parte tenga más de un establecimiento, el establecimiento relevante a los efectos de estos Principios es aquel que tiene la relación más estrecha con el contrato en el momento de su celebración.
<u>Definiciones III: “Principios del Derecho Internacional”</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 9, párr.2</u>: El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. • <u>Artículo 10</u>: Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 3</u>: Las partes pueden elegir, como Derecho aplicable al contrato, normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro.

<p>así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.</p>	
<p align="center"><u>Cuestiones no cubiertas por el Instrumento</u></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1, párr. 2 y 4:</u> Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte. Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma. • <u>Artículo 5:</u> Esta Convención no determina el derecho aplicable a: <ul style="list-style-type: none"> a) 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 una de las partes; b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito; d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1.1:</u> Estos Principios se aplican a la elección del Derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional. No se aplican a los contratos de consumo ni a los contratos de trabajo. • <u>Artículo 1.3:</u> Estos Principios no se aplican al Derecho que rige: <ul style="list-style-type: none"> (a) la capacidad de las personas físicas; (b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; (c) las sociedades u otras personas jurídicas y los <i>trusts</i>; (d) los procedimientos de insolvencia; (e) los efectos de los contratos sobre la propiedad; y (f) la cuestión de si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona a la que representa.
<p align="center"><u>Reglas para determinar el Derecho Aplicable: Elección del Derecho por las Partes</u></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 7, párr. 1:</u> El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Preámbulo párr. 1:</u> Este instrumento enuncia principios generales relativos a la elección del

<p>las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.</p>	<p>Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. Afirman el principio de autonomía de la voluntad, con un número limitado de excepciones.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 2.1:</u> Un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes.
<p align="center"><u>Reglas para determinar el Derecho Aplicable: Elección expresa o implícita del Derecho</u></p>	
<p><u>Artículo 7:</u> El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.</p> <p>La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 4:</u> La elección del Derecho aplicable, o toda modificación de la elección del Derecho aplicable, debe efectuarse de manera expresa, o resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias. Un acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal judicial o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no constituye, en sí mismo, una elección de Derecho aplicable.
<p align="center"><u>Reglas para determinar el Derecho Aplicable: El Derecho que debe de ser elegido por las Partes</u></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 2:</u> El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte. • <u>Artículo 4:</u> Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación • <u>Artículo 7, párr. 1:</u> El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. • <u>Artículo 9, párr. 2:</u> El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 2.1:</u> Un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes. • <u>Artículo 2.4:</u> No se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su operación. • <u>Artículo 3:</u> Las partes pueden elegir, como Derecho aplicable al contrato, normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro.

<p>organismos internacionales.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 10</u>: Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. • <u>Artículo 17</u>: Para los efectos de esta Convención se entenderá por “derecho” el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes. 	
<p align="center"><u>Reglas para Determinar el Derecho Aplicable: Validez Formal (y sustantiva) de la Cláusula de elección del Derecho</u></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 12</u>: La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo. <p>Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 5</u>: La elección del Derecho aplicable no está sometida a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes establezcan lo contrario.
<p align="center"><u>Reglas para Determinar el Derecho Aplicable: Divisibilidad de la Cláusula de Elección del Derecho</u></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 12</u>: La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo. <p>Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 7</u>: No se puede impugnar la elección del Derecho aplicable únicamente sobre la base de que el contrato al que se aplica no es válido.

<u>Reglas para Determinar el Derecho Aplicable: Aplicabilidad de todas o parte del Contrato</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 7, párr. 1:</u> El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 2.2:</u> Las partes pueden elegir: <ul style="list-style-type: none"> (a) el Derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato y (b) diferentes Derechos para diferentes partes del contrato.
<u>Reglas para Determinar el Derecho: Enmiendas</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 8:</u> En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 2.3:</u> La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad a la celebración* del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros. *Se utiliza el término “celebración” como sinónimo de “perfeccionamiento”.
<u>Reglas para Determinar Derecho Aplicable (Ausencia o Elección ineficaz del Derecho): Vínculos más estrechos y principios generales del Derecho Internacional Comercial</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 9:</u> Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. <p>El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.</p> <p>No obstante, 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.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 10:</u> Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de 	

<p>general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.</p>	
<p align="center"><u>Reglas para Determinar la Ley Aplicable: Reglas Obligatorias, Políticas Publicas y “Ordenamiento Publico”</u></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 11:</u> No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. <p>Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 18:</u> El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 11:</u> <ol style="list-style-type: none"> 1. Estos Principios no impiden a un tribunal judicial aplicar las leyes de policía del foro al que se ha acudido, independientemente del Derecho elegido por las partes. 2. El Derecho del foro determina los casos en que un tribunal judicial puede o debe aplicar o tener en cuenta las leyes de policía de otro Derecho. 3. Un tribunal judicial puede denegar la aplicación de una disposición del Derecho elegido por las partes únicamente en el caso y en la medida en que su aplicación resulte manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de orden público del foro. 4. El Derecho del foro determina cuándo un tribunal judicial puede o debe aplicar o tomar en consideración el orden público de un Estado cuyo Derecho sería aplicable a falta de elección del Derecho aplicable. 5. Estos Principios no impedirán a un tribunal arbitral aplicar o tomar en consideración el orden público o las leyes de policía de un Derecho distinto al elegido por las partes, si el tribunal arbitral tiene la obligación o el derecho de hacerlo.
<p align="center"><u>Existencia y Validez del Contrato mismo: Validez en cuanto a la Sustancia</u></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 12, párr. 1:</u> La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 9.1:</u> El Derecho elegido por las partes rige todos los aspectos del contrato entre las partes, en particular: <ul style="list-style-type: none"> (e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato;
<p align="center"><u>Existencia y Validez del Contrato mismo: Validez en cuanto a la Forma</u></p>	

<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 13:</u> Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución. • Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 9.1:</u> El Derecho elegido por las partes rige todos los aspectos del contrato entre las partes, en particular: <ul style="list-style-type: none"> (e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; • <u>Artículo 9.2:</u> El párrafo 1(e) no excluye la aplicación de cualquier otro Derecho aplicable que confirme la validez formal del contrato.
<u>Ámbito del Derecho Aplicable</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 14:</u> El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente: <ul style="list-style-type: none"> a) su interpretación; b) los derechos y las obligaciones de las partes; c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones; e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 9.1:</u> El Derecho elegido por las partes rige todos los aspectos del contrato entre las partes, en particular: <ul style="list-style-type: none"> (a) su interpretación; (b) los derechos y obligaciones derivados del contrato; (c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluso la valoración de los daños y perjuicios; (d) los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; (e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; (f) la carga de la prueba y las presunciones legales; y (g) las obligaciones precontractuales.
<u>Alcance del Derecho Aplicable: Consideraciones con Respecto a la Agencia</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 15:</u> Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 1.3:</u> Estos Principios no se aplican al Derecho que rige:

mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.	(f) la cuestión de si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona a la que representa.
<u>Alcance del Derecho Aplicable: Consideraciones con Respecto a la Noticia Pública</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 16</u>: El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos. 	
<u>Disposiciones Generales y otras Consideraciones: Reglas de Derecho Internacional Privado</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 17</u>: Para los efectos de esta Convención se entenderá por “derecho” el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Preámbulo, párr. 3</u>: Pueden utilizarse para interpretar, completar y desarrollar normas de Derecho internacional privado. • <u>Artículo 8</u>: La elección del Derecho aplicable no incluye las normas de conflicto de leyes del Derecho elegido por las partes, a no ser que las partes establezcan expresamente lo contrario.
<u>Disposiciones Generales y otras Consideraciones: Otros Acuerdos Internacionales</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 6</u>: Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención. • <u>Artículo 20</u>: Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración. 	
<u>Disposiciones Generales y otras Consideraciones: Estados con dos o más Unidades Territoriales o Sistemas Jurídicos</u>	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Artículo 22</u>: Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia 	

<p>habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado.</p> <ul style="list-style-type: none">• <u>Artículo 23</u>: Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales.	
---	--

APÉNDICE B**INTER-AMERICAN CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL CONTRACTS**
Reconciliation between the Spanish, English and French Texts**(PART 1 – English)**

CONVENCIÓN INTERAMERICANA
SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES
La reconciliación entre los Textos Español, Inglés y Francés**(PARTE 1 - Inglés)****COMMENTARY:**

Article 30 states that the English, French, Portuguese and Spanish texts are equally authentic.

Legibility – Level 1: Recommended reading in order to clarify meaning and/or for improved consistency between the texts.

Legibility – Level 2: Although not required, suggested reading for clarification.

Differences in Meaning: In three instances the meaning is clear but different as between the language versions, or unclear in more than one language.

Note: Minor differences in language that do not hamper understanding have not been highlighted. Annotations have not been provided. It was thought these suggested readings could be helpful to promote the use of the texts to further advance the development of the law applicable to international contracts in the Americas.

COMENTARIO:

El artículo 30 establece que los textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos.

Legibilidad - Nivel 1: Se recomienda la lectura para aclarar el significado y/o mejor la consistencia entre los textos.

Legibilidad - Nivel 2: Aunque no es necesario, lectura sugerida para aclaración.

Diferencias en Significado: En los tres casos el significado es claro, pero hay diferencias entre las versiones lingüísticas, o poco clara en más de un idioma.

Nota: Las pequeñas diferencias de lenguaje que no dificulten la comprensión no se han puesto de relieve. No se han proporcionado anotaciones. Se pensaba estas lecturas sugeridas podrían ser útiles para promover el uso de los textos para seguir avanzando en el desarrollo del derecho aplicable a los contratos internacionales en las Américas.

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES	INTER-AMERICAN CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL CONTRACTS	INTER-AMERICAN CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL CONTRACTS
<i>Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V)</i>	<i>Signed at Mexico, D.F., Mexico, on March 17, 1994, at the Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-V)</i>	<i>Signed at Mexico, D.F., Mexico, on March 17, 1994, at the Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-V)</i>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>Estados Partes de esta Convención,</p> <p>REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos;</p> <p>REITERANDO la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional;</p> <p>CONSIDERANDO que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y que para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico,</p> <p>HAN CONVENIDO aprobar la siguiente Convención:</p>	<p>The States Parties to this Convention,</p> <p>REAFFIRMING their desire to continue the progressive development and codification of private international law among member States of the Organization of American States;</p> <p>REASSERTING the advisability of harmonizing solutions to international trade issues;</p> <p>BEARING in mind that the economic interdependence of States has fostered regional integration and that in order to stimulate the process it is necessary to facilitate international contracts by removing differences in the legal framework for them,</p> <p>HAVE AGREED to approve the following Convention:</p>	<p>The States Parties to this Convention,</p> <p>REAFFIRMING their desire to continue the progressive development and codification of private international law among member States of the Organization of American States;</p> <p>REASSERTING the advisability of harmonizing solutions to international trade issues;</p> <p>BEARING in mind that the economic interdependence of States has fostered regional integration and that in order to stimulate the process it is necessary to facilitate international contracts by removing differences in the legal framework for them,</p> <p>HAVE AGREED to approve the following Convention:</p>
<p>CAPITULO PRIMERO Ámbito de aplicación</p>	<p>CHAPTER I Scope of Application</p>	<p>CHAPTER I Scope of Application</p>
<p>Artículo 1</p> <p>Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales.</p> <p>Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen</p>	<p>Article 1</p> <p>This Convention shall determine the law applicable to international contracts.</p> <p>It shall be understood that a contract is international if the parties thereto have</p>	<p>Article 1</p> <p>This Convention shall determine the law applicable to international contracts.</p> <p>It shall be understood that a contract is international if the parties thereto have</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.</p> <p>Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte.</p> <p>Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.</p>	<p>their habitual residence or establishments in different States Parties or if the contract has objective ties with more than one State Party.</p> <p>This Convention shall apply to contracts entered into or contracts to which States or State agencies or entities are party, unless the parties to the contract expressly exclude it. However, any State Party may, at the time it signs, ratifies or accedes to this Convention, declare that the latter shall not apply to all or certain categories of contracts to which the State or State agencies and entities are party.</p> <p>Any State Party may, at the time it ratifies or accedes to this Convention, declare the categories of contract to which this Convention will not apply.</p>	<p>their habitual residence or establishments principal place of business in different States Parties or if the contract has objective ties connections with more than one State Party.</p> <p>This Convention shall apply to contracts entered into by States or State agencies or entities or contracts to which States or State agencies or entities they are party, unless the parties to the contract expressly exclude it. However, any State Party may, at the time it signs, ratifies or accedes to this Convention, declare that the latter shall not apply to all or certain categories of contracts to which the State or State agencies and entities are party.</p> <p>Any State Party may, at the time it signs, ratifies or accedes to this Convention, declare the categories of contract to which this Convention will not apply.</p>
<p>Artículo 2</p> <p>El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte.</p>	<p>Article 2</p> <p>The law designated by the Convention shall be applied even if said law is that of a State that is not a party.</p>	<p>Article 2</p> <p>The law designated by the Convention shall be applied even if said law is that of a State that is not a party.</p>
<p>Artículo 3</p> <p>Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias</p>	<p>Article 3</p> <p>The provisions of this Convention shall be applied, with necessary and possible</p>	<p>Article 3</p> <p>The provisions rules of this Convention shall be applied, with necessary and</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.	adaptations, to the new modalities of contracts used as a consequence of the development of international trade.	possible adaptations, to the new modalities of contracts contracting used as a consequence of the development of international trade.
Artículo 4 Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.	Article 4 For purposes of interpretation and application of this Convention, its international nature and the need to promote uniformity in its application shall be taken into account.	Article 4 For purposes of interpretation and application of this Convention, regard shall be had to its international nature and the need to promote uniformity in its application. shall be taken into account.
Artículo 5 Esta Convención no determina el derecho aplicable a: a) 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 una de las partes; b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito;	Article 5 This Convention does not determine the law applicable to: a) questions arising from the marital status of natural persons, the capacity of the parties, or the consequences of nullity or invalidity of the contract as a result of the lack of capacity of one of the parties; b) contractual obligations intended for successional questions, testamentary questions, marital arrangements or those deriving from family relationships; c) obligations deriving from securities;	Article 5 This Convention does not determine the law applicable to: a) questions issues arising from the marital civil status of natural persons, the capacity of the parties, or the consequences of nullity or invalidity of the contract as a result of the lack of capacity of one of the parties; b) contractual obligations intended for essentially related to successional and questions testamentary matters, marital arrangements or those deriving from family relationships; c) obligations deriving from securities negotiable instruments;

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores;</p> <p>e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro;</p> <p>f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.</p>	<p>d) obligations deriving from securities transactions;</p> <p>e) the agreements of the parties concerning arbitration or selection of forum;</p> <p>f) questions of company law, including the existence, capacity, function and dissolution of commercial companies and juridical persons in general.</p>	<p>d) obligations deriving from securities transactions the sale, transfer or marketing of securities in securities markets;</p> <p>e) the agreements of the parties concerning arbitration or selection of forum;</p> <p>f) questions issues of company law, including the existence, capacity, function and dissolution of commercial companies and juridical persons in general.</p>
<p>Artículo 6</p> <p>Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención.</p>	<p>Article 6</p> <p>The provisions of this Convention shall not be applicable to contracts which have autonomous regulations in international conventional law in force among the States Parties to this Convention.</p>	<p>Article 6</p> <p>The provisions rules of this Convention shall not be applicable to contracts which have autonomous regulations specifically regulated in international conventional law in force among the States Parties to this Convention.</p>
<p>CAPITULO SEGUNDO</p> <p>Determinación del derecho aplicable</p>	<p>CHAPTER II</p> <p>Determination of applicable law</p>	<p>CHAPTER II</p> <p>Determination of applicable law</p>
<p>Artículo 7</p> <p>El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas</p>	<p>Article 7</p> <p>The contract shall be governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties' behavior and from the clauses</p>	<p>Article 7</p> <p>The contract shall be governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties' behavior and from the clauses</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.</p> <p>La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.</p>	<p>of the contract, considered as a whole. Said selection may relate to the entire contract or to a part of same.</p> <p>Selection of a certain forum by the parties does not necessarily entail selection of the applicable law.</p>	<p>of the contract, considered as a whole. Said selection may relate to the entire contract or to a part of same.</p> <p>Selection of a certain forum by the parties does not necessarily entail selection of the applicable law.</p>
<p>Artículo 8</p> <p>En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.</p>	<p>Article 8</p> <p>The parties may at any time agree that the contract shall, in whole or in part, be subject to a law other than that to which it was previously subject, whether or not that law was chosen by the parties. Nevertheless, that modification shall not affect the formal validity of the original contract nor the rights of third parties.</p>	<p>Article 8</p> <p>The parties may at any time agree that the contract shall, in whole or in part, be subject to a law other than that to which it was previously subject, whether or not that law was chosen by the parties. Nevertheless, that modification shall not affect the formal validity of the original contract nor the rights of third parties.</p>
<p>Artículo 9</p> <p>Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.</p> <p>El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene</p>	<p>Article 9</p> <p>If the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ties.</p> <p>The Court will take into account all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closest ties. It shall</p>	<p>Article 9</p> <p>If the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ties-connections.</p> <p>The Court will shall take into account have regard to all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>vínculos más estrechos.</p> <p>También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.</p> <p>No obstante, 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.</p>	<p>also take into account the general principles of international commercial law recognized by international organizations.</p> <p>Nevertheless, if a part of the contract were separable from the rest and if it had a closer tie with another State, the law of that State could, exceptionally, apply to that part of the contract.</p>	<p>it has the closest ties connections. It shall also take into account have regard to the general principles of international commercial law recognized by international organizations.</p> <p>Nevertheless, if a part of the contract were separable from the rest and if it had a closer tie connection with another State, the law of that State could, exceptionally, apply to that part of the contract.</p>
<p>Artículo 10</p> <p>Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.</p>	<p>Article 10</p> <p>In addition to the provisions in the foregoing articles, the guidelines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usage and practices generally accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case.</p>	<p>Article 10</p> <p>In addition to the provisions in the foregoing articles, the guidelines rules, customs, and principles of international commercial law as well as generally accepted commercial usage and practices shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the resolution of a particular case.</p>
<p>Artículo 11</p> <p>No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.</p>	<p>Article 11</p> <p>Notwithstanding the provisions of the preceding articles, the provisions of the law of the forum shall necessarily be applied when they are mandatory requirements.</p>	<p>Article 11</p> <p>Notwithstanding the provisions of the preceding articles, the provisions of the law of the forum shall necessarily be applied when they are mandatory requirements.</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.	It shall be up to the forum to decide when it applies the mandatory provisions of the law of another State with which the contract has close ties.	It shall be up to the forum has the discretion when it considers it relevant to decide when it applies to apply the mandatory provisions of the law of another State with which the contract has close ties connections.
CAPITULO TERCERO Existencia y validez del contrato	CHAPTER III Existence and Validity of the Contract	CHAPTER III Existence and Validity of the Contract
Artículo 12 La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo. Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.	Article 12 The existence and the validity of the contract or of any of its provisions, and the substantive validity of the consent of the parties concerning the selection of the applicable law, shall be governed by the appropriate rules in accordance with Chapter 2 of this Convention. Nevertheless, to establish that one of the parties has not duly consented, the judge shall determine the applicable law, taking into account the habitual residence or principal place of business.	Article 12 The existence and the validity of the contract or of any of its provisions, and the substantive validity of the consent of the parties concerning the selection of the applicable law, shall be governed by the appropriate rules in accordance with Chapter 2 of this Convention. Nevertheless, to establish that one of the parties has not duly consented, the judge shall determine the applicable law, taking into account the habitual residence or principal place of business of that party.
Artículo 13 Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los	Article 13 A contract between parties in the same State shall be valid as to form if it meets the requirements laid down in the law	Article 13 A contract between parties in the same State shall be valid as to form if it meets the requirements laid down in the law

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.</p> <p>Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución.</p>	<p>governing said contract pursuant to this Convention or with those of the law of the State in which the contract is valid or with the law of the place where the contract is performed.</p> <p>If the persons concerned are in different States at the time of its conclusion, the contract shall be valid as to form if it meets the requirements of the law governing it as to substance, or those of the law of one of the States in which it is concluded or with the law of the place where the contract is performed.</p>	<p>governing said contract pursuant to this Convention or with those of the law of the State in which the contract is valid concluded or with the law of the place where the contract is performed.</p> <p>If the persons concerned are in different States at the time of its conclusion, the contract shall be valid as to form if it meets the requirements of the law governing it which, in accordance with this Convention, governs as to substance, or those of the law of one of the States in which it is concluded or with the law of the place where the contract is performed.</p>
<p>CAPITULO CUARTO Ámbito del derecho aplicable</p>	<p>CHAPTER IV Scope of the applicable law</p>	<p>CHAPTER IV Scope of the applicable law</p>
<p>Artículo 14</p> <p>El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente:</p> <p>a) su interpretación; b) los derechos y las obligaciones de las partes; c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en</p>	<p>Article 14</p> <p>The law applicable to the contract in virtue of Chapter 2 of this Convention shall govern principally:</p> <p>a) its interpretation; b) the rights and obligations of the parties; c) the performance of the obligations established by the contract and the consequences of nonperformance of the contract, including assessment of injury to the extent that this may determine payment</p>	<p>Article 14</p> <p>The law applicable to the contract is by virtue of Chapter 2 of this Convention shall govern principally:</p> <p>a) its interpretation; b) the rights and obligations of the parties; c) the performance of the obligations established by the contract and the consequences of nonperformance of the contract, including assessment of injury loss to the extent that this may determine</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones; e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.	of compensation; d) the various ways in which the obligations can be performed, and prescription and lapsing of actions; e) the consequences of nullity or invalidity of the contract.	payment of compensation; d) the various ways in which the obligations can be performed are extinguished, including and prescription and lapsing of actions; e) the consequences of nullity or invalidity of the contract.
Artículo 15 Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.	Article 15 The provisions of Article 10 shall be taken into account when deciding whether an agent can obligate its principal or an agency, a company or a juridical person.	Article 15 The provisions of Article 10 shall be taken into account when deciding whether an agent can obligate its principal or an agency, a company or a juridical person.
Artículo 16 El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos.	Article 16 The law of the State where international contracts are to be registered or published shall govern all matters concerning publicity.	Article 16 The law of the State where international contracts are to be registered or published shall govern all matters concerning publicity filing or notice.
Artículo 17 Para los efectos de esta Convención se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.	Article 17 For the purposes of this Convention, "law" shall be understood to mean the law current in a State, excluding rules concerning conflict of laws.	Article 17 For the purposes of this Convention, "law" shall be understood to mean the law current in force in a State, excluding rules concerning conflict of laws.
Artículo 18 El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público	Article 18 Application of the law designated by this Convention may only be excluded when it is manifestly contrary to the public order	Article 18 Application of The law designated by this Convention may only be excluded when it is manifestly contrary to the public order

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
del foro.	of the forum.	of the forum.
CAPITULO QUINTO Disposiciones generales	CHAPTER V General Provisions	CHAPTER V General Provisions
Artículo 19 Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en un Estado Parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en ese Estado Parte.	Article 19 In a State Party, the provisions of this Convention shall apply to contracts concluded subsequent to its entry into force in that State.	Article 19 In a State Party, the provisions of this Convention shall apply to contracts concluded subsequent to its entry into force in that State.
Artículo 20 Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.	Article 20 This Convention shall not affect the application of other international conventions to which a State Party to this Convention is or becomes a party, insofar as they are pertinent, or those within the context of integration movements.	Article 20 This Convention shall not affect the application of other international conventions containing rules on the same subject to which a State Party to this Convention is or becomes a party, insofar as they are pertinent, or those within the context of if they are concluded within the framework of integration movements processes .
Artículo 21 En el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención, los Estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de esta Convención. Un Estado Parte podrá retirar en cualquier momento la reserva que haya	Article 21 When signing, ratifying or acceding to this Convention, States may formulate reservations that apply to one or more specific provisions and which are not incompatible with the effect and purpose of this Convention. A State Party may at any time withdraw a reservation it has formulated. The effect	Article 21 When signing, ratifying or acceding to this Convention, States may formulate reservations that apply to one or more specific provisions and which are not incompatible with the effect object and purpose of this Convention. A State Party may at any time withdraw a reservation it has formulated. The effect

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
formulado. El efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes calendario siguiente a la fecha de notificación del retiro.	of such reservation shall cease on the first day of the third calendar month following the date of notification of withdrawal.	of such reservation shall cease on the first day of the third calendar month following the date of notification of withdrawal.
Artículo 22 Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado.	Article 22 In the case of a State which has two or more systems of law applicable in different territorial units with respect to matters covered by the Convention: a) any reference to the laws of the State shall be construed as a reference to the laws in the territorial unit in question; b) any reference to habitual residence or place of business in that State shall be construed as a reference to habitual residence or place of business in a territorial unit of that State.	Article 22 In the case of a State which has two or more systems of law applicable in different territorial units with respect to matters covered by the Convention: a) any reference to the laws of the State shall be construed as a reference to the laws in the territorial unit in question; b) any reference to habitual residence or place of business in that State shall be construed as a reference to habitual residence or place of business in a territorial unit of that State.
Artículo 23 Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales.	Article 23 A State within which different territorial units have their own systems of law in regard to matters covered by this Convention shall not be obliged to apply this Convention to conflicts between the legal systems in force in such units.	Article 23 A State within which different territorial units have their own systems of law in regard to matters covered by this Convention shall not be obliged to apply this Convention to conflicts between the legal systems in force in such units.
Artículo 24	Article 24	Article 24

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.</p> <p>Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas.</p>	<p>If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification or accession, declare that this Convention shall extend to all its territorial units or to only one or more of them.</p> <p>Such declaration may be modified by subsequent declarations, which shall expressly indicate the territorial unit or units to which the Convention applies. Such subsequent declarations shall be transmitted to the General Secretariat of the Organization of American States, and shall take effect ninety days after the date of their receipt.</p>	<p>If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification or accession, declare that this Convention shall extend to all its territorial units or to only one or more of them.</p> <p>Such declaration may be modified by subsequent declarations, which shall expressly indicate the territorial unit or units to which the Convention applies. Such subsequent declarations shall be transmitted to the General Secretariat of the Organization of American States, and shall take effect ninety days after the date of their receipt.</p>
<p>CAPITULO SEXTO Cláusulas finales</p>	<p>CHAPTER VI Final Clauses</p>	<p>CHAPTER VI Final Clauses</p>
<p>Artículo 25</p> <p>Esta Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.</p>	<p>Article 25</p> <p>This Convention shall be open to signature by the member States of the Organization of American States.</p>	<p>Article 25</p> <p>This Convention shall be open to signature by the member States of the Organization of American States.</p>
<p>Artículo 26</p>	<p>Article 26</p>	<p>Article 26</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.</p>	<p>This Convention shall be subject to ratification. The instruments of ratification shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States.</p>	<p>This Convention shall be subject to ratification. The instruments of ratification shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States.</p>
<p>Artículo 27</p> <p>Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigencia. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.</p>	<p>Article 27</p> <p>This Convention shall remain open for accession by any other State after it has entered into force. The instruments of accession shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States.</p>	<p>Article 27</p> <p>This Convention shall remain open for accession by any other State after it has entered into force. The instruments of accession shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States.</p>
<p>Artículo 28</p> <p>Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.</p> <p>Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.</p>	<p>Article 28</p> <p>This Convention shall enter into force for the ratifying States on the thirtieth day following the date of deposit of the second instrument of ratification.</p> <p>For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the second instrument of ratification, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.</p>	<p>Article 28</p> <p>This Convention shall enter into force for the ratifying States on the thirtieth day following the date of deposit of the second instrument of ratification.</p> <p>For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the second instrument of ratification, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.</p>
<p>Artículo 29</p>	<p>Article 29</p>	<p>Article 29</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.</p>	<p>This Convention shall remain in force indefinitely, but any of the States Parties may denounce it. The instrument of denunciation shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States. After one year from the date of deposit of the instrument of denunciation, the Convention shall no longer be in force for the denouncing State.</p>	<p>This Convention shall remain in force indefinitely, but any of the States Parties may denounce it. The instrument of denunciation shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States. After one year from the date of deposit of the instrument of denunciation, the Convention shall no longer be in force for the denouncing State.</p>
<p>Artículo 30</p> <p>El instrumento original de esta Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.</p>	<p>Article 30</p> <p>The original instrument of this Convention, the English, French, Portuguese and Spanish texts of which are equally authentic, shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States, which shall forward an authenticated copy of its text to the Secretariat of the United Nations for registration and publication in accordance with Article 102 of its Charter. The General Secretariat of the Organization of American States shall notify the Member States of the Organization and the States that have acceded to the Convention of the signatures, deposits of instruments of ratification, accession and denunciation, as well as of reservations, if any, and of their withdrawal.</p>	<p>Article 30</p> <p>The original instrument of this Convention, the English, French, Portuguese and Spanish texts of which are equally authentic, shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States, which shall forward an authenticated copy of its text to the Secretariat of the United Nations for registration and publication in accordance with Article 102 of its Charter. The General Secretariat of the Organization of American States shall notify the Member States of the Organization and the States that have acceded to the Convention of the signatures, deposits of instruments of ratification, accession and denunciation, as well as of reservations, if any, and of their withdrawal.</p>
<p>EN FE DE LO CUAL los plenipotenciarios</p>	<p>IN WITNESS WHEREOF the undersigned</p>	<p>IN WITNESS WHEREOF the undersigned</p>

ORIGINAL SPANISH	ORIGINAL ENGLISH	DIL RECOMMENDED READING
<p>infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman esta Convención.</p> <p>HECHO EN LA CIUDAD DE MÉXICO, D.F., MÉXICO, el día diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.</p>	<p>Plenipotentiaries, being duly authorized thereto by their respective Governments, do hereby sign the present Convention.</p> <p>DONE AT MEXICO, D.F., MEXICO, this seventeenth day of March, one thousand nine hundred and ninety-four.</p>	<p>Plenipotentiaries, being duly authorized thereto by their respective Governments, do hereby sign the present Convention.</p> <p>DONE AT MEXICO, D.F., MEXICO, this seventeenth day of March, one thousand nine hundred and ninety-four.</p>

APÉNDICE C

TABLA DE LEGISLACIÓN²⁴⁶

- Tratados y Convenciones Interamericanas
 - Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889, 12 de febrero de 1889, Montevideo
 - Artículos 33, 38 y 40
 - Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, 19 de marzo de 1940, Montevideo
 - Artículo 37
 - Convención de Derecho Internacional Privado, 20 de febrero de 1928, La Habana, Cuba (Código Bustamante)
 - Artículos 180, 184 y 186
 - Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, 15 de marzo de 1994, Ciudad de México (Convención de México)
 - Artículos 1(2)), 3(1), 4, 5, 5(b), 5(c), 5(d), 5(e), 5(f), 6, 7, 7(1)(2), 8(1), 9(1), 9(2), 10, 11, 11(1), 12, 12(1)(2), 13, 14, 14(a), 14 (b), 14(c), 15, 16, 17, 18, 20, 22, 22(1), 23, 24
 - Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, 30 de enero de 1975, Panamá
 - Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, 8 de mayo de 1979, Montevideo
 - Reglamento de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (modificada y en efecto desde el 01 de abril de 2002)
 - Artículo 30
 - Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagares y Facturas, 30 de enero de 1975, Panamá
 - Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, 30 de enero de 1975, Panamá; y 8 de mayo de 1979, Montevideo
 - Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, 8 de mayo de 1979, Montevideo
 - Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, 8 de mayo de 1979, Montevideo
 - Artículos 3, 5, 9, 33.3
 - Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Mercosur), 26 de marzo de 1991, Asunción (“Tratado de Asunción”).
 - Artículo 1
 - Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, 23 de julio de 1998, Artículo 10
 - Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del Mercosur, 27 de mayo de 1992
 - Protocolo de Medidas Cautelares, 1 de diciembre de 1994
 - Carta de la Organización de los Estados Americanos
 - Artículo 122

²⁴⁶Limitación de recursos no permitió citas más precisas.

- Otras Referencias Interamericanas
 - Principios Latinoamericanos de Derechos de los Contratos
 - Principios OHADAC sobre los Contratos Internacionales.
 - Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia

- Tratados Internacionales, Convenciones, Leyes Modelo y Principios
 - Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, 19 de junio de 1980, Roma (“Convención de Roma”)
 - Artículos 3, 3(1), 7, 18, 19
 - Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley Aplicable a las obligaciones contractuales, 17 de junio de 2008, Roma (“Roma I”)
 - Artículos 1(2)(b), 3(1), 3(2), 3(3), 3(4), 4, 5(2), 7(3), 8(1), 9(3), 10(1)(2), 11(1), 12(1), 12(1)(a)(b)(c), 14, 15, 17, 18(1), 20, 21, 22 (2), 23, 25(1)
 - Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en Materia de Contratos Comerciales Internacionales (“Principios de la Haya”)
 - Artículos 1, 1.2, 1.3(a)(b)(c)(d)(f), 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 3, 4, 4.2, 5, 6.1, 6.2, 7, 7.1, 8, 9.1, 9.1(a)(b)(f)(g), 10, 11.1, 11.2, 11.3, 11.5, 12
 - Comentarios a los Principios de la Haya
 - 1.6, 1.7, 1.25, 1.26, 1.27, 1.29, 1.31, 1.32, 2.3, 2.6, 2.7, 2.9, 2.10, 2.12, 2.13, 2.14, 3.4, 3.10, 3.11, 3.15, 4.11, 5.3, 5.4, 5.5, 6.1, 6.4, 6.7, 6.10, 6.28, 7.2, 7.8, 7.9, 7.10, 8.2, 9.2, 9.4, 9.5, 9.6, 9.8, 9.9, 9.11, 9.12, 11.16, 11.17, 11.18, 11.19, 11.22, 11.23, 11.25, 11.26, 11.31, 11.32, 12.3 y 12.4
 - Convenio sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales, 15 de junio de 1955 (“Convención de Ventas de la Haya de 1955”)
 - Artículos 2.2 y 6
 - Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías, 1 de julio de 1964 (“Convención de Ventas de 1964”)
 - Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 22 de diciembre de 1986 (“Convención de Ventas de La Haya de 1986”)
 - Artículos 10(1), 12 (g), 17, 18, 19 y 20
 - Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, 14 de marzo de 1978 (“Convención de Intermediarios de la Haya”)
 - Artículos 16 y 17
 - Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, 30 de junio de 2005
 - Convenio sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario, 5 de julio de 2006
 - UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (*Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*) (Revisión del 2016 y anteriores)
 - UNIDROIT Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (*Cláusulas Modelo para el uso de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*)
 - Convention Providing a Uniform Law for Bills of Exchange and Promissory Notes (*Convenio que establece una Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Pagarés*), 7 de junio de 1930, Ginebra.
 - Convention Providing a Uniform Law for Cheques (*Convenio que establece una Ley Uniforme sobre Cheques*), 19 de marzo de 1931, Ginebra.

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CISG”)
 - Artículos 1(2), 4, 6, 7(1), 7(2), 8(3), 9, 9(1), 9(2) y 10(a)
 - Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 10 de junio de 1958 (“Convención de Nueva York”)
 - Artículo V(2)(b)
 - Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, 12 de diciembre de 2001
 - Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)
 - Artículos 1(3), 2(A)(1), 16.1, 28, 28.1, 28.2, 28.4 y 36
 - Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) revisada en 2010
 - 1976: Artículo 33
 - 2010: Artículos 34(2), 35
 - Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias (2016)
 - Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estado, 18 de marzo de 1965 (“Convenio CIADI”)
 - Artículo 42
 - ACNUDH: Inducción a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", 16 de junio de 2011 (“Principios Ruggie”)
 - Declaración Universal de Derechos Humanos
 - Artículos 17 y 29.1
 - Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
 - Artículo 38
 - Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, 21 de abril de 1961
 - Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950
 - Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, 13 de diciembre de 2007 (“TFUE”)
 - Artículos 85 y 288
 - Principles of European Contract Law (*Principios de Derecho Europeo de los Contratos*) (Partes I & II, 1999), (Parte III, 2003) (“PECL”)
 - Artículo 1:107
 - Draft Common Frame of Reference (*Proyecto de un marco común de referencia para el derecho privado europeo*), 2008 (“DCFR”)
- Otras Referencias Internacionales
 - AAA, International Arbitration Rules (*Reglas Internacionales de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje - AAA*) (2009)
 - Artículo 28.2
 - FCI, Code of International Factoring Customs (*Código de Factoring Aduanero Internacional de la FCI*)
 - FIDIC, Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (*Condiciones Generales de Contrato para Obras Civiles de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores - FIDIC*) (1987)
 - IBA, Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (*Reglas sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional de la International Bar Association - IBA*)
 - ICC, International Commercial Terms or “INCOTERMS” (*Términos de Comercio Internacional o INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional*)
 - ICC, Rules of Arbitration (*Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional - CCI*) (2012 y 2017)

- Artículos 21, 41
- ICC, Uniform Customs and Practice for Documentary Credits or “UCP” (*Costumbres y Prácticas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional para los Créditos Documentarios*)
- ICC, Advertising and Marketing Communication Practice (*Prácticas de publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo de la Cámara de Comercio Internacional - CCI*)
- ILI, The Proper Law of the Contract in Agreements between a State and a Foreign Private Person (*La Ley Adecuada del Contrato en Acuerdos entre Estados y una persona privada extranjera del Instituto del Derecho Internacional - IDI*), 11 de septiembre de 1979
- ILI, The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities (*La Autonomía de las Partes en Contratos Internacionales entre Personas Privadas y Entidades del Instituto del Derecho Internacional - IDI*), 1991
- ITC, Model Contract for the International Commercial Sale of Perishable Goods (*Modelo de Contrato ITC para la Compraventa Comercial Internacional de Productos Perecederos*)
- Argentina
 - Código Civil y Comercial de la Nación
 - Artículos 255, 2561, 2595, 2596, 2651 y 2652
 - Código Civil de la República Argentina de 1869
- Bolivia
 - Constitución de la República de Bolivia
 - Artículo 320.II
 - Código de Comercio de Bolivia
 - Artículos 852 et seq.
 - Código Civil de Bolivia
 - Artículo 454
 - Ley 1770 de 1997
 - Artículos 54 y 73
 - Ley 708 de 2015
 - Artículo 44.I
- Brasil
 - Introductory Law to the Provisions of Brazilian Law (“LINDB”) (*Ley Introductoria a las disposiciones contenidas en la Ley de Brasil*)
 - Artículos 9, 9(2), 16 y 17
 - Civil Code of Brazil of 1916 (*Código Civil de Brasil de 1916*)
 - Artículo 13
 - Bill 4905 (*Proyecto de Ley 4905*) (Borrador presentado ante el Congreso)
 - Ley 9307 de 1996
 - Artículo 2
- Canada
 - Civil Code of Quebec (*Código Civil de Quebec*) (“CCQ”)
 - Artículos 3076, 3077, 3080, 3081, 3109, 3111, 3111(3), 3112, 3117 y 3118
- Chile
 - Código Civil de la República de Chile de 1855
 - Artículo 135
 - Código Civil de la República de Chile
 - Artículos 16, 16(3) y 545
 - Código de Comercio de la República de Chile
 - Artículos 113 y 141
 - Decreto Ley No. 2,349 de 1978

- Artículo 1
 - Ley 18.802 de 1989
 - Ley 19.971 de 2004
 - Artículos 16.1, 28 y 28.45
- Colombia
 - Código Civil de la República de Colombia
 - Artículo 20
 - Código de Comercio de la República de Colombia
 - Artículos 1328 y 1408
 - Decreto 1818 de 1998
 - Artículo 208-1
 - Ley 80 de 1993
 - Artículo 13
 - Ley 1563 de 2012
 - Artículos 62, 79-2 y 101
 - Resolución 112 de 2007 expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia - DIAN
 - Artículo 3
- Costa Rica
 - Ley 7727 de 1997 sobre la Resolución Alternativa de Conflictos y la Promoción de la Paz Social
 - Ley 8937 de 2011 sobre Arbitraje Comercial
 - Ley 9342 de 2016 (Código de Procedimiento Civil)
- Cuba
 - Código Civil de Cuba
 - Artículo 17
 - Decreto Ley 250 de 2007
 - Artículo 13
- República Dominicana
 - Ley 489 de 2008
 - Artículos 11 y 33-4
 - Ley 544 de 2014 sobre Derecho Internacional Privado
 - Artículos 7, 58, 58(2), 59, 60 y 61(2)
- Ecuador
 - Ley 000.RO/145 de 1997 sobre Arbitraje y Mediación
 - Artículo 5
- El Salvador
 - Constitución de la República de El Salvador
 - Artículo 23
 - Código Civil de El Salvador
 - Artículo 1416
 - Decreto Legislativo 914 de 2002 – “Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje”
 - Artículos 30, 59 y 78
- Guatemala
 - Decreto 2 de 1989 (Ley del Organismo Judicial)
 - Artículos 4 y 31
 - Decreto 67 de 1995 (Ley de Arbitraje de Guatemala)
 - Artículos 21.1, 36.1 y 36.3
- Honduras
 - Decreto 161 de 2000
 - Artículo 39
- México
 - Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales
 - Código Civil Federal

- Artículo 13, literal V
 - Código de Comercio
 - Artículo 1423, 1432 y 1445
 - Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
 - Artículo 628
 - Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (2009)
- Nicaragua
 - Ley 540 de 2005
 - Artículo 42 y 54
- Panamá
 - Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, Ley No. 7 del 8 de marzo de 2014
 - Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, Ley No. 61 del 10 de octubre de 2015
 - Artículos 7, 26, 27, 43, 69, 70, 72, 86 y 87
 - Decreto Ley 5 de 1999 (Arbitraje, Conciliación y Mediación)
 - Artículos 3 y 30
 - Ley 131 de 2013 (Que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá)
- Paraguay
 - Ley No. 5393 de 2015 sobre Contratos Internacionales
 - Artículos 1, 2, 3, 4, 4.2, 4.3, 4.4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11.1, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18
 - Ley No. 1879 de 2002
 - Artículos 3, 19, 32, 40(b) y 46(b))
 - Ley de Arbitraje de Paraguay
 - Artículos 40(b) y 46(b)
 - Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Paraguay (2010)
- Perú
 - Decreto Legislativo No. 1071 de 2008
 - Artículo 41.2, 57.4
 - Código Civil del Perú
 - Artículos 2047, 2048, 2049 y 2095
 - Decreto 1071 de 2008 – Ley que norma el Arbitraje
 - Artículos 34(3) 57, 57(2), 63(1)(f) y 75(3)(b)
 - Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2017)
 - Reglas de Arbitraje de AMCHAM Perú
- Estados Unidos
 - ALI, First Restatement of Conflict of Laws of 1934 (*Primera Actualización de Conflicto de Leyes de 1934 del Instituto Americano de Derecho - IAD*)
 - ALI, Second Restatement of Conflict of Laws of 1971 (*Segunda Actualización de Conflicto de Leyes de 1971 del Instituto Americano de Derecho - IAD*)
 - Sections 6, 145, 187(2), 188, 288 (comment b) (*Artículos 6, 145, 187(2), 188, 288 (commentario b)*)
 - ALI, Third Restatement of Conflict of Laws (preliminary draft 2017) (*Tercera Actualización de Conflicto de Leyes del Instituto Americano de Derecho - IAD (Borrador Preeliminar de 2017)*)
 - US Uniform Commercial Code (“UCC”) (*Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos*)
 - Section I-301 (*Artículo I-301*)
 - NY Gen. Oblig. Law § 5-1401(1) (*Ley de Nueva York sobre Obligaciones Generales § 5-1401(1)*)
- Uruguay
 - Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Uruguay

- Artículos 13 y 51
 - Código Civil de Uruguay
 - Artículo 2399 y 2403 de los Anexos
 - Ley No. 16.603 de 1994
 - Artículo 2404
- Venezuela
 - Ley de Derecho Internacional Privado (Gaceta Oficial No. 36.511 del 6 de agosto de 1998)
 - Artículos 1, 2, 4, 8, 10, 29, 30 y 31
 - Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial No. 36.430 del 7 de abril de 1998)
 - Artículos 7 y 8
- Otros
 - Austria - Civil Code of 1811 (*Código Civil de 1811*)
 - Austria - Code of Civil Procedure, as amended by the Arbitration Act of January 13, 2006 (*Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley de Arbitraje del 13 de enero de 2006*)
 - Artículo 603(2)
 - Bélgica - Code of Civil Procedure (*Código de Procedimiento Civil*)
 - Artículo 1700
 - Francia - Code of Civil Procedure (as amended by Decree 2011-48 of 2011) (*Código de Procedimiento Civil (modificado por el Decreto 2011-48 de 2011)*)
 - Article 1496, 1504, 1514, 1520(5), 5111
 - Alemania - Code of Civil Procedure (*Código de Procedimiento Civil*)
 - Artículo 1051(2)
 - Italia - Code of Civil Procedure (*Código de Procedimiento Civil*)
 - Artículo 834
 - Japón - Code of Private International Law of 2006 (*Código de Derecho Internacional Privado de 2006*)
 - Artículo 1096(f)
 - Holanda - Code of Civil Procedure (*Código de Procedimiento Civil*)
 - Artículos 1054, 1054(2)
 - Portugal - Code of Civil Procedure of 1986 (*Código de Procedimiento Civil de 1986*)
 - Artículo 9
 - Rusia - Civil Code (*Código Civil*)
 - Artículos 1210(3) y 1210(4)
 - Eslovenia - Arbitration Act of April 28, 2008 (*Ley de Arbitraje del 28 de abril de 2008*)
 - Artículo 33(2)
 - España – Ley de Arbitraje
 - Artículo 34(2)
 - Suiza - Private International Law Act (*Ley de Derecho Privado Internacional*)
 - Artículos 116(2) y 187(1)
 - Reino Unido
 - Unfair Contract Terms Act of 1977 (*Ley de Cláusulas Abusivas de 1977*)
 - Sale of Goods Act of 1979 (*Ley de Compraventa de Mercaderías de 1979*)

APÉNDICE D

TABLA DE CASOS²⁴⁷

- Internacionales
 - Audiolux SA e.a v. Groupe Bruxelles Lambert SA, CJEU, 5 de octubre de 1994
 - Société Thermale d'Eugénie-Les Bains, ECJ, 18 de julio de 2007, Caso C-277/95
 - Annelore Hamilton v. Volksbank Filder eG, ECJ, 10 de abril de 2008, Caso C-412/06
 - Pia Messner v. Firma Stefan Krüger, ECJ, 3 de septiembre de 2009, Caso C-489/07
 - Channel Tunnel Group Ltd., and France Manche SA v. Balfour Beatty
 - Hellenic Republic v. Nikiforidis, ECJ, 19 de octubre de 2016, Caso C-135/15
 - Krombach v. Bamberski, 28 de marzo del 2000, Caso C-7/98
 - Eco Swiss China Time Limited v. Benetton International NV, CJEU, 1 de junio de 1999, Caso C-126/97
 - Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc., CJEU, 2000, Caso C-381/98
 - Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, Opinión Consultiva No. 1 de 2007
 - Consejo del Mercado Común de Mercosur, Decisión No. 3 de 1998
 - Sapphire International Petroleum Ltd vs. The National Iranian Oil Company (1964) 13 ICLQ 1011
 - Asia v. Republic of Indonesia, Caso del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) 1983
 - Aramco, 1958
 - Libya v. Texaco and Llamco, 1977
 - Aminoil v. Kuwait, 1982
 - Framatome v. Iran, 1982
 - Hotel Materials, Camara de Comercio Internacional ("ICC" por sus siglas en inglés) Caso de Arbitraje No. 7153 de 1992
 - Steel Bars Case, ICC, Caso de Arbitraje No. 6653 del 26 de marzo de 1993
 - Cowhides Case, ICC, Caso de Arbitraje No. 7331 de 1994
 - Printed Banknotes, ICC, Caso de Arbitraje No. 9474 de febrero de 1999
 - Casos adicionales de la ICC: 1110/1963; 1422/1966; 1641/1969; 2152/1972; 2291/1975; 2637/1975; 3267/1979; 3380/1980; 3540/1980; 3327/1981; 3344/1981; 2730/1982; 4145/1984; 4434/1983; 10279/2001
 - Laudo Arbitral Ad hoc, Costa Rica, 30 de abril de 2001 / UNILEX
 - Laudo Arbitral Ad hoc, 10 de diciembre de 1997 / UNILEX
- Argentina
 - Sagemüller, Francisco v. Sagemüller de Hinz, Liesse et al., Sala Segunda de la Segunda Cámara Civil y Comercial de Paraná (Entre Ríos), 10 de agosto de 1988
 - Tercera Sala de la Cámara Nacional de Comercio, 27 de octubre de 2006
- Bolivia
 - Sentencia Constitucional N° 1834/2010-R, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 25 de octubre de 2010
- Brasil
 - Tribunal Superior do Trabalho (*Tribunal Superior del Trabajo*), DEJT, 15 de Octubre de 2010, Sentencia No. 186000-18.2004.5.01.0034
 - Noridane Foods S.A. v. Anexo Comercial Importação e Distribuição Ltda, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (*Tribunal de Apelaciones del*

²⁴⁷ Sólo algunos casos relevantes han sido citados en esta Guía para ilustrar sobre aspectos particulares. La limitación de recursos no permitió citaciones más precisas.

Estado de Rio Grande Sur), TJ-RS, 14 de febrero de 2017, Sentencia No. 70072362940

- Voges Metalurgia Ltda. v. Inversiones Metalmeccanicas I.C.A. – IMETAL I.C.A., Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (*Tribunal de Apelaciones del Estado de Rio Grande Sur*), 30 de marzo de 2017, Sentencia No. 4-25.2016.8.21.7004192500
- Tribunal de Justiça de São Paulo (*Tribunal de Justicia de Sao Paulo*), DJE, 30 de noviembre de 2011, Sentencia No. 9066155-90.2004.8.26.0000
- Tribunal de Justiça de São Paulo (*Tribunal de Justicia de Sao Paulo*), 06 de junio de 2008, Sentencia No. 9202485-89.2007.8.26.0000
- Tribunal de Justiça de São Paulo (*Tribunal de Justicia de Sao Paulo*), DJE, 19 de febrero de 2016, Sentencia No. 2111792-03.2015.8.26.0000
- Tribunal de Justiça de São Paulo (*Tribunal de Justicia de São Paulo*), DJE, 09 de enero de 2012, Sentencia No. 0125708-85.2008.8.26.0000
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 12ª Câmara (*Tribunal de Apelaciones del Estado de Rio Grande Sur, 12ª Câmara*), 16 de febrero de 2017, Sentencia No. 70072362940
- Canadá
 - Imperial Life Assurance Co of Canada v. Colmenares, Supreme Court of Canada (*Corte Suprema de Justicia de Canadá*), [1967] SCR 443
 - Block Bros. Realty Ltd. v. Mollard, [1981] B.C.J. No. 4, 122 D.L.R. (3d) 323 (C.A.)
 - Canadian Acceptance Corporation Ltd. v. Matte and Matte, [1957] S.J. No. 41. (Sask. C.A.)
- Chile
 - Caso Tschumi con Tschumi, Corte Suprema de Justicia de Chile, Law and Jurisprudence Magazine, XLII, parte 2, sección 1, página 331
 - Exequátur State Street Bank and Trust Company, Corte Suprema de Justicia de Chile, 14 de mayo de 2007, Rol N° 2349-05
 - Mauricio Hochschild S.A.C.I., con Ferrostaal A.G., Corte Suprema de Justicia de Chile, 22 de enero de 2008, Rol N° 3247-2006
 - Raimundo Serrano Mac Auliffe Corredores S.A, Corte Suprema de Justicia de Chile, 30 de noviembre de 2004, Rol N° 868-2003
 - Exequátur Cubix con Markvision, Corte Suprema de Justicia de Chile, 20 de agosto de 2014, Rol N° 10890-2014
 - Marlex Ltda., con European Industrial Engineering, Corte Suprema de Justicia de Chile, 28 de julio de 2008, Rol N° 2026-2007
 - Cruz Barriga v. Integral Logistics Society, Corte Suprema de Justicia de Chile, 25 de agosto de 2010, Rol N° 1699-2009
- Colombia
 - Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 5 de noviembre de 1996, Expediente 6130, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss
 - García Fernandes Internacional Importação e Exportação AS vs. Prodeco - Productos de Colombia S.A., Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 6 de agosto de 2004, Expediente No. 77
 - Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-557 del 26 de mayo 26 de 2005
 - Industria y Distribuidora Indistri SA vs. SAP Andina y Del Caribe CA, Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, D.C., Sala Civil, 10 de marzo de 2010, Sentencia No. 20100015000
 - Corte Suprema de Justicia de Colombia, 24 de junio de 2016, Sentencia No. SC8453-2016
 - Corte Suprema de Justicia de Colombia, 8 de febrero de 2017, Sentencia No. SC5207-2017

- El Salvador
 - Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional
 - Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de San Salvador, 28 de febrero de 2013, Referencia No. PC-29-12
- Jamaica
 - Vita Foods Products Inc. v Unus Shipping Co. Ltd., Judicial Committee of the Privy Council (*Comité Judicial del Consejo Privado*), [1939] 1 All E.R. 513
 - DYC Fishing Limited v Perla Del Caribe Inc., Supreme Court Civil Appeal of Jamaica (*Apelación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Jamaica*), [2014] JMCA Civ. 26, §§ 42-44, citing R v International Trustee for the Protection of Bondholders, [1937] 2 All E.R. 164
 - Bonython v Commonwealth of Australia, High Court of Australia (*Corte Suprema de Australia*), [1951] AC 201
- Paraguay
 - Hans Werner Bentz v. Cartones Yaguareté S.A., Corte Suprema de Justicia de Paraguay, 21 de marzo de 2013, Sentencia No. 82
- Perú
 - Stemcor UK Limited v. Guiceve S.A.C., Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Civil Especializada en asuntos Mercantiles, 28 de abril de 2011
- Estados Unidos
 - The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1, 92 S. Ct. 1907 (1972)
- Venezuela
 - Canal Once Bankruptcy, Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Civil, Sentencia No. 252-71 del 27 de abril de 1971, en: Jurisprudencia Ramírez & Garay, 1971, T. XXX, pp. 395
 - Embotelladoras Caracas et al., vs. PepsiCola Panamericana, Tribunal Supremo de Venezuela, Sala Político-administrativa, 9 de octubre de 1997, en: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1998, No. 109, pp. 150
 - Rafael Alfonzo, Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Civil, Sentencia No. 0176
 - Sotillo vs. Instituto de Clínicas y Urología Tamanaco, C.A. et al., 20 de mayo de 2010 en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/rc.000176-20510-2010-06-451.html>
 - Banque Artesia Nederland, N.V. vs. Corp Banca, Banco Universal C.A., Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Civil (SCJ/CC), Sentencia No. 0738 del 02 de diciembre de 2014
- Otros
 - Francia - Bisbal 1959
 - India - Videocon Power Limited, Rep. v. Tamil Nadu Electricity Board. Madras High Court (*Tribunal Supremo de Madras*), Diciembre de 2004. 2005 (3) ARBLR 399 Madras, 2004 (5) CTC 668
 - Italia - Assael Nissim v. Crespi, Corte suprema di cassazione (*Corte Suprema de Casación*), Sentencia No. 1680 de 1966
 - Luxemburgo – Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (*Corte del Distrito de Luxemburgo*), Sentencia de 7 de julio 1988 y 17 de marzo de 1990
 - Holanda - Alnati, Hoge Raad der Nederlanden (*Corte Suprema de Holanda*), 13 de mayo de 1966
 - Reino Unido - Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH y otros v. Shell International Petroleum Company Limited. (H. L.) (Julio 1988) 27 ILM 1032

APÉNDICE E

BASES DE DATOS Y FUENTES ELECTRÓNICAS

Para coadyuvar a la interpretación uniforme de los textos internacionales, dos de los tres organismos internacionales que se dedican principalmente al desarrollo del derecho internacional privado mantienen bases de datos en línea que contienen fallos judiciales y laudos arbitrales. Como ya se indicó, la CNUDMI estableció un sistema para acopiar las sentencias y laudos sobre textos propios (“CLOUT”), al que se puede acceder en versión impresa o a través de internet (www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html). Algo parecido ocurre con UNIDROIT —la base de datos “inteligente” de sentencias y laudos y bibliografía sobre los Principios UNIDROIT y la Convención sobre Contratos de Compraventa, y la base de datos conexas conocida como UNILEX (www.unilex.info). La Conferencia de La Haya también mantiene una bibliografía que está disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Existen asimismo otras bases de datos que contienen información pertinente al derecho comparado y a la interpretación uniforme. Una de ellas es la base de datos Albert H. Kritzer relativa a la Convención sobre Contratos de Compraventa que alberga la Pace University en Estados Unidos (www.iicl.law.pace.edu/cisg/cisg). Otra base de datos, mantenida por el Centro de Derecho Transnacional (“CENTRAL”) de la Universidad de Colonia en Alemania, contiene un método para la codificación progresiva de la nueva legislación comercial transfronteriza, para lo cual se preparó una lista abierta de principios relativos al derecho comercial de fácil acceso en internet que se actualiza constantemente con la adición de jurisprudencia judicial y arbitral, doctrina y otra información pertinente (www.trans-lex.org). Existen asimismo unas cuantas bases de datos regionales de la Convención sobre Contratos de Compraventa. Un ejemplo es: di.prargentina.com, base de datos de la Universidad Carlos III - Pilar Perales.

Los textos oficiales y el estado actual de los instrumentos interamericanos de derecho internacional privado están disponibles en el sitio web de la OEA:

http://www.oas.org/en/sla/dil/private_international_law_conferences.asp

* * *