

La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y la ley aplicable al arbitraje comercial internacional: comentarios sobre tres supuestos comunes

Franco FERRARI *

Sumario: I. La aplicabilidad de la CNUCCIM como parte de la ley elegida expresamente por las partes. II. La CNUCCIM se aplica cuando los requisitos del art. 1.1º.a) se cumplen y la CNUCCIM no ha sido excluida por las partes. III. La aplicabilidad de la CNUCCIM en ausencia de elección de ley aplicable y el “enfoque directo” para determinar las normas sustantivas aplicables. IV. La aplicabilidad de la CNUCCIM en ausencia de elección de ley aplicable: el “enfoque indirecto”.

Resumen: La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y la ley aplicable al arbitraje comercial internacional: comentarios sobre tres supuestos comunes

Este artículo examina la aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en procedimientos arbitrales. El punto de partida para este análisis lo constituyen tres supuestos que reflejan situaciones que frecuentemente surgen en el ámbito del arbitraje. Al hilo de la discusión sobre la aplicabilidad de la CNUCCIM a estas situaciones, este artículo trata también temas más generales, como el efecto de las reservas en el ámbito arbitral y la manera en que los tribunales arbitrales identifican la ley aplicable al fondo del asunto.

Palabras clave: CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS – APLICABILIDAD – LEY APLICABLE AL FONDO DEL ASUNTO – ENFOQUE DIRECTO – ENFOQUE INDIRECTO.

Abstract: *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Applicable Law in International Commercial Arbitration: Comments on three Common Assumptions*

* Professor of Law, Director, Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, New York University School of Law.

This paper examines the applicability of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods in arbitral proceedings. The starting point of the analysis is constituted by three hypotheticals reflecting situations that often come up in an arbitral setting. In the context of the discussion of the applicability of the CISG to these situations, the paper also addresses issue of a more general nature, such as the effect of reservations in arbitral settings as well as how arbitral tribunals identify the law applicable to the merits

KEY WORDS: UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS – APPLICABILITY – LAW APPLICABLE TO THE MERITS – VOIE DIRECTE, VOIE INDIRECTE.

I. La aplicabilidad de la CNUCCIM como parte de la ley elegida expresamente por las partes

Es comúnmente sabido que muchos contratos que incluyen un acuerdo de arbitraje también especifican la ley aplicable a cuestiones sustantivas del propio contrato¹. Cuando han negociado el tipo de foro apropiado, es probable que las partes hayan considerado también la cuestión de la ley aplicable, especialmente cuando las partes han empleado cláusulas arbitrales recomendadas, como la de la LCIA², la cual sugiere también incluir específicamente en el contrato una cláusula de elección de ley aplicable³. Es por ello que el primer supuesto a tratar se refiere a las disputas que surgen de contratos internacionales de compraventa entre partes con establecimientos en diferentes Estados Contratantes y que incluyen una cláusula de elección de la ley aplicable estableciendo que: “Este contrato se regirá por las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América”.

En la opinión de este autor, la CNUCCIM aplica a disputas que surgen de contratos que contienen una cláusula de elección de ley aplicable similar, sin importar el enfoque que uno adopte sobre la cuestión

¹ Vid. Berger/Kellerhals, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, 2006, p. 449; Brunet/Johnson, “Substantive Fairness in Securities Arbitration”, *University of Cincinnati L. Rev.*, 76, 2008, pp. 459, 464–465; Croff, “The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem?”, *International Lawyer*, 16, 1982, pp. 613, 615; Derains/Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2ª ed., 2005, p. 234.

² LCIA, Cláusulas Arbitrales Recomendadas, disponible en <<http://www.lcia-arbitration.com>> (visitado por última vez el 17 marzo 2015) (recomendando una cláusula arbitral modelo que también especifica que “[l]a ley que regirá el contrato será la ley sustantiva de [una jurisdicción en concreto]”).

³ Para esta conclusión, *vid.* también, Silberman/Ferrari, “Getting to the law applicable of the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong”, en *Conflict of Laws in Int'l Arb.*, (F. Ferrari/S. Kröll, eds.), 2011, pp. 257, 260.

de cómo los tribunales arbitrales deben tratar en general el tema de la aplicabilidad de los tratados de Derecho sustantivo uniforme como la CNUCCIM.

