LA NUEVA GUÍA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS Y EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (PARTE II)

José Antonio MORENO RODRÍGUEZ*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ESTRUCTURA DE LA GUÍA.—3. INTRODUCCIÓN, CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LA GUÍA.—4. APERTURA HACIA EL DERECHO UNIFORME.—5. ALCANCE DE LA GUÍA.—6. DERECHO NO ESTATAL.—7. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.—8. ELECCIÓN EXPRESA Y TÁCITA.—9. VALIDEZ FORMAL DE LA ELECCIÓN DEL DERECHO.—10. *PACTUM DE LEGE UTENDA*.—11. SEPARABILIDAD.—12. OTROS PROBLEMAS DE ELECCIÓN DEL DERECHO.—13. AUSENCIA DE ELECCIÓN DEL DERECHO.—14. *DÉPEÇAGE*.—15. FÓRMULA DE INTERPRETACIÓN FLEXIBLE.—16. ALCANCE DEL DERECHO APLICABLE.—17. ORDEN PÚBLICO.—18. EXISTENCIA DE OTRAS CONVENCIONES O ESTADOS CON MÁS DE UN SISTEMA JURÍDICO.—19. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es la segunda parte del estudio integral de la nueva guía de la Organización de Estados Americanos (OEA). Si la primera parte

---

* Ll. M. Harvard, 1993. Vicepresidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA y Relator de la Guía de la OEA sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales. Miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que elaboró los Principios de La Haya sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales, y Delegado ante la Comisión Especial que aprobó el documento. Miembro del Consejo de Gobierno de UNIDROIT y Presidente de su Grupo de Trabajo de Contratos de Inversiones en Tierras Agrícolas. Delegado ante la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI) en diversas ocasiones. Anterior Presidente y Secretario General de la Asociación Americana sobre Derecho Internacional Privado (ASADIP). Ex Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Miembro de Comités de Anulación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y Árbitro en casos ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (PCA), el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) y otros centros arbitrales. Profesor de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, del CIDS-Ginebra, y profesor visitante de varias universidades como Heidelberg, París II, Buenos Aires, y otras. Autor de publicaciones en las Américas, Europa y Asia. Presidente del Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP). Miembro del estudio jurídico Altra Legal. Web personal: www.jmoreno.info. Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 13 de junio de 2020.

abordó los antecedentes históricos del documento y el proceso que llevó a su concreción, esta contribución se centrará en los rasgos principales del referido instrumento, el cual, entre otras cosas, aboga por una concepción amplia de la autonomía de la voluntad; propicia técnicas del derecho uniforme, como el recurso al derecho no estatal; se inclina por una fórmula abierta de conexión más cercana en ausencia de selección del derecho; recoge la tradición interamericana en favor de la aplicación flexible del derecho en el contexto internacional; y apunta a traer claridad con respecto al caótico tema del orden público en las transacciones transfronterizas.

2. ESTRUCTURA DE LA GUÍA

La guía se encuentra precedida de un *sumario de recomendaciones* en cuestiones de Derecho aplicable a los contratos internacionales, dirigidas a legisladores, juzgadores y las partes y sus asesores. Luego, contiene un *listado de abreviaciones* y otro *listado de términos en latín y otros lenguajes* utilizados en el documento. A continuación, se lee la parte medular del documento, que es la *guía en sí*. Al final, se encuentran diversos *anexos* con: una tabla comparativa entre la Convención de México y los Principios de La Haya; otra tabla de reconciliación entre los textos oficiales en español, inglés y francés en los que se encuentra formulada la Convención de México; y, por último, una tabla de legislaciones, una tabla de casos y un listado de bases de datos y otras fuentes electrónicas utilizadas para la elaboración de diversas partes de la guía.

3. INTRODUCCIÓN, CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LA GUÍA

En la parte medular de la guía, la *introducción explicativa* de los objetivos perseguidos (*parte primera*), se encuentra seguida por su *contexto y antecedentes* (*parte segunda*), donde se refieren 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. Un entendimiento básico de estos desarrollos resulta importante debido a la influencia de estos instrumentos —incluso recíproca— a través del tiempo. Además, los mismos han tenido incidencia significativa en el desarrollo de legislaciones domésticas en las Américas.

4. APERTURA HACIA EL DERECHO UNIFORME

La *parte tercera* de la guía describe los *avances recientes del llamado método uniforme*, sobre todo a partir de la labor homogeneizadora encarada por el

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), además de esfuerzos del sector privado y de otros desarrollos del mundo arbitral. No debe perderse de vista que UNIDROIT, creada en 1926 bajo los auspicios de la Liga de las Naciones para modernizar y armonizar el Derecho privado del orbe, cuenta, entre sus 63 Estados miembros, a 13 que integran la OEA¹. La CNUDMI, establecida bajo la órbita de Naciones Unidas en 1966, persigue similares objetivos, y diversos países en las Américas han adoptado varios de sus instrumentos y también vinieron formando parte de la organización en el tiempo².

La guía de la OEA alienta a los legisladores, en el curso de sus revisiones a sus regímenes domésticos, a tener en cuenta los avances hechos en el método uniforme y a considerar el uso de instrumentos de derecho uniforme en conjunto con las reglas de conflictos de leyes como suplementarios y complementarios en la aplicación e interpretación del derecho comercial internacional³.

Dos instrumentos reciben particular destaque: los ya nombrados Principios UNIDROIT y la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*⁴. Este último instrumento reúne en un texto convencional de derecho uniforme principios, reglas, usos y costumbres aplicables al contrato preponderante del comercio internacional⁵, regulando aspectos relativos a su formación, así como derechos sustantivos del comprador y el vendedor y su cumplimiento e incumplimiento⁶. Zimmerman llegó a calificarlo como «el convenio más escrupulosamente preparado

¹ 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), Venezuela (1940). Membresías actuales de UNIDROIT encontradas en <https://www.UNIDROIT.org/about-UNIDROIT/membership>.

² Véase <https://www.uncitral.org>.

³ 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 país o región, en tanto que *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 doctrinas uniformes. Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Ius Mercatorum, Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Editorial Colegios Notariales de España, 2003, pp. 160-161.

⁴ 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.

⁵ Véase GARRO, A. y ZUPPI, A., *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1990, pp. 43 y ss.

⁶ Véase Nota Explicativa de la Secretaría de UNCITRAL acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>. Quedan excluidas cuestiones como contratos de distribución, concesión, agencia y franquicia, así como contratos de *know-how* que no se encuentran incorporados a un medio físico. Tampoco se incluyen la venta de compañías ni la venta de derechos, por no ser el objeto de estos contratos mercaderías. Se consideraría regido por la Convención, sin embargo, el supuesto poco usual de una cesión de activos de una empresa cuyos activos estén compuestos exclusivamente de bienes mobiliarios como maquinarias y materias primas. Sobre esto, y para otras exclusiones, véase SCHWENZER, I. (ed.), *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 35-60.

y significativo para la unificación del Derecho privado»⁷, y el instrumento —según Goode— se ha convertido en el prototipo de las disposiciones generales de casi toda la legislación subsiguiente en materia de comercio internacional⁸. Debe considerarse que las normas de la llamada «parte general» en materia de contratos extraen gran parte de sus preceptos del contrato de compraventa. A su vez, los Principios UNIDROIT constituyen —está visto— una reformulación de la parte general contractual, tratando temas relativos, entre otros, a la formación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento del contrato. Fueron pensados para interactuar con la Convención de Viena, y en efecto, en sus notas al pie, solo existen alusiones explícitas a este cuerpo legal.

La *parte cuarta* de la guía describe el *método de interpretación uniforme* tratándose de textos internacionales, tanto en materia de conflicto de leyes como de derecho uniforme. De hecho, la aproximación de normas no es suficiente. Cuando se adoptan convenciones internacionales armonizadoras, la homogeneización pretendida puede frustrarse si la interpretación de sus normas se realiza a la luz de conceptos domésticos y no desde una perspectiva comparativa. La guía consecuentemente alienta a los jueces y árbitros a considerar las ventajas del método de interpretación uniforme, y a tener en cuenta el desarrollo de la jurisprudencia internacional a este respecto. La guía también alienta a las partes contratantes y sus asesores jurídicos a permanecer informados de los desarrollos relativos a la interpretación uniforme que pueda ser aplicada a sus contratos internacionales⁹. Ello puede ocurrir incluso con relación al derecho doméstico como, por ejemplo, se registra recurrentemente cuando los juzgadores utilizan los Principios UNIDROIT para la interpretación y reinterpretación de los derechos nacionales, según lo constatado por una investigación reciente en el marco de la *International Academy of Comparative Law*¹⁰, entre otros trabajos.

5. ALCANCE DE LA GUÍA

La *parte quinta* se relaciona con el *alcance de la guía*, que se extiende a los contratos comerciales internacionales, y a *temas que se encuentran excluidos*, como los relacionados a capacidad, relaciones familiares y sucesorias, insolvencia y otras. La exclusión obedece a que existe divergencia en el Derecho

⁷ No por casualidad constituye un modelo para la propuesta de reforma del Derecho de obligaciones alemán (ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, Civitas Ediciones, 2000, p. 119).

⁸ GOODE, R., «International Restatements of Contract and English Contract Law 1997-1», *Uniform Law Review*, 231, p. 236.

⁹ Advierte, sin embargo, la guía que deberían tomarse en consideración instrumentos aplicables al caso específico en caso que provean una decisión distinta y que también juzgadores en algunas jurisdicciones podrían no seguir esta interpretación liberal abogada por el instrumento.

¹⁰ GARRO, A. M. y MORENO RODRÍGUEZ, J. A. (eds.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Springer International Publishing, 2021, <https://www.springer.com/gp/book/9783030543211>.

comparado en calificar o no a algunas de ellas como «contractuales» o en determinar si, a su respecto, debería regirles el sistema de la autonomía de la voluntad¹¹.

Como la guía se relaciona con *contratos comerciales*, aunque en algunos sistemas se haga la distinción entre contratos «civiles» y «comerciales», no es esa la intención del instrumento, sino la de excluir a los «contratos de consumo», frecuentemente regidos por normas imperativas dentro de legislaciones de «protección al consumidor», y «contratos de trabajo» que usualmente se sujetan a reglas especiales del Derecho laboral.

Si bien la guía no fue pensada para contratos de inversiones, bien podría mostrarse también de utilidad en temas relacionados a los mismos. Bischoff arguyó en un trabajo reciente cómo los Principios de La Haya, por ejemplo, pueden ser tenidos en cuenta, con provecho, para cuestiones relativas a inversiones¹², y el comentario —por supuesto— se puede hacer extensivo a la guía.

La determinación del carácter *internacional* del contrato presenta desafíos que han sido abordados de manera diferente¹³. Documentos regulatorios recientes tanto en el tema contractual como arbitral usan el término *internacional* en sentido bien amplio. En general, es suficiente que las partes se hayan establecido o tengan residencia en diferentes jurisdicciones, o que el lugar del cumplimiento o del objeto contractual se encuentre fuera del Estado donde se hallen establecidas las partes. La guía sigue este enfoque amplio.

6. DERECHO NO ESTATAL

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

¹¹ Así lo establece el comentario oficial al art. 1.3 de los Principios de La Haya. La exclusión de estos temas se encuentra en línea con lo estatuido por el art. 1, parágrafo 2, del Reglamento Roma I, y el art. 5 de la Convención de México.

¹² ASMUS BISCHOFF, J., «Conflict of Laws and International Investment Arbitration», en FERRARI, F. y KRÖLL, S. (eds.), *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*, Nueva York, NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, 2019, Capítulo 20.

¹³ Un enfoque considera que las partes contratantes residen habitualmente o están domiciliadas o establecidas en Estados diferentes. Un enfoque alternativo se basa en la transferencia de mercaderías de un Estado a otro o que la oferta y aceptación tengan lugar en dos Estados distintos, o que el lugar de la formación del contrato tenga lugar en un Estado y su ejecución en otro. BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado*, Tratado, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 371. Un pronunciamiento italiano hace alusión a estos dos criterios como alternativos (Corte di Cassazione, *Ministero degli Esteri v. Alenia Marconi System S.p.a.*, caso 18460, año 2004). Una posición más amplia considera que la existencia de algún elemento extranjero internacionaliza el contrato. Véase LORENZO IDIARTE, G. A., «¿Cuándo un Contrato es Internacional? Análisis Desde una Perspectiva Regional», en KLEINHEISTERKAMP, J. y LORENZO IDIARTE, G. A. (coords.), *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Montevideo, Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 105 y ss. También existen criterios mixtos, como los que se siguen, por ejemplo, en la Convención Relativa a una Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y la Convención Relativa a una Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.

Los Principios de La Haya optaron por la expresión *normas de derecho*, como equivalente al derecho no estatal y otros términos referidos a esta cuestión¹⁴, para aprovechar el extraordinario desarrollo casuístico y doctrinal en el mundo del arbitraje con respecto a esta terminología en las pasadas décadas¹⁵. La frase fue también adoptada por la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985¹⁶, que se hizo eco de la terminología utilizada en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 (modificadas en el año 2010)¹⁷, reglamento que inspiró a otros a lo ancho del orbe¹⁸. Las leyes domésticas de numerosos países de Latinoamérica también usan la expresión «normas de derecho»¹⁹.

La guía adopta la expresión *normas de derecho*, alusiva al derecho no estatal, y aboga por que los regímenes domésticos relativos a los contratos internacionales reconozcan y clarifiquen su alcance.

En este tema, la Convención de México había ido más allá que el Convenio de Roma de 1980. El instrumento interamericano muestra una apertura hacia el derecho no estatal que puede remontarse a los trabajos preparatorios²⁰. Sin embargo, el texto no se encuentra libre de caos terminológico, existente

¹⁴ Véase Comentario Oficial de la CNUDMI al art. 28. También véase el reporte del GT de la CNUDMI, reunión 18, marzo de 1985 (A/CN.9/264, pp. 60-63).

¹⁵ El autor de este artículo tiene conocimiento personal de esto debido a su participación en las deliberaciones sobre este punto.

¹⁶ Anteriormente usado en el art. 42 del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del 1965 y las leyes arbitrales de Francia y Yibuti.

¹⁷ Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (1976), adoptadas por la Asamblea General de la ONU el 15 de diciembre, 1976, UN Doc. A/RES/31/98; UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), adopted by the UN General Assembly on December 6, 2010, UN Doc. A/RES/31/98; Texto disponible en: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.

¹⁸ BARCELÓ, J. J., VON MEHREN, A. y VARADY, T., *International Commercial Arbitration: a Transnational Perspective*, 4.^a ed., St. Paul, Minn., Thomson Reuters, 2009, p. 70.

¹⁹ Por ejemplo, véanse las siguientes: en Brasil, art. 2 de la Ley 9307 de 1996 sobre Arbitraje; en Costa Rica, art. 22 de la Ley 7727 de 1997 —Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social— y el art. 28 de la Ley 8937 de 2011 —Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional—; en Chile art. 28.4 de la Ley 19971 de 2004 —Arbitraje Comercial Internacional—; en El Salvador, arts. 59 y 78 del Decreto Legislativo 914 de 2002 —la Ley sobre Mediación, Conciliación y Arbitraje—; en Guatemala, art. 36.3 de la Ley 67 de 1995 —Ley de Arbitraje; en Nicaragua—, art. 54 de la Ley 540 de 2005 —Mediación y Arbitraje—; en Perú, art. 57.2 de la Ley 1071 de 2008 —Ley Arbitraje—; en la República Dominicana, art. 33.4 de la Ley 489 de 2008 —Arbitraje Comercial—; en Paraguay, art. 32 de la Ley 1879 de 2002 —Arbitraje y Mediación—, y en Venezuela, la última parte del art. 8 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998.

²⁰ OEA/Ser. K/XXI.5, CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1, 18 de marzo de 1994, p. 3; OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP V/14/93, 30 de diciembre de 1993, pp. 28 y 30. A pesar de que el instrumento no es explícito en este punto, José Luis Siqueiros, quien preparó el borrador, escribió en un artículo subsiguiente que el instrumento habla del *derecho aplicable* en lugar de la *ley aplicable*, no porque sea una mejor expresión, sino esencialmente para clarificar que la intención es cubrir a los usos internacionales, a los principios del comercio internacional, a la *lex mercatoria*, y a expresiones similares. SIQUEIROS, J. L., «Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales», *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 222. La opinión de Siqueiros se encuentra respaldada por otros renombrados juristas que participaron en las negociaciones de la Convención de México, incluyendo al delegado estadounidense Friedrich Juenger y al mexicano Leonel Perezniesto Castro. Véanse JUENGER, F. K., «Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales», *Contratación Internacional, id.*, p. 235; PEREZNIESTO CASTRO, L., «Los Principios de

al momento de su redacción, y también ha creado ciertas controversias que la guía apunta a clarificar usando a los Principios de La Haya como norte²¹.

Además, la guía alienta a avanzar sobre el *status quo*, como lo hacen los Principios de La Haya²², admitiendo el derecho no estatal no solo en el ámbito arbitral sino también en el judicial. La novel legislación paraguaya se encaminó en esta dirección.

La guía también sigue a los Principios de La Haya, según los cuales las normas de derecho deben estar «aceptadas generalmente como un conjunto de normas neutral y balanceado en un plano internacional, supranacional o regional». El requerimiento de «neutralidad» clama por un cuerpo de normas capaz de resolver los problemas comúnmente encontrados en los contratos internacionales, en tanto que el requisito de «normas balanceadas» fue establecido para encarar el problema del poder negociador inequitativo que lleva a la aplicación de normas injustas o inequitativas. A su vez, la frase «conjunto de normas generalmente aceptadas» tiende a disuadir a las partes de que elijan categorías vagas o inciertas como normas de derecho²³.

En el estado actual de cosas, la aplicabilidad de los Principios UNIDROIT como derecho no estatal, si son elegidos por las partes, claramente emerge tanto de los Principios de La Haya como de la guía. Lo propio ocurre con la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías²⁴, que puede por ejemplo ser elegida por las partes aun cuando no fuera aplicable al caso bajo sus propios términos.

7. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La *parte séptima* de la guía aborda el problema de la *autonomía de la voluntad* en materia de contratación internacional. Se trata allí en exclusiva la cuestión de la libertad para elegir el derecho aplicable, y no la del poder de las

---

UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos», *Contratación Internacional, id.*, pp. 210-212.

²¹ El art. 9, párr. 2, de la Convención de México se refiere a «los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales». Similarmente, el art. 10 se refiere a «las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación». Varios de estos términos utilizados en esos artículos son problemáticos. No queda claro a qué «organizaciones internacionales» se refiere el art. 9 o si el término está restringido a organizaciones intergubernamentales como la CNUDMI y UNIDROIT, o si incluye a entidades no gubernamentales como la CCI. Otras expresiones usadas en el art. 10, como costumbres, usos y prácticas, también permanecen indefinidas.

²² GAMA, J. R. y SAUMIER, G., «Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts», *El Derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, Jornadas de la ASADIP 2011, San José, Costa Rica, 24-26 de noviembre, ASADIP y Editorial Jurídica Continental, San José, 2011, pp. 62-63.

²³ Véase PERTEGÁS, M. y MARSHALL, B. A., «Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 39, 2014/3, pp. 997-998.

²⁴ 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.

partes de seleccionar la jurisdicción arbitral o estatal que tendrá competencia en casos de existir una controversia. En el plano global, este último problema se encuentra contemplado en la Convención de Nueva York y en el Convenio de La Haya sobre Elección de Foro adoptado en el 2005.

Claramente, la autonomía de la voluntad confiere certeza sobre el derecho aplicable además de acomodarse mejor a las vicisitudes del accionar transfronterizo, puesto que nadie se encuentra mejor posicionado que las partes para evaluar cuál derecho les resultará más apropiado para regirlas, en vez de que lo hagan, en su nombre, un legislador de antemano o un juzgador ulteriormente, si el caso va a litigio²⁵. No tener reconocida la libertad contractual, por lo demás, genera incentivos a las partes de «hacer *shopping*» para seleccionar foros que —según anticipen— aplicarán sus reglas de conflicto de manera favorable a sus intereses por aceptar el principio autonomista²⁶.

La autonomía de la voluntad para elegir el derecho aplicable a los contratos internacionales era, a comienzos del siglo xx, «una cuestión altamente contenciosa en ambos lados del Atlántico»²⁷. Aún hoy se registra un rechazo al principio de la autonomía de la voluntad, o dudas sobre su vigencia, en algunos países de la región latinoamericana²⁸.

Ahora, a pesar de que la autonomía de la voluntad se encuentra aceptada en gran parte de los países del mundo y en numerosos Estados de las Américas, existen aún desacuerdos sobre sus modalidades, parámetros y limitaciones. Estos desencuentros incluyen, por ejemplo, el método de elección —que puede ser expresa o tácita—, a si debe o no existir una conexión entre el derecho elegido y los derechos domésticos de las partes contratantes; a si problemas extracontractuales pueden estar incluidos en la elección de derecho aplicable; a qué Estado puede, en su caso, imponer limitaciones sobre elección de derecho aplicable; y si se puede optar por la aplicación de derecho no estatal. Estas cuestiones son abordadas en la guía.

La autonomía de la voluntad se encuentra contemplada en algunas vestustas legislaciones de las Américas sobre conflicto de leyes, planteando así dudas sobre su aplicación en el ámbito judicial. Sin embargo, en el arbitra-

²⁵ Queda fortalecida así la seguridad jurídica que debería predominar en transacciones comerciales (VISHER, F., «General Course on Private International Law», *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992, I, t. 232 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 126; también pp. 132 y ss.).

²⁶ PERTEGÁS, M. y MARSHALL, B. A., *op. cit.*, p. 977; CALVO CARAVACA, A.-L. «Private International Law of the European Union: Values and Regulatory Principles», *Liber Amicorum Angelo Daví*, vol. I, Nápoles, 2019, pp. 45-48.

²⁷ PERTEGÁS, M. y MARSHALL, B. A., *op. cit.*, p. 976.

²⁸ Es cierto que el MERCOSUR desde temprano admitió la autonomía de las partes para la selección del foro, con la suscripción del Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia de contratos. Sin embargo, en cuanto se admite en el bloque, de manera amplia, que las partes puedan elegir al juez o árbitro, no ocurre lo propio —está visto— con la selección del Derecho aplicable, o al menos hay confusión sobre el tema. Así lo expresa, por ejemplo, TONIOLLO, J. A., «Reflexiones acerca del Derecho Internacional Privado Latinoamericano: Especial Referencia al Ámbito del MERCOSUR», en KLEINHEISTERKAMP, J. y LORENZO IDIARTE, G. A. (coords.), *op. cit.*, pp. 439-440.

je, el principio se encuentra reconocido en la Convención de Nueva York de 1958, en la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* («Convención de Panamá») de 1975²⁹, y en la *Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros* («Convención de Montevideo») ³⁰. De los 35 Estados miembros de la OEA casi todos han ratificado la Convención de Nueva York, 19 han ratificado la Convención de Panamá³¹ y 10 han ratificado la Convención de Montevideo³². A su vez, la Ley Modelo de la CNUDMI reconoce el principio de la autonomía de la voluntad en su art. 28 (1), mientras que su comentario resalta su importancia, debido a que varias legislaciones domésticas no reconocen ese poder de manera clara o completa. Gran parte de las leyes arbitrales latinoamericanas siguen a la ley modelo en esta solución³³.

En definitiva, el problema de la autonomía de la voluntad debe entenderse superado en la gran cantidad de países latinoamericanos que modernizaron sus derechos arbitrales³⁴. Sin embargo, se presenta en algunas jurisdicciones el sinsentido que por el simple hecho de pactar arbitraje puede elegirse el Derecho de fondo aplicable a un contrato internacional, en tanto que no ocurre lo propio si uno no tiene pactada una cláusula arbitral. Esta situación resulta, obviamente, inaceptable.

8. ELECCIÓN EXPRESA Y TÁCITA

La autonomía de la voluntad presupone que las partes han querido efectivamente elegir el derecho aplicable a sus contratos. Las dudas surgen cuando ello no ha ocurrido en forma expresa, en cuyo caso el Derecho comparado ofrece diversas fórmulas. El Convenio de La Haya de 1955 «sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales» acoge una posición *restrictiva* en la que el juzgador deberá limitarse a

²⁹ Esta convención fue adoptada en la CIDIP I en ciudad de Panamá, firmada el 1 de enero de 1975 y entrada en vigor el 16 de junio de 1976.

³⁰ La Convención Interamericana sobre Validez Extraterritorial de Sentencias Extranjeras y Laudos Arbitrales, adoptada en Montevideo en la CIDIP-II, firmada el 8 de mayo de 1979 y entrada en vigor el 14 de junio de 1980.

³¹ <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-35.html>.

³² <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html>.

³³ Este es el caso, por ejemplo, en Chile (art. 28 de la Ley 19.971 de 2004 sobre arbitraje comercial internacional); en Colombia (art. 101 de la Ley 1563 sobre arbitraje nacional e internacional); en Guatemala (art. 36.1 de la Ley de Arbitraje); en Panamá (art. 3 del Decreto Legislativo de 1999, estableciendo en régimen general del arbitraje, la conciliación y la mediación), reemplazado por la Ley 131 del 2013; en Perú (art. 57 del Decreto 1071, que regula el arbitraje); en Perú, para los contratos con el Estado, el arbitraje es obligatorio (art. 45.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225); en Brasil (art. 2 de la Ley 9307 de 1996); en Costa Rica (art. 28 de la Ley 8937 sobre arbitraje comercial internacional); en México (art. 1445 del Código del Comercio), y en Paraguay (art. 32 de la Ley 1879 de 2002 sobre arbitraje y mediación).

³⁴ Diversas aristas del problema se encuentran tratadas en la completa monografía siguiente: RIVERA, J. C., «Arbitraje Comercial Internacional: La cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto», en SOTO, C. A. (dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008, pp. 249 y ss.

encontrar una aceptación «sin ambigüedad» en las cláusulas del contrato, excluyéndose la indagación de toda otra circunstancia exterior. Otra concepción, *amplia*, se encuentra en la Convención de La Haya de 1978 «sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación», según la cual el juez examinará no solo lo expresado en el contrato, sino que tendrá en cuenta, además, las circunstancias del caso que rodean a la celebración.

Las circunstancias del caso pueden ser tenidas también en cuenta tanto según el anterior Convenio de Roma de 1980 como según el actual Reglamento Roma I. Este último habla de una elección que resulte «de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso» (art. 3.1)³⁵. La voluntad tácita resulta cierta, por ejemplo, cuando se elige un contrato-tipo regido por un sistema jurídico particular³⁶; o cuando existe un contrato anterior donde hubo elección de derecho³⁷; o cuando se hace referencia a normas o leyes de un país determinado; o cuando un contrato forma parte de una serie de operaciones y se seleccionó un derecho para el acuerdo base sobre el que reposan los demás³⁸.

Dentro del mismo espíritu, la Convención de México prevé que la elección del Derecho debe ser expresa, o en todo caso debe manifestarse «en forma evidente», tanto «de la conducta de las partes» como «de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto» (art. 7), a cuyo efecto deberán ser objeto de consideración todos los puntos de contacto del contrato, como lugar de celebración y de ejecución, idioma, moneda, lugar de arbitraje o foro, por citar ejemplos³⁹. Esta última es también la solución finalmente adoptada

³⁵ El cambio terminológico con respecto al Convenio de Roma de 1980 tiene que ver con que se fortalece sobre todo la versión en inglés —y también la alemana— fraseadas como requiriéndose que una selección tácita debe ser «claramente demostrada» y no solo «demostrada con razonable certeza». Esto no apunta a cambiar el espíritu de la regulación anterior, sino simplemente a poner en línea la versión inglesa y la germana con el texto en francés del Convenio de Roma. HEISS, H., «Party Autonomy», en FERRARI, F. y LEIBLE, S. (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Múnich, Sellier, 2009, p. 1.

³⁶ Así, la póliza de seguro marítimo de Lloyds de Londres hace presumir la sumisión al Derecho inglés, GIULIANO, M. y LAGARDE, P., «Informe Relativo al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales», *DOCE C 327*, de 11 de diciembre de 1992. El informe se encuentra transcrito en ESPLUGUES MOTA, C. (coord.), *Contratación Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, comentario al art. 3.

³⁷ SANTOS BELANDRO, R., *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 2.^a ed., Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pp. 77-78.

³⁸ GIULIANO, M. y LAGARDE, P., *op. cit.* Bonomi refiere que los redactores del Convenio de Roma pretendieron distinguir entre elección tácita —es decir, elección que las partes ciertamente tenían en mente, aunque no lo declararon expresamente— y elección puramente hipotética —es decir, la que las partes habrían probablemente hecho si hubieran considerado la cuestión del derecho aplicable—. No obstante, en la práctica, la línea entre estas dos situaciones es más bien vaga; de hecho, los tribunales ingleses y alemanes son menos estrictos en descubrir elecciones tácitas que sus homólogos europeos [véase este tema y sus alternativas en BONOMI, A., «The Principles of Party Autonomy and Closest Connection in the Future EC Regulation “Rome I” on the Law Applicable to Contractual Obligations», en DREYZIN DE KLOR, A. y FERNÁNDEZ ARROYO, D. (dirs.), *DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Buenos Aires, Zavallá, 2005, pp. 335-336, quien nombra las decisiones alemanas del *Bundersgerichtshoff* de 1997 y 1999].

³⁹ La cuestión de la selección del Derecho aplicable fue objeto de arduo debate en las discusiones previas a dicha convención interamericana. Se prefirió finalmente que la elección tácita resulte «evidente», en vez de recurrirse a palabras como «notoria» o «inequívoca». Ello en el entendimiento de que

por los Principios de La Haya, que admiten la elección tácita, «en tanto lo sea de manera clara» (art. 4), desechándose una propuesta que se había formulado en el Grupo de Trabajo⁴⁰ de establecer un estándar de «intenciones manifiestamente claras», por entenderse que sería muy alto, en particular para ciertos Estados que requieren estándares menores para otros aspectos sustanciales del contrato⁴¹.

Dentro de la misma línea, la *parte octava* de la guía se refiere a la *elección expresa o tácita del derecho*, remarcando que de alguna forma la elección debe resultar evidente o surgir claramente de las disposiciones del contrato y sus circunstancias.

9. VALIDEZ FORMAL DE LA ELECCIÓN DEL DERECHO

La *parte novena*, sobre la *validez formal de la elección del Derecho*, expone que los acuerdos de elección de derecho aplicable pueden ser orales o vía comunicaciones electrónicas. La guía, así como los Principios de La Haya (en su art. 5), abogan fuertemente por un cambio de paradigma en esta cuestión, particularmente en Latinoamérica, en donde la forma escrita es un requisito en varias legislaciones domésticas.

Según la guía, los regímenes domésticos no deberían contener requisitos formales a no ser que las partes acuerden los mismos. Es más, los juzgadores, al determinar la validez formal de la elección de derecho aplicable, no deberían imponer ningún recaudo formal, a no ser que las partes los hayan pactado o si resultan requeridos por reglas imperativas aplicables. Sin embargo, las partes contratantes y sus asesores deben tomar en cuenta toda regla obligatoria que lidie con la validez formal que pudiera resultar aplicable.

10. PACTUM DE LEGE UTENDA

La *parte décima* de la guía se refiere al *derecho aplicable al acuerdo de elección del derecho*. Cuando hay selección, el derecho que gobierna al contra-

---

así quedará más claro que se apunta a que la elección la hagan las partes, «expresa» o «evidentemente», y no un tercero (el juzgador), en su lugar Herbert, citado por DE ARAÚJO, N., *Contratos internacionales*, 2.^a ed., Río de Janeiro, Librería e Editora Renovar Ltda., 2000, p. 181.

⁴⁰ Que elaboró los Principios de La Haya.

⁴¹ Prel. Doc. núm. 4 de 2012, Anexo III, p. 7. Accesible en www.hcch.net. En su segunda parte, la norma prevé que «un acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal nacional o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no es equivalente de por sí a una elección de derecho aplicable». La fórmula contraría una posición extendida en el *common law*. Según Juenger, aunque las reglas digan lo contrario existe una tendencia casera («*shoming trend*») de los tribunales de aplicar Derecho propio. JUENGER, F. K., «General Course on Private International Law (1983)», *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985, IV, t. 193 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 133-134. La expresión «*homeward trend*» se atribuye a Nussbaum (KAHN-FREUND, O., *General Problems of Private International Law*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1974, p. 280). Obviamente puede ser un elemento importante, pero en definitiva la solución de La Haya es que la selección de un juzgador no deba resultar determinante para entender que debe aplicarse su derecho.

to principal deriva de ella. Sin embargo, nace la pregunta de qué ley servirá como base para analizar la validez y las consecuencias del mencionado acuerdo de elección de derecho.

Esta delicada cuestión de *pactum de lege utenda* o de elección del derecho (*electio juris*)⁴² crea un círculo vicioso, debido a que una vez que el derecho fue elegido, el mismo deriva de la voluntad de las partes; sin embargo, permanece la duda de sobre en cuál derecho se encuentra basado el pacto⁴³.

Han sido varias las propuestas alternativas para encarar esta cuestión. Una opción es la de aplicar la *lex fori* (ley del lugar del litigio) para la cláusula de elección de derecho, lo cual podría, sin embargo, frustrar la intención de las partes. Otra opción sería hacer regir el derecho que hubiera gobernado de no haber existido una elección. No obstante, esto levantaría las mismas incertidumbres que las partes buscaban evitar al incluir una cláusula de elección de derecho aplicable. Una tercera opción es aplicar el derecho elegido en la cláusula de elección. Sin embargo, esta solución crea problemas en los casos en que dicha elección no fue acordada de manera adecuada.

El Reglamento Roma I prevé en su art. 3.5, en concordancia con su art. 10.1, que el consentimiento se determina por el derecho que se aplicaría si dicho acuerdo existiera. Ello va en línea con la pretensión de dar la máxima virtualidad posible a la voluntad de las partes. Por su parte, el art. 6.1(a) de los Principios de La Haya adopta la misma solución al prever 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».

Además, el Reglamento Roma I⁴⁴, los Principios de La Haya⁴⁵ y la Convención de México⁴⁶ contienen una norma según la cual, en ciertas circunstancias, la determinación de si una parte consintió la elección del derecho aplicable se realiza tomando en consideración la ley del lugar de su residencia habitual o de su establecimiento. Ahora bien, conforme subraya el comentario oficial de los Principios de La Haya en referencia al art. 6.2 que contiene dicha regla, la cláusula es de carácter excepcional.

En principio, la guía de la OEA favorece la aplicación del derecho elegido por las partes. Sin embargo, admite que el Estado en el que una de las partes tiene su establecimiento pueda prevalecer bajo determinadas circunstancias⁴⁷.

La guía también se refiere a la innovadora disposición encontrada en el art. 6.2 de los Principios de La Haya, alusiva a cláusulas estándar en la contra-

---

⁴² DE LY, F., *International Business Law and Lex Mercatoria*, Países Bajos, Elsevier Science Publishers B. V., 1992, pp. 65-66.

⁴³ BRIGGS, A., *The Conflict of Laws*, Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 149.

⁴⁴ Art. 10(2).

⁴⁵ Art. 6(2).

⁴⁶ Art. 12, segundo párrafo.

⁴⁷ De acuerdo con la Guía, para determinar si las partes acordaron sobre el derecho aplicable, los juzgadores deben tomar en cuenta el art. 6 de los Principios de La Haya y el art. 12, párr. 2 de la Convención de México.

tación internacional. Es muy común que en este ámbito las partes recurran a formularios modelo o condiciones generales. Al respecto, ni los Principios de La Haya ni la guía de la OEA imponen restricciones particulares. Al contrario —está visto—, no exigen que el acuerdo de las partes sobre selección del derecho revista una forma particular.

No hay problemas cuando las cláusulas estándar de ambas partes designan un Derecho, o si solo una de ellas emplea una cláusula de derecho aplicable. En estos casos, según los Principios de La Haya [art. 6(1)(a)] y la guía de la OEA, regirá el derecho presuntamente elegido por las partes para determinar si efectivamente ha existido un «acuerdo» al respecto.

Ahora bien, suele ocurrir con frecuencia que los formularios estándares que utiliza cada parte difieren en la selección del derecho. Tal situación se denomina comúnmente «conflicto entre formularios» (*battle of forms*). Cuando se les plantea este tema, a menudo, los tribunales evitan o sortean esta cuestión, o aplican simplemente el derecho del foro (*lex fori*). La cuestión recibe respuesta en el art. 6(1)(b) de los Principios de La Haya, endosado por la guía de la OEA, según el cual «(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».

Sin embargo, tanto los Principios de La Haya (en la parte final de su art. 6) como la guía de la OEA aclaran que, en estos casos, también debe prevalecer el derecho del Estado en el que una parte tiene su establecimiento si, en vista de las circunstancias, no fuere razonable determinar el consentimiento según las reglas antedichas.

11. SEPARABILIDAD

La *parte undécima* de la guía lidia con la *separabilidad*, en virtud de la cual la invalidez de un contrato internacional no afecta necesariamente al acuerdo de elección de derecho aplicable. Es más, la efectividad o invalidez (ya sea de carácter sustantivo o formal) del contrato deberá ser evaluada conforme al derecho designado en el acuerdo en el que fue elegido. Esta solución se encuentra alineada con lo dispuesto en los Principios de La Haya, en Roma I, y, en lo que atañe a cuestiones jurisdiccionales, con el Convenio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, así como, en arbitraje, con la Ley Modelo de la CNUDMI⁴⁸.

Como ejemplo, puede ocurrir que una sociedad formalice un contrato internacional para el que hubiera sido necesaria una decisión asamblearia. No necesariamente afectará la cláusula de selección del derecho la invalidez

⁴⁸ Art. 16.

del contrato por no haberse reunido dicho recaudo. Obviamente, si tanto el acuerdo principal como el de elección del derecho se hallan afectados por el mismo vicio, ambos resultarán inválidos, como, por ejemplo, ante la ilegalidad de haberse obtenido el acuerdo mediante soborno⁴⁹.

12. OTROS PROBLEMAS DE ELECCIÓN DEL DERECHO

La parte duodécima de la guía trata *otros problemas relacionados con la elección del derecho* en los contratos comerciales internacionales. En línea con el art. 2.3 de los Principios de La Haya, la guía de la OEA aboga por que la elección de derecho aplicable pueda ser modificada en cualquier momento y que ello, en su caso, no perjudique su validez formal o los derechos de terceros. Resulta importante una directriz expresa en este sentido. En algún momento en Italia, por ejemplo, el Tribunal Supremo sostuvo que la «elección de las partes en cuanto a la ley aplicable no será admisible cuando se haya efectuado con posterioridad a la celebración del contrato» (Sentencia de 1966, núm. 1.680, en el asunto *Assael Nissim c. Crespi*), lo que fue seriamente cuestionado en la doctrina italiana⁵⁰. Esta solución —está visto— ha quedado alterada en Europa con el Convenio de Roma (actual Reglamento Roma I), para el cual las partes, de común acuerdo, podrán cambiar el derecho aplicable al contrato cuando lo deseen⁵¹. Ello, obviamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros. Por lo demás, las normas procesales también pueden operar como límite, pues cualquier cambio del derecho dentro de la contienda solo podrá producirse si las mismas así lo autorizan.

También establece la guía que no se requiere ningún tipo de conexión entre el derecho elegido y las partes o su transacción. Este sigue siendo un requisito en algunos sistemas como el de Estados Unidos, según el *Restatement* (Segundo) de Conflicto de Leyes, art. 187 (2)(a)⁵². No obstante, existe una tendencia hacia su abandono, como se puede constatar en instrumentos internacionales recientes⁵³, entre ellos Roma I⁵⁴, la Convención de México y los Principios de La Haya⁵⁵.

⁴⁹ Véase el comentario al art. 7.10 de los Principios de La Haya.

⁵⁰ GIULIANO, M. y LAGARDE, P., *op. cit.*

⁵¹ En materia arbitral no existe una previsión normativa expresa sobre este tema. A la luz del principio que aboga por la autonomía reflejada en la mayoría de las leyes y reglamentos de arbitraje, las partes deberían poder cambiar el derecho originalmente escogido para gobernar la disputa. Así se ha resuelto en el caso *Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce* (laudo del 23 de enero de 2008, disponible en <http://www.unilex.info>, con la aplicación del derecho serbio luego de comenzado el proceso arbitral). Otro precedente muy conocido es el del Tribunal Arbitral Ad Hoc, laudo del 17 de diciembre de 1975, IV Yearbook Comm. Arb. (1979), 192 (193).

⁵² No así en Inglaterra (*Steel Authority of India Ltd. v. Hind Metals Inc.*, 1984). Véase MORSE, C. G. J. y RUBINO-SAMMARTANO, M. (eds.), «Inglaterra», *Public Policy in Transnational Relationships*, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, p. 62.

⁵³ No se requiere una conexión razonable en varias convenciones internacionales sobre asuntos relacionados al transporte. No aparece ni en los Convenios de La Haya de 1955 sobre la Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales; de 1986 sobre la Ley Aplicable a

(Véanse notas 54 y 55 en página siguiente)

La guía además aborda el reenvío o *renvoi*, o la cuestión de si la aplicación de un derecho doméstico también incluye sus disposiciones de derecho internacional privado, descrito en algún momento como el tema más ferviente y ampliamente discutido en esta disciplina⁵⁶. La guía aboga por la exclusión del reenvío, para proveer mayor certeza de cuál será el derecho aplicable, en consistencia con la Convención de México y los Principios de La Haya.

En relación con la *cesión de créditos*, la guía favorece al máximo la autonomía de la voluntad, en consistencia con los Principios de La Haya⁵⁷. Este tema, previsto en Roma I⁵⁸, no ha sido abordado en la Convención de México.

13. AUSENCIA DE ELECCIÓN DEL DERECHO

La *parte decimotercera* lidia con el problema de la *ausencia de elección del derecho*. En ese supuesto, la guía aboga por la fórmula de la *conexión más estrecha* que se encuentra en la Convención de México, y rechaza otras como la del «lugar de la ejecución» de los Tratados de Montevideo. La guía aboga por que si el juzgador encuentra que el derecho no estatal resulta más apropiado y, por tanto, tiene una conexión más estrecha con el caso que el derecho nacional, será directamente aplicado. Sobre este punto, la guía aclara un problema de interpretación relacionado a la Convención de México⁵⁹.

---

los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, ni en el Convenio de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación.

⁵⁴ HEISS, H., *op. cit.*, p. 2.

⁵⁵ Véase MORENO RODRÍGUEZ, J. A., «La Convención de México sobre el Derecho Aplicable a la Contratación Internacional», Washington D. C., Publicación de la Organización de Estados Americanos, 2006, III, D, 7. Esto, en cambio, está en concordancia con la práctica arbitral. Caso CCI núm. 4.145, de 1984 XII (1987) Yearbook Comm. Arb., 97 (101). Caso CCI núm. 4.367, de 1984, XI (1986) Yearbook Comm. Arb., 134 (139).

⁵⁶ KAHN-FREUND, O., *op. cit.*, p. 285.

⁵⁷ Los Principios de La Haya disponen, en su art. 10, 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 consistente con la Convención de la ONU sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001) (arts. 28 y 29) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (2016) (arts. 84 y 96). Convención de la ONU sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. Adoptada el 12 de diciembre de 2001, aún no entrada en vigor. Texto disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/2001Convention_receivables.html.

⁵⁸ A diferencia de Roma I, no se ocupan los Principios de La Haya de otras situaciones como la subrogación convencional y legal (arts. 14 y 15) o la compensación (art. 17), centrándose en las cesiones, que son muy frecuentes en la praxis comercial internacional.

⁵⁹ El art. 9 de la Convención de México estipula que para determinar la ley con el vínculo más estrecho se deben tomar en cuenta a «los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales». Esta fue una solución conciliatoria llegada por los negociadores de la Convención de México después de que los delegados de Estados Unidos propusieran la aplicación directa de los Principios UNIDROIT al haber ausencia de elección. Friedrich Juenger, el delegado de Estados Unidos, entendió que la fórmula acordada llevada de igual manera directamente

Con relación al arbitraje, existen diferencias en lo que concierne a la forma en la que debe determinarse el derecho aplicable en los supuestos de ausencia de una elección efectiva. La guía expone distintos enfoques del Derecho comparado: reglas de conflicto de leyes del lugar del arbitraje o de otra jurisdicción; aplicación acumulativa de las reglas de todos los Estados con conexión; aplicación de principios generales o derecho no estatal, y, cuando haya autorización, el uso de *voie directe*⁶⁰.

En este último caso, los árbitros no se encuentran obligados a hacer referencia a norma de conflicto alguna⁶¹. La elección directa no debe, sin embargo, ser vista como arbitraria, y al efecto pueden de todos modos tomarse como referencia nociones que forman parte del sistema conflictual⁶². La guía muestra cómo la Convención de México puede resultar aplicable en arbitrajes internacionales llevados a cabo en sedes dentro de las Américas. Debe considerarse que algunos Estados aceptan la *voie directe*, y que las reglas de varias instituciones arbitrales han hecho lo mismo. Ello da pie a que los árbitros apliquen la Convención de México en el uso efectivo de este poder.

14. DÉPEÇAGE

La *parte decimocuarta* de la guía se ocupa del *dépeçage*, o «fraccionamiento» del derecho, para que distintas partes del contrato puedan verse gobernadas por diversas leyes, lo que ocurre, por ejemplo, cuando un contrato de compraventa se encuentra sujeto al derecho de un país con excepción de su cláusula de garantía regida por otro régimen jurídico⁶³.

El *dépeçage* es una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, enfrentado con doctrinas de localización del siglo XIX⁶⁴. Entre los argu-

---

a los Principios Unidroit. Véase JUENGER, F. K., «The Lex Mercatoria and Private International Law», *Louisiana Law Review*, vol. 60, 2000, pp. 1133 y 1148. La relevancia de esta opinión es destacada por José Siqueiros, encargado de elaborar el borrador de la Convención de México, debido a que fue él el que propuso la solución conciliatoria. SIQUEIROS, J. L., *op. cit.*, p. 223. Con relación a una disposición similar incluida en la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado, la Corte Suprema de Venezuela señaló que la fórmula de vínculo más estrecho lleva a la *lex mercatoria*, que está compuesta por las costumbres y prácticas internacionales, *Banque Artesia Nederland, N.V. v. Corp Banca, Banco Universal CA* (Exp. 2014-000257), de 2014 (véase www.unilex.info).

⁶⁰ Véase MORENO RODRÍGUEZ, J. A., *Derecho Aplicable y Arbitraje Internacional*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2014, capítulo 3, numeral IV.

⁶¹ GAILLARD, E. y SAVAGE, J., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 1999, p. 876.

⁶² WEBSTER, T. H., *Handbook of Uncitral Arbitration, Commentary, Precedents and Materials for UNCITRAL based Arbitration Rules*, Londres, Sweet & Maxwell y Thomson Reuters, 2010, p. 515.

⁶³ Por ello, dice Wolff que en Inglaterra, antes que *proper law* del contrato, se debe hablar de *proper law* de las obligaciones contractuales, pues puede haber varios *proper laws* (WOLFF, M., *Derecho Internacional Privado*, traducción española de la segunda edición inglesa por Antonio Marín López, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 404-405).

⁶⁴ La doctrina adversa al fraccionamiento señala argumentos en contra, como la escasa ventaja ante los riesgos que entraña. Ello debido a los inconvenientes técnicos que pueden presentarse en el conocimiento y la aplicación de los distintos derechos elegidos. Se considera también que es un arma puesta en manos de la parte más fuerte en perjuicio de la más débil, al poderse manipular aspectos

mentos a favor, se sostiene que el fraccionamiento constituye un instrumento a disposición de las partes para una mejor regulación de sus intereses, si así lo estiman conveniente. El *dépeçage* cumple la voluntad de las partes, y para impedir que sea una herramienta contra un contratante débil, se encuentran las normas imperativas o de orden público⁶⁵.

Hay dos procederes posibles con respecto al fraccionamiento. Uno, las partes pueden elegir una o diferentes leyes para gobernar sus contratos, según lo aceptan ciertas codificaciones domésticas, como, por ejemplo, el art. 3111(3) del Código Civil de Québec (1991) y el art. 1210(4) del Código Civil ruso. Dos, puede también haber una selección parcial del derecho aplicable, dejándose que el derecho aplicable al resto de las obligaciones contractuales sea determinado objetivamente. El Reglamento Roma I expresamente permite esta elección parcial, especificando que las partes pueden elegir el derecho aplicable a parte del contrato solamente [art. 3(1)3]⁶⁶. En esta línea se inscribe la Convención de México de 1994⁶⁷, como así también los Principios de La Haya en su art. 2.2.

La guía aboga por que los regímenes domésticos sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales admitan el fraccionamiento del derecho. Es más, los juzgadores que cuenten con discreción en su labor interpretativa se encuentran alentados a admitir el *dépeçage* cuando así lo estimen pertinente, observando por supuesto —en su caso— las restricciones de orden público que excepcionalmente pudieran resultar aplicables⁶⁸.

15. FÓRMULA DE INTERPRETACIÓN FLEXIBLE

La *parte decimoquinta* se refiere a la *flexibilidad en la interpretación de los contratos internacionales* para mitigar la aplicación dura y estricta del derecho.

---

del derecho aplicable que puedan favorecer a aquella. GRANDINO RODAS, J., «Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente As Obrigações Contratuais», *Contratos Internacionais*, 3.^a ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

⁶⁵ SANTOS BELANDRO, R., *op. cit.*, pp. 100-102. Además, refiere Grandino Rodas que hasta quienes se muestran contrarios al fraccionamiento deben admitir que cuestiones como las relativas a la forma del contrato y la capacidad pueden regirse por otros derechos. GRANDINO RODAS, J., «Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente As Obrigações Contratuais», *Contratos Internacionais*, 3.^a ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

⁶⁶ http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01s.pdf. Dicho convenio prevé que «las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato».

⁶⁷ El fraccionamiento —resalta Herbert— podría parecer una herejía en el esquema de los Tratados de Montevideo antes imperantes en la región en la materia. Véase HERBERT, R., «La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales», *RUDIP*, vol. 1, 1994, p. 91.

⁶⁸ SANTOS BELANDRO, R., *op. cit.*, p. 104. La relación del *dépeçage* con las normas imperativas es delicada. Una posición aboga porque se pueda, a través del fraccionamiento, evitarse la aplicación de disposiciones imperativas del derecho que hubiera resultado aplicable (*lex causae*). Esto —resalta Visser— llevaría al «contrato sin ley», es decir, al margen de todo control estatal, aunque proponentes de la doctrina, como Boggiano, lo nieguen. La posición prevaleciente es que el control último de límites del *dépeçage* es considerado prerrogativa del foro juzgador. El fraccionamiento sería admitido entonces solo si las partes del contrato pueden ser separadas y tratadas independientemente, y aceptarlo implica admitir que los contratantes tienen autoridad para evitar reglas imperativas, en tanto no exista interés público del Estado del foro concernido. Véase VISHER, *op. cit.*, pp. 140-142.

Las partes en un contrato internacional deberían esperar que el derecho doméstico sea aplicado desde una óptica cosmopolita ampliada, o acorde con los usos internacionales establecidos⁶⁹, teniendo presente la necesidad de acomodar factores peculiares a transacciones con elementos foráneos. Hasta los derechos nacionales contienen normas correctivas que pueden resultar formidables. Ellas derivan de principios contenidos en las Constituciones Nacionales o en los tratados relativos a derechos humanos, por ejemplo, que los tribunales tienen tanto el deber como la autoridad para aplicar⁷⁰. Por lo demás, los derechos domésticos son recurrentemente sujetos a una construcción comparativa. Debe tenerse presente que los diferentes sistemas jurídicos tienen fórmulas abiertas otorgando grandes poderes a los juzgadores, como buena fe, *force majeure* y *hardship*. El Derecho comparado demostró constituir una herramienta muy útil para lidiar con estas figuras⁷¹.

La construcción comparativa se impone firmemente en la contratación internacional cuando hay razones adicionales. Como bien se ha dicho, es imposible disociar el derecho y el lenguaje de su expresión. Por ejemplo, los términos *consideration*, *implied terms*, *misrepresentation* o *frustration*⁷² requieren evidentemente de una interpretación ampliada (cosmopolita) cuando una de las partes no proviene de la tradición del *common law*. Por lo demás, cuando las partes eligen el derecho de un tercer país lo hacen principalmente en la búsqueda de una solución neutral, pero raramente con un conocimiento a fondo de su contenido. Las sutilezas de sus reglas, destiladas por la jurisprudencia, pueden sorprenderlas⁷³. Para la aplicación de derechos nacionales debería, en definitiva, atenderse a las legítimas expectativas de las partes, lo que, con flexibilidad, debe ser sopesado en cada caso⁷⁴.

⁶⁹ Goode habla del «*broader-brush*» (que significa literalmente «brocha más amplia») en su artículo con el significativo título: «The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration», *Arbitration International*, vol. 8, 1992. Dice allí que cuando las partes eligen el derecho aplicable, razonablemente esperan que el árbitro vaya a tener en cuenta el carácter internacional de la transacción. Una transacción internacional no es lo mismo que una doméstica, y uno puede razonablemente suponer que cuando se invoca un derecho nacional se pretende que sea aplicado con un «*broader-brush*» y un ojo a usos internacionales y los deseos de acomodar factores particulares que son peculiares a transacciones en las que se presenten elementos foráneos. Esto comparten varios otros juristas internacionales.

⁷⁰ PAULSON, J., *The Idea of Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 232.

⁷¹ BRUNNER, C., *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2008, pp. 30-32.

⁷² DERAIS, Y., «The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 6, 1995, núm. 1, p. 6.

⁷³ BORTOLOTTI, F., *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, *International Chamber of Commerce (ICC)*, DOSSIERS ICC Institute of World Business Law, París, 2014, p. 8.

⁷⁴ Si una parte eligió un derecho nacional por la razón de que quiere una solución rígida para una cuestión específica, se puede hacer mención de ello, excluyéndose cualquier recurso a consideraciones de otros derechos o del derecho transnacional. Por lo demás, el propio derecho nacional puede dar lugar a una construcción comparativa, tal como ocurre de manera recurrente en el Derecho comparado. Debe tenerse en cuenta también que los distintos sistemas contienen fórmulas abiertas que dan amplias facultades al juez, como las de fuerza mayor e imprevisión. Aquí es que los principios generales del Derecho comparado adquieren particular fuerza. BRUNNER, C., *op. cit.*, pp. 30-32.

En las Américas, una fórmula flexible viene siendo aceptada por varios años a través del art. 9 de la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado* de 1979, ratificada por varios países de la región⁷⁵. La Convención de México también contiene una fórmula flexible para determinar el derecho aplicable⁷⁶.

En el mundo del arbitraje, el art. 28(4) de la Ley Modelo de la CNUDMI, copiada en varias regulaciones de arbitraje en las Américas⁷⁷, incluye asimismo una fórmula flexible⁷⁸. La aplicación de esta regla no depende de la voluntad de las partes, sino que prevalece por sobre lo que determinen las reglas de conflicto⁷⁹. Se otorga así un amplio margen de decisión al tribunal

⁷⁵ Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Paraguay, Ecuador, México, Perú, Uruguay y Venezuela. Véase <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>. El art. 9 de esta Convención dispone lo siguiente: «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». Herbert y Fresnedo de Aguirre han señalado que este artículo se basa en las doctrinas americanas de Currie (de intereses de gobierno) y Cavers (de soluciones equitativas), en contraposición al sistema abstracto y automático que existía en Latinoamérica. La adopción de estas doctrinas tiene el mérito de permitir un campo interpretativo amplio para relajar al criterio rígido del continente hasta ese entonces [véase FRESNEDO DE AGUIRRE, C. y HERBERT, R., «Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano», en KLEINHEISTERKAMP, J. y LORENZO IDIARTE, G. A. (coords.), *op. cit.*, p. 57. Véase también HERBERT, R., «La Convención Interamericana...», *op. cit.*, pp. 89-90].

⁷⁶ La Convención provee en su art. 10 lo siguiente: «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». Aunque la redacción análoga del mencionado art. 9 ha sido sugerida por juristas del *common law*, el art. 10 de la Convención de México fue sugerido por Gonzalo Parra Aranguren, Presidente de la delegación venezolana, proviniendo el mismo de una tradición civilista. Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, OAS Doc. 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», *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, Caracas, pp. 219-220.

⁷⁷ Así, los arts. 54 y 73 de la Ley 1770 sobre Arbitraje y Conciliación de Bolivia; art. 22 del Decreto ley 7727 de 1997 que crea la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica; art. 28.4 de la Ley 19.971 de 2004 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile; art. 36.3 del Decreto ley 67-95 que crea la Ley de Arbitraje de Guatemala; art. 54 de la Ley 540 de 2005 «De Mediación y Arbitraje» de Nicaragua; arts. 26, 27 y 43.3 del Decreto ley núm. 5, de 8 de julio de 1999, «por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje de la Conciliación y de la Mediación» de Panamá; art. 57.4 del Decreto Legislativo 1071 de 2008 que establece la «Ley de Arbitraje» de Perú; art. 32 de la Ley 1879 de 2002 de «Arbitraje y Mediación» del Paraguay; art. 33.4 de la Ley 489-08 sobre Arbitraje Comercial de República Dominicana; art. 8 de la Ley sobre Arbitraje Comercial de 1998 de Venezuela, etcétera.

⁷⁸ Ya el Convenio Europeo de Arbitraje Comercial Internacional de 1961 preveía en su art. VII que en todos los casos los árbitros deben tomar en consideración los «términos del contrato y los usos de comercio». La solución fue originalmente incluida en la Convención Europea sobre Arbitraje de 1961 (art. VII), y calificada por un árbitro renombrado como uno de los logros más significativos del siglo XX, liberando al arbitraje de percepciones locales. BLESSING, M., «Choice of Substantive Law in International Arbitration», *Journal of International Commercial Arbitration*, vol. 14, 1997, núm. 2, p. 54. Fueron, en su momento, soluciones de avanzada. KRÖLL, S. M., «The European Convention on International Commercial Arbitration - The Tale of a Sleeping Beauty», *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2013, p. 9.

⁷⁹ En las deliberaciones del grupo de trabajo que elaboró esta norma quedó en claro que *en todos los casos* el tribunal arbitral tendrá en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles apli-

arbitral en la resolución de los casos en particular, «divorciándolo» de un sistema nacional específico⁸⁰. Igual fórmula surge del art. 35 del Reglamento de la UNCITRAL de 2010 que sigue, con algunas variantes, la solución de la ley modelo⁸¹. En la misma línea, el art. 21 del Reglamento arbitral de la Cámara de Comercio Internacional prevé que «en todos los casos el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta la previsión contractual y todo uso relevante de comercio»⁸². Cuando esta fórmula fue originalmente adoptada en 1975, el entonces vicepresidente de la Corte, Jean Robert, dijo: «Es legítimo pensar aquí que esa fórmula abre camino a una forma de arbitraje más o menos libre, en el futuro, de constreñimientos legalísticos»⁸³.

De allí la sabiduría de la fórmula flexible, que la guía de la OEA aboga no solo para los arbitrajes, sino en general, en línea también con otros instrumentos emanados de ella, ya referidos, como la propia Convención de México.

16. ALCANCE DEL DERECHO APLICABLE

La *parte decimosexta* de la guía se refiere al *alcance del derecho aplicable*, es decir, a los aspectos que serán rígidos por el mismo. La Convención de México y los Principios de La Haya proveen —en un lenguaje ligeramente distinto entre ellos— que el derecho aplicable al contrato gobernará su interpretación y delimitará los derechos y las obligaciones de las partes, el cumplimiento del contrato y las consecuencias del incumplimiento, la nulidad o la invalidez. Los Principios de La Haya agregan dos temas adicionales: la carga de la prueba y las obligaciones precontractuales.

---

cables al caso. Notas Explicativas del secretario general de la UNCITRAL en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, en JENKINS, J. y STEBBINGS, J., *International Construction Arbitration Law*, La Haya, Kluwer Law International, 2006, pp. 390-404.

⁸⁰ Informe del secretario general del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL A/CN.9/97, abril de 1973. Esta fórmula de la ley modelo a su vez se había basado en el art. 33(3) del Reglamento de UNCITRAL de 1976. Al respecto, Sanders, quien con prominencia había trabajado en la elaboración de estas reglas, expresa: «El art. 33. El párr. (3) es muy claro y establece que “en todos los casos”, el tribunal decidirá, de acuerdo con los términos del contrato, y tendrá en cuenta los usos del comercio: “El párr. 3 establece una distinción. La decisión debe ser ‘con arreglo’ a las estipulaciones del contrato, mientras que los usos comerciales deben ‘tenerse en cuenta’. Esta distinción, después de largas discusiones, se hizo a propósito. Subraya la importancia del contrato y de las disposiciones estipuladas en el mismo. Si el contrato es claro, los usos comerciales no pueden justificar una desviación de él. El contrato ocupa el primer lugar. Esto, en mi experiencia, corresponde con la práctica del arbitraje”» (SANDERS, P., «Commentary On the UNCITRAL Arbitration Rules», *Yearbook Commercial Arbitration 1977*, vol. II, 1977, pp. 210-211).

⁸¹ Se lee en la documentación preparatoria de UNCITRAL que el párrafo (3) del art. 35 fue enmendado para asegurar una más amplia aplicabilidad de las reglas en situaciones donde el contrato no era necesariamente la base de la disputa, al utilizarse las palabras «de haberlo» en relación al «contrato» y «cualquier» en relación con los usos mercantiles. Debe considerarse que pueden no existir discusiones en torno a un contrato como, por ejemplo, en las disputas entre inversores y Estados. Véase www.uncitral.org, documento A/CM.9/641.

⁸² Véase http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article_19.

⁸³ Véase CRAIG, L., PARK, W. y PAULSON, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3.^a ed., Nueva York-Londres-Roma, Oceana Publications, 2000, p. 331.

En virtud de su inclusión, estos aspectos deben ser considerados como «contractuales», cosa que no es necesariamente así en los distintos sistemas jurídicos. La especificación de estos aspectos como sujetos de ser gobernados por el derecho aplicable al contrato reduce la probabilidad de que sean clasificados de otra manera como extracontractuales, con lo que se alienta la uniformidad de resultados. La guía aboga por que estos asuntos sean abordados por los regímenes domésticos relativos a los contratos comerciales internacionales.

17. ORDEN PÚBLICO

La parte *decimoséptima* de la guía lidia con el *orden público* (*ordre public*). Esta noción altamente discutida carece de consenso en relación con los varios términos usados para referirse a ella y su relevancia y aplicabilidad. También, existe ciertamente una falta de comunicación efectiva entre académicos y abogados practicantes⁸⁴. Es más, este asunto, de por sí oscuro, se vuelve aún más opaco debido a la imprecisión, diversidad y confusión del vocabulario utilizado⁸⁵.

En línea con los Principios de La Haya y la Convención de México, la guía intenta aclarar este desorden y simplificar su terminología. Aborda las dos facetas del orden público en el contexto internacional. Una comprende a las *normas imperativas* del foro que deben ser aplicadas sin importar lo que digan las normas de conflicto de leyes. La otra excluye la aplicación del derecho indicado en la norma de conflicto de leyes si el resultado sería *manifestamente incompatible* con el orden público del foro.

En su *primera faceta*, el orden público se encuentra manifestado a través de *normas imperativas* aplicadas directamente al caso internacional, sin consideración de las reglas de conflicto de leyes que podrían apuntar a una solución distinta. Muchos Estados tienen este tipo de disposiciones que, funcionando como *espada*, son aplicadas directamente a cuestiones transfronterizas, sin atender la intención de las partes o cualquier otra norma de conflicto de leyes. En su *segunda faceta*, el orden público sirve como *barrera* o *escudo* que impide la aplicación de derecho que hubiera sido de otra manera aplicable bajo las normas de conflicto de leyes.

En el arbitraje también resulta altamente controversial el orden público. Debido al carácter deambulatorio del arbitraje, y a que los árbitros no son jueces u oficiales estatales, no se puede hablar en este ámbito de un derecho nacional del foro (o *lex fori*). La *lex fori* contiene disposiciones de Dere-

⁸⁴ MISTELIS, L. A., «Mandatory Rules in International Arbitration - Too Much Too Early or Too Little Too Late?», en BERMANN, G. A. y MISTELIS, L. A. (eds.), *Mandatory Rules in International Arbitration*, Nueva York, Juris, 2010, p. 291.

⁸⁵ LALIVE, P., *Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration, Commentary - Full Section*, ICCA Congress Series, Nueva York, 1986, núm. 3, después de nota 3.

cho internacional privadas relacionadas, por ejemplo, a clasificación, a factores de conexión y al orden público⁸⁶.

El orden público como causal de denegación de reconocimiento o de ejecución de resoluciones o laudos extranjeros se encuentra proveído en el art. V(2) de la Convención de Nueva York y en el art. 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI. Sobre el punto, la interpretación tiende a ser bastante restringida. En varios Estados, la política de los jueces es la de dar el máximo efecto posible al laudo arbitral en lugar de proveer incentivos para que siga el litigio en los tribunales estatales.

La guía nota que la cuestión de orden público en el arbitraje fue uno de los asuntos «más sensibles» tratados en la elaboración de los Principios de La Haya. Los Principios no «confieren ningún poder adicional a tribunales arbitrales» y no «intentan dar a tribunales una ilimitada y libre discreción» a apartarse del derecho en principio aplicable. Al contrario, los tribunales pueden ser requeridos a tener en cuenta el orden público y las normas imperativas, y, cuando sea apropiado, determinar la necesidad de que las mismas prevalezcan en el caso específico.

18. EXISTENCIA DE OTRAS CONVENCIONES O ESTADOS CON MÁS DE UN SISTEMA JURÍDICO

Finalmente, la *parte decimoctava* de la guía aborda otras cuestiones como las relacionadas con la *existencia de otras convenciones* o de *Estados que tengan más de un sistema jurídico o unidades territoriales*. Aboga por que los Estados con más de un sistema jurídico o diferentes unidades territoriales consideren las soluciones de la Convención de México (art. 22) y de los Principios de La Haya (art. 1.2), con lo cual cualquier referencia al derecho del Estado puede interpretarse como alusiva al derecho vigente en la unidad territorial, según sea aplicable.

19. CONCLUSIÓN

La nueva guía de la OEA augura un futuro esperanzador para el hoy —en muchas partes— caótico escenario del derecho aplicable a la contratación internacional en las Américas. Más que eso, el instrumento, que aborda mayormente problemas de tinte conflictual, puede erigirse en un «caballo de Troya» que potencie exponencialmente la adopción de soluciones de derecho uniforme apropiadas, ofrecidas por el Derecho comparado. La guía favorece ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad —incluso para la aplicación del derecho no estatal, vía por la que las partes pueden adoptar

---

⁸⁶ DERAIS, Y., «Possible Conflict of Laws Rules and the Rules Applicable to the Substance of the Dispute», en SANDERS, P. (ed.), *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, ICCA Congress Series, vol. 2, Lausana, Kluwer Law International, 1984, pp. 175-176.

voluntariamente instrumentos de derecho uniforme—, por un lado. Y, por el otro lado, la guía muestra los caminos para la aplicación del derecho uniforme, tanto en el contexto judicial como en el arbitral, cuando no existe selección del derecho. Así también, el instrumento resalta —y aplaude si cabe la expresión— el potencial armonizador de las técnicas interpretativas del derecho doméstico a la luz del derecho uniforme.

«El sueño del comparatista». La guía, a no dudarlo, reafirma que las Américas bien se merecen este calificativo.

RESUMEN

LA NUEVA GUÍA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS Y EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (PARTE II)

El presente trabajo aborda los aspectos específicos de la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales en las Américas aprobada por la Organización de Estados Americanos (OEA) en febrero de 2019. Se analizan la estructura de este relevante texto, su contexto, su vinculación con el derecho uniforme, la función de la autonomía de la voluntad mediante elección expresa (incluyendo la validez formal) y tácita, el *pactum de lege utenda*, la separabilidad del acuerdo de elección en caso de nulidad del contrato, el derecho aplicable en ausencia de elección, el *dépeçage*, la interpretación flexible, el ámbito del derecho aplicable, el orden público, la existencia de otros convenios y los Estados plurilegislativos.

Palabras clave: Organización de Estados Americanos, derecho aplicable, contratos internacionales.

ABSTRACT

THE NEW ORGANIZATION OF AMERICAN STATES GUIDE AND THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL CONTRACTS (PART II)

This paper addresses the specific issues of the Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas approved by the Organization of American States (OAS) in February 2019. The paper analyses the structure of this relevant text, its relations with uniform law, the role of parties autonomy through express (including formal validity) and tacit choice, the *pactum de lege utenda*, the separability of the choice agreement in case of invalidity of the contract, the applicable law in the absence of choice, the *dépeçage*, the flexible interpretation, the scope of the applicable law, the *ordre public*, the existence of other conventions and the States with more than one legal system.

Keywords: Organization of American States, applicable law, international contracts.