Conforme a otros autores, la razón por la que los tribunales arbitrales tiene que aplicar la CNUCCIM en casos como el presente, en el que las partes han elegido que la ley de un Estado Contratante de la CNUCCIM aplique a su contrato, está ligado a la autonomía que las normas aplicables conceden a las partes para determinar la ley aplicable al fondo de la disputa, y ello independientemente de si los requisitos de aplicabilidad de la CNUCCIM *stricto sensu* (establecidos en los arts. 1.1^o.a) y 1.1^o.b) CNUCCIM) se cumplen y de si la sede del arbitraje está situada en un Estado Contratante. Cuando las normas aplicables permiten a las partes elegir la ley (o las normas jurídicas) aplicables al fondo de la disputa, como así lo permiten tanto la mayoría de los reglamentos de arbitraje como las normas domésticas sobre arbitraje internacional⁴, como es el caso cuando siguen la Ley Modelo de la CNUDMI, y las partes han acordado aplicar la ley de un Estado Contratante de la CNUCCIM, la CNUCCIM se aplica como parte de la ley elegida.

La solución referida ha sido habitualmente defendida por la doctrina. En 2013, varios autores propugnaban esta solución cuando afirmaban que “[e]n procedimientos de arbitraje, si las partes de un contrato internacional de compraventa eligen la ley de un estado contratante de la CNUCCIM como la ley aplicable (y no la Convención directamente), el tribunal arbitral aplicará la CNUCCIM como parte integral de la ley del estado de la misma manera que un tribunal nacional”⁵. Ese mismo año, otro autor afirmó que “la elección de la ley de un Estado Contratante de la Convención de Viena [sobre Compraventa] equivale a la elección de la Convención por las partes en cuanto a las materias regidas por la Convención, y a la elección del Derecho interno en materias excluidas del ámbito de aplicación de la Conven-

⁴ Vid. Audit, “Choice of the Applicable Law by the Parties”, en *The Application of Substantive Law by International Arbitrators* (Bortolotti/Mayer, eds.), 2014, pp. 10, 10–11; Born, *International Commercial Arbitration*, 2^a ed., 2014, pp. 2621 y 2625; Fouchard et al., *International Commercial Arbitration* ¶ 1421 (Gaillard/Savage eds.), 1999; Webster, *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, 2010, pp. 511 ss..

⁵ Janssen/Spilker, “The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2013, pp. 131, 136.

ción”⁶. No solo eso, sino que ese mismo autor fue más allá y afirmó que “[l]a doctrina es unánime en este punto”⁷.

A la luz de esta última cita, resulta sorprendente que haya muchos otros autores que sostengan que en el ámbito del arbitraje, como en el ámbito de los tribunales estatales, “[l]a elección de la ley de un Estado Contratante conlleva la aplicación de la CNUCCIM [...]. La CNUCCIM se aplica porque (i) forma parte de la ley elegida por las partes y (ii) sustituye al Derecho doméstico sobre compraventa”⁸. Los tribunales estatales⁹ y arbitrales¹⁰, también han sostenido que la elección de la

⁶ De Aguilar Viera, “La Convention de Vienne et l’arbitrage: Perspectives en droit brésilien”, *Unif. L. Rev.*, 2013, pp. 606, 616.

⁷ *Ibid.*

⁸ Schmidt-Ahrendts, “CISG and Arbitration”, *Annals of the Faculty of Law – Belgrade Law Review*, 2011, pp. 211, 215; *vid.* también, Petrochilos, *Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention*, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/petrochilos.html>>.

⁹ *Vid.*, *inter alia*, Tribunal Supremo Alemán, 11 mayo 2010, disponible en <<http://www.globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/2125.pdf>> (aplicando la CNUCCIM debido a la elección de ley alemana en un contrato entre una parte alemana y una inglesa); Hof Beroep Gent, 17 mayo 2002, disponible en <<http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/2002-05-17.htm>> (aplicando la CNUCCIM debido a la elección de ley francesa como ley aplicable); Tribunal Supremo Francés, 17 diciembre 1996, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961217f1.html>> (anulando la decisión del tribunal de apelación de no aplicar la CNUCCIM a un contrato celebrado entre un vendedor francés y un comprador irlandés que incluía una cláusula de elección de ley en favor de la ley de un Estado Contratante); Landgericht Kassel, 15 febrero 1996, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960215g1.html>> (la elección de ley alemana conllevó la aplicación de la CNUCCIM); Rechtbank s’Gravenhage, 7 junio 1995, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950607n1.html>> (aplicando la CNUCCIM debido a una elección de la ley belga como ley aplicable al contrato); Oberlandesgericht Köln, 22 febrero 1994, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940222g1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato celebrado entre un vendedor belga y un comprador alemán en virtud de la elección de las partes en favor de la ley alemana como la ley aplicable y, por tanto, la ley de un Estado Contratante); Oberlandesgericht Düsseldorf, 8 enero 1993, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930108g1.html>> (aplicando la CNUCCIM –en virtud de la elección de ley alemana– a un contrato celebrado entre un vendedor turco y un comprador alemán en un momento en el que Alemania era un Estado Contratante pero Turquía no).

¹⁰ *Vid.*, *v.gr.*, Corte de Arbitraje para el Comercio Internacional Adjunta a la Cámara de Comercio Serbia en Belgrado, Laudo Arbitral de 6 mayo 2010, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100506sb.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre una parte con su establecimiento en Serbia y una parte con su establecimiento en Bosnia y Herzegovina debido a la elección de “la ley de la República de Serbia”); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 12173 (laudo parcial), disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/0412173i1.html>> (aplicando la CNUCCIM debido a un acuerdo en favor de la aplicación de la ley suiza al contrato); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 12097, resumen disponible en <<http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=cas&id=1434&step=Abstract>> (aplicando la CNUCCIM en virtud de una elección de “la

ley de un Estado Contratante conlleva la aplicabilidad de la CNUCCIM como parte de la ley de ese Estado¹¹.

Lo que se acaba de decir es cierto incluso cuando la ley elegida, como en el supuesto presente, es la de un Estado que no ha realizado una reserva de las contempladas en el art. 95, conforme a la cual el Estado “no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1) del art. 1 de la presente Convención”, dado que la reserva únicamente vincula a los tribunales del Estado que la realiza, como se ha señalado frecuentemente¹². En efecto, “una declaración de las contempladas en el art. 95 CNUCCIM no tiene efecto *erga omnes*, ni debe ser tomada en cuenta por los tribunales de otros Estados cuando aplican el art. 1.1º.b) CNUCCIM –la relevancia de la reserva contemplada en el art. 95 CNUCCIM, en resumen, se limita exclusivamente al Estado que

legislación de Suecia y lo estándares generalmente aceptados del comercio internacional” a un contrato entre una parte de Finlandia y una parte de Francia); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 11333, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021333i1.html>> (aplicando la CNUCCIM debido a la elección de la ley francesa como aplicable a un contrato entre una parte alemana y una parte canadiense); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 9187, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=466&step=FullText>> (aplicación de la CNUCCIM debido a la elección de las partes de la ley suiza como la ley aplicable a su contrato); Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21 marzo 1996, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato celebrado entre un comprador alemán y un vendedor de Hong Kong en virtud de la elección de la ley alemana como la ley aplicable al contrato); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 8324, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato de compraventa en virtud de la elección de la ley francesa, Estado Contratante, como la ley aplicable); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7565, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947565i1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre una parte belga y una americana debido a la elección de “las leyes de Suiza” como ley aplicable); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 6653, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html>> (aplicación de la CNUCCIM sobre la base de que las partes habían elegido la ley francesa como la ley aplicable a un contrato entre una parte alemana y una siria).

¹¹ Vid. también Ferrari, *Contracts for the International Sale of Goods*, 2ª ed., 2012, pp. 78–79.

¹² Vid. G. Bell, “Why Singapore Should Withdraw Its Reservation to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, *Singapore Yearb. Int'l. L.*, 2005, pp. 55, 62–65; Czwerwenka, “Anwendung des Einheitlichen Kaufgesetzes zwischen deutschen und englischen Parteien”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1986, pp. 293, 294; Ferrari, en *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG Art. 1 ¶ 78* (Ingeborg Schwenzer, ed., 6ª ed., 2013); Piltz, *Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung*, 2ª ed., 2008, p. 58; Torsello, “Reservations to international uniform commercial law Conventions”, *Unif. L. Rev.*, 2000, pp. 85, 108–109; *contra* Benicke, en 3 *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Art. 1 CISG ¶ 3ª ed.*, 2013, p. 39.

realiza la reserva—¹³. Ciertamente, como se ha afirmado a menudo, no hay por ejemplo ninguna obligación de Derecho internacional público que obligue a tener en cuenta la reserva a los tribunales de los Estados Contratantes que no la han realizado¹⁴. Más aún, y de mayor importancia para el supuesto que nos ocupa, la reserva del art. 95 tampoco vincula a los tribunales arbitrales¹⁵, requiriendo por tanto la aplicación de la CNUCCIM incluso cuando la ley elegida por las partes, como en el supuesto en cuestión, es la de un Estado Contratante que no ha realizado la reserva del art. 95.

En la situación que nos ocupa, el resultado no habría sido diferente incluso si el Tribunal Arbitral tuviese en cuenta la reserva del art. 95 realizada por los EE UU¹⁶. En efecto, como la jurisprudencia muestra claramente, incluida la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos¹⁷, *v.gr.*, los asuntos *It's Intoxicating, Inc., Plaintiff, v. Maritim*

¹³ Schroeter, “Backbone or Backyard of the Convention? The CISG’s Final Provisions”, en *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday* (Camilla B. Andersen/Ulrich G. Schroeter eds.), 2008, pp. 425, 447; *vid.* también, CISG-AC Opinion No. 15, *Reservations under Articles 95 and 96 CISG* (Rapporteur: Schroeter), disponible en <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op15.html>>.

¹⁴ *Vid.* Kindler, “Die Anwendungsvoraussetzungen des Wiener Kaufrechtsübereinkommens der Vereinten Nationen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1988, pp. 776, 778; Ferrari, *La vendita internazionale*, 2ª ed., 2006, p. 106; Ferrari, “Short notes on the impact of the Article 95 reservation on the occasion of Prime Start Ltd. v. Maher Forest Products Ltd. et al., 17 julio 2006”, *Internationales Handelsrecht*, 2006, pp. 248, 251; Mankowski, en *Internationales Vertragsrecht* Art. 95 CISG (Franco Ferrari et al. eds., 2ª ed.), 2012, ¶ 10.

¹⁵ *Vid.* Mayer, “L’application par l’arbitre des conventions internationales de droit privé”, en *L’internationalisation du droit: Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn*, 1994, pp. 275, 282; Petrochilos, *supra* nota 8.

¹⁶ Para una conclusión similar, aunque en un contexto diferente, es decir, al discutir los efectos de la reserva del art. 95 sobre los tribunales arbitrales en ausencia de una elección de ley aplicable por las partes, Janssen/Spilker, *supra* nota 5, en 142.

¹⁷ Para casos similares al que nos ocupa, en el que los tribunales han aplicado la CNUCCIM a un contrato en el cual ambas partes tenían sus establecimientos en Estado Contratantes de la CNUCCIM y el contrato incluía una cláusula de elección de ley en favor de las leyes de un Estado de EE UU. En contra *vid.* *American Biophysics v. Dubois Marine Specialties, a/k/a Dubois Motor Sports*, U.S. Dist. Ct. (R.I.) 30 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060130u1.html>> (descartando la aplicación de la CNUCCIM a la luz de una elección de ley aplicable en favor de “las leyes del Estado de Rhode Island”), para una correcta crítica de esta sentencia, *Vid.* Hollman, “§ 1301 Form 4. Clause selecting applicable law—Opt out election from the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, en *West’s California Code Forms with Commentaries*, 3ª ed., 2013; Johnson, “Understanding Exclusion of the CISG: A new Paradigm of Determining Party Intent”, *Buffalo L. Rev.*, 59, 2011, pp. 213, 215.

*Hotelgesellschaft mbH and Daniela Zimmer*¹⁸, *Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*¹⁹, *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.*²⁰, *Valero Marketing & Supply Co. v. Greeni Oy*²¹ o *Asante Techs., Inc. v. PMC-Sierra, Inc.*²², los tribunales del país cuya ley ha sido elegida aplicarían la CNUCCIM en el supuesto presente, puesto que las partes en disputa tenían, en el momento de la celebración del contrato, su establecimiento pertinente en (distintos) Estados Contratantes de la CNUCCIM, haciendo por tanto que la reserva del art. 95 devenga irrelevante. En efecto, como se ha señalado²³, incluso en los tribunales de los Estados que hayan realizado la reserva del art. 95²⁴ la CNUCCIM

¹⁸ U.S. Dist. Ct. (M.D. Penn.), 13 julio 2013, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/130731u1.html>> (aplicación de la CNUCCIM a un contrato entre partes las cuales ambas tienen su establecimiento en Estados Contratantes de la CNUCCIM, incluso a pesar de que el contrato contenía una cláusula estableciendo que se regiría por “la ley del Estado de Pensilvania”)

¹⁹ U.S. Dist. Ct. (Minn.), 31 enero 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>> (aplicación de la CNUCCIM por un tribunal federal de Estados Unidos a un contrato celebrado entre partes que estaban situadas ambas en Estados Contratantes (EE.UU. y Canadá), el cual las partes habían acordado se regiría por las leyes de un Estado de EE.UU., en concreto Minnesota)

²⁰ U.S. Dist. Ct. (M. D. Pa.), 16 agosto 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050816u1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre dos partes de Estado Contratantes (EE.UU. y Canadá) que contenía una cláusula eligiendo la ley de Georgia como la ley que regiría las disputas dimanantes del contrato).

²¹ U.S. Dist. Ct. (N.J.), 15 junio 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050615u1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato EE.UU./Finlandés que incluía una cláusula en favor de la ley de Nueva York)

²² U.S. Dist. Ct. (N.D. Cal.), 27 julio 2001, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre una parte con su establecimiento en Canadá y otra con su establecimiento en Estados Unidos, el cual las partes habían acordado se regiría por las leyes del Estado de California).

²³ Se ha señalado a menudo que la reserva del Art. 95 no afecta a la aplicabilidad de la CNUCCIM en virtud del Art. 1.1º.a); *vid.*, *v.gr.*, Bell, *supra* nota 12, en 56; Ferrari, *supra* nota 11, en 84–85; Janssen/Spilker, *supra* nota 5, en 140 nota 33; Mankowski, *supra* nota 14, en ¶ 4; Sannini, *L'applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale negli Stati Uniti*, 2006, p. 75; Schlechtriem/Witz, *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale marchandises*, 2008, pp. 19, 20.

²⁴ *Vid.*, aparte de las sentencias citadas en la nota 16, *CSS Antenna, Inc. v. Amphenol-Tuchel Electronics, GmbH*, U.S. Dist. Ct. (Ml.), 8 febrero 2011, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110208u1.html>>; *Hanwha Corporation v. Cedar Petrochemicals, Inc.*, U.S. Dist. Ct. (S.D.N.Y.), 18 enero 2011, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110118u1.html>>; *Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centrisys Corporation et al.*, U.S. Dist. Ct. (E.D. Cal.), 21 enero 2010, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html>>; *Electrocraft Arkansas, Inc. v. Electric Motors, Ltd et al.*, U.S. Dist. Ct. (E.D. Ark. W.D.), 23 diciembre 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091223u1.html>>; *Doolim Corp. v. RDoll, LLC*, et

puede ser aplicable conforme al art. 1.1^o.a) CNUCCIM, pues la reserva del art. 95 no tiene ninguna influencia sobre la aplicabilidad de la CNUCCIM conforme al art. 1.1^o.a)²⁵, ni siquiera en los tribunales de los Estados que han realizado la reserva²⁶.

Por supuesto, para que la elección de la ley de un Estado Contratante conlleve la aplicación de la CNUCCIM según el enfoque aquí explicado, es necesario, como ya se ha mencionado, que el reglamento de arbitraje aplicable permita a las partes elegir la ley aplicable al fondo de la controversia, como hacen la mayoría de los reglamentos.

al., U.S. Dist. Ct. (S.D.N.Y.) 29 mayo 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090529u1.html>>; *Miami Valley Paper, LLC v. Lebbing Engineering & Consulting GmbH*, U.S. Dist. Ct. (S.D. Ohio W.D.) 26 marzo 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090326u1.html>>; Tribunal de Distrito de Komarno, 12 marzo 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090312k1.html>>; *Forestal Guarani, S.A. v. Daros International, Inc.*, U.S. Dist. Ct., 7 octubre 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081007u1.html>>; *Norfolk Southern Railway Company v. Power Source Supply, Inc.*, U.S. Dist. Ct. (W.D. Penn.) 25 julio 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080725u1.html>>; Tribunal Supremo de la República Eslovaca, 19 junio 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080619k1.html>>; Tribunal Regional de Zilina, 18 junio 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070618k1.html>>; Tribunal de Distrito de Dolny Kubin, 17 junio 2008, disponible en inglés en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080617k1.html>>; *BTC-USA Corporation v. Novacare et al.*, U.S. Dist. Ct. (Minn.), 16 junio 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080616u1.html>>; *Zhejiang Shaoxing Yongli Printing and Dyeing Co., Ltd v. Microfl ock Textile Group Corporation*, U.S. Dist. Ct. (S.D. Fla.), 19 mayo 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080519u2.html>>; *Solae, LLC v. Hershey Canada, Inc.*, U.S. Dist. Ct. (Dela.) 9 mayo 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080509u1.html>>; Tribunal Supremo de Eslovaquia, 30 de abril de 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080430k1.html>>; *Sky Cast, Inc v. Global Direct Distribution, LLC*, U.S. Dist. Ct. (E.D. Kentucky), 18 marzo 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080318u1.html>>.

²⁵ Vid. Ferrari, *supra* nota 14, en 249; para esta conclusión, Vid., más recientemente, CISG-AC Opinion No. 15, *Reservations under Articles 95 and 96 CISG* (Rapporteur: Schroeter), disponible en <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op15.html>>.

²⁶ *Valero Marketing & Supply Co. v. Greeni Oy*, U.S. Dist. Ct. (N.J.), 15 junio 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050615u1.html>>, afirmando que “[e]stá claro que la Convención aplica cuando tanto el comprador como el vendedor están en Estados Contratantes, como es el caso aquí (Finlandia y Estados Unidos son ambos Estados Contratantes de la CNUCCIM). La decisión de los Estados Unidos de quedar fuera del art. 1.1^o.b) no tiene relevancia alguna para el caso en cuestión”. Vid. también CISG-AC Opinion No. 15, *Reservations under Articles 95 and 96 CISG* (Rapporteur: Schroeter), disponible en <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op15.html>>.

II. La CNUCCIM se aplica cuando los requisitos del art. 1.1º.a) se cumplen y la CNUCCIM no ha sido excluida por las partes

Conforme a algunos autores, en lugar de analizar primero la ley elegida por las partes como se mantiene por parte de los defensores del enfoque explicado anteriormente, los tribunales arbitrales deberían proceder de una manera que imite el enfoque adoptado por los tribunales estatales.

En otras palabras, los tribunales arbitrales deberían analizar primero los requisitos de aplicabilidad establecidos en la propia CNUCCIM, en concreto aquellos que se encuentran recogidos en los arts. 1.1º.a) y 1.1º.b)²⁷, al menos si la sede del arbitraje está situada en un Estado Contratante de la CNUCCIM, sin olvidar, no obstante, que “las dos reglas en los sub–apartados (a) y (b) son independientes y alternativas, siendo esta última auxiliar respecto de la anterior”²⁸.

Por tanto, como frecuentemente han señalado la jurisprudencia²⁹ y la doctrina³⁰ así como la propia CNUDMI³¹, “[s]i los requisitos del 1.1º.a) se cumple, un análisis del 1.1º.b) resulta superfluo”³². Esto no significa que una elección de la ley aplicable, como la realizada en el supuesto en cuestión, no deba ser tenida en cuenta por el tribunal arbitral solo porque los

²⁷ Benicke, *supra* nota 12, en ¶ 41; Ferrari, *supra* nota 11, pp. 92–93.

²⁸ Petrochilos, *supra* nota 8.

²⁹ *Vid.* Amtgericht Sursee, 12 septiembre 2008, disponible en <<http://globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/1728.pdf>>; Tribunal Supremo Italiano, 20 septiembre 2004, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040920i3.html>>; Tribunal Supremo Austriaco, 10 septiembre 1998, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980910a3.html>>; Tribunal Supremo Alemán, 11 diciembre 1996, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961211g1.html>>.

³⁰ *Vid.*, *v.gr.*, Bell, “The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Pace International L. Rev.*, 1996, pp. 237, 247; Boschiero, “Le Convenzioni di diritto materiale uniforme”, en *Trattato di diritto privato*, vol. 21, 1987, pp. 259, 269; Ferrari, *supra* nota 11, p. 61; Herber/Czerwenka, *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. april 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf* 19 (1991); Sacerdoti, “I criteri di applicazione della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: diritto uniforme, diritto internazionale privato e autonomia dei contratti”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 733, 738.

³¹ *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees* (Vienna, 10 de marzo – 11 abril 1980) 15 (Naciones Unidas ed., 1981).

³² Petrochilos, *supra* nota 8.

requisitos del art. 1.1º.a) se cumplan, sino que, más bien, significa meramente que tal elección jugará un papel diferente conforme al enfoque aquí tratado. A los efectos de la aplicabilidad de la CNUCCIM al supuesto que nos ocupa, el resultado de este enfoque no difiere en absoluto del explicado anteriormente: La CNUCCIM seguirá aplicando al contrato. El enfoque que se acaba de describir, el cual imita el usado por los tribunales estatales, ha sido frecuentemente adoptado por los tribunales arbitrales para justificar la aplicación de la CNUCCIM^{33 34} y, dado el supuesto presente, también conlleva la aplicación de la CNUCCIM al contrato en cuestión por virtud del art. 1.1º.a). Ello se debe a que las partes del contrato tenían, en el momento de su celebración, su establecimiento relevante en (distintos) Estados Contratantes de la CNUCCIM, haciendo por tanto claramente aplicable la CNUCCIM conforme al art. 1.1º.a). La aplicabilidad de la CNUCCIM en virtud del art. 1.1º.a) –y el hecho de que haga innecesario acudir al art. 1.1º.b), como se ha mencionado antes– no hace, sin embargo, que un acuerdo de elección de la ley aplicable devenga irrelevante. Los tribunales arbitrales no pueden ignorar los acuerdos de elección de ley aplicable cuando se refieren a la disputa que se les presenta, incluso cuando la CNUCCIM aplica, como en el supuesto que nos ocupa, conforme al art. 1.1º.a). En efecto³⁵, al igual que los tribunales estatales^{36 37 38}, los tribunales arbitra-

³³ Para tribunales arbitrales aplicando la CNUCCIM en virtud del art. 1.1º.a), *Vid., v.gr.*, Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 9887, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=469&step=FullText>> (localización de establecimiento de las partes no especificado); Corte de Arbitraje Adjunta a la Cámara de Comercio e Industria Húngara, Laudo Arbitral n. Vb/97142, *Transportrecht–Internationales Handelsrecht* (2000) 16 (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre un vendedor húngaro y un comprador austriaco).

³⁴ Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Húngara, 5 diciembre 1995, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=181&step=FullText>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre un vendedor húngaro y un comprador austriaco); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7531, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=139&step=FullText>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato celebrado entre un comprador austriaco y un vendedor chino sobre la base de que las partes tenían sus establecimientos en dos Estados Contratantes); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7331, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=140&step=FullText>> (aplicando la CNUCCIM en virtud del art. 1.1º.a) CNUCCIM, puesto que las partes tenían sus establecimientos en diferentes Estados Contratantes, en concreto Yugoslavia e Italia)

³⁵ *Vid., v.gr.*, *Gerechtshof Arnhem*, 9 marzo 2010, caso n. 104.002.936, sin publicar; *Kantonsgericht St. Gallen*, 15 enero 2010, disponible en <<http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/urteile/2159.pdf>>; *Oberlandesgericht Hamm*, 2 abril 2009, disponible en <<http://www.globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/1978.pdf>>; *Tribunale di Forlì*, 16 febrero 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090216i3.html>>; *Rechtbank Breda*, 16 enero 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace>

les deberán determinar si la elección hecha por las partes equivale a una exclusión de la CNUCCIM (que, de lo contrario, sería aplicable), exclusión que las partes son libres de realizar conforme al art. 6 CNUCCIM. Por tanto, la ausencia de exclusión de la CNUCCIM puede ser considerada como un requisito (negativo) de aplicabilidad³⁹.

edu/cases/090116n1.html>; Polymeles Protodikio Athinon, caso n. 2282/2009 (sin fecha indicada), disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/092282gr.html>>; Polimeles Protodikio Athinon, caso n. 4505/2009 (sin fecha indicada), disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/094505gr.html>>; Tribunale di Forlì, 11 diciembre 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081211i3.html>>; Kantonsgericht Zug, 27 noviembre 2008, traducción disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081127s1.html>>;

³⁶ Hof van Beroep Ghent, 14 noviembre 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081114b1.html>>; *Forestal Guarani, S.A. v. Daros International, Inc.*, U.S. District Court, New Jersey, 7 octubre 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081007u1.html>>; *Zhejiang Shaoxing Yongli Printing and Dyeing Co., Ltd v. Microflock Textile Group Corporation*, U.S. District Court, Southern District of Florida, 19 mayo 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080519u2.html>>; Oberlandesgericht Innsbruck, 18 diciembre 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071218a3.html>>.

³⁷ Oberlandesgericht Linz, 24 septiembre 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070924a3.html>>; Tribunal Supremo Francés, 20 febrero 2007, disponible en <<http://www.cisg-france.org/decisions/200207v.htm>>; *Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*, U.S. Dist. Ct. (Minn.), 31 enero 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>>; Tribunal Supremo Suizo, 20 diciembre 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061220s1.html>>; Rechtbank Arnhem, 28 junio 2006, disponible en inglés en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060628n1.html>>; Oberlandesgericht Köln, 24 mayo 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060524g1.html>>.

³⁸ Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7153, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927153i1.html>>. Para tribunales arbitrales aplicando la CNUCCIM en virtud del art. 1.1^o.b), *vid.*, *v.gr.*, Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 9978, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=471&step=Full-Text>>; Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21 marzo 1996, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 8324, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7660, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947660i1.html>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7565, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947565i1.html>>; Internationales Schiedsgericht der Bundeswirtschaftskammer der gewerblichen Wirtschaft Wien, 15 junio 1994, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a4.html>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7197, *Journ. dr. int.*, 1993, p. 1028; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 6653, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html>>.

³⁹ *Vid.* también Cook, "The U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Mandate to Abandon Legal Ethnocentricity", *Journal of Law and Commerce*,

En lo concerniente a la exclusión de la CNUCCIM, algunos autores⁴⁰, así como algunos tribunales –la mayoría, pero no exclusivamente⁴¹, de los EE UU– exigen que la exclusión sea expresa⁴². Si se

16, 1997, pp. 257, 257; Ferrari, “Zum vertraglichen Ausschluss des UN–Kaufrechts”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2002, pp. 737, 739.

⁴⁰ Vid. Dore, “Choice of Law under the International Sales Convention: A U.S. Perspective”, *Am. J. Int'l L.*, 77, 1981, pp. 521, 532; Dore/Defranco, “A Comparison of the Non-Substantive Provisions of the UNCITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code”, *Harvard Int'l L. J.*, 23, 1982, pp. 49, 53; Dutton, “Risky Business: The Impact of the CISG on the International Sale of Goods, Guide for Merchants to Limit Liability and Increase Certainty Inside and Outside of the CISG”, *European Journal of Law Reform*, 7, 2005, pp. 239, 246; Klepper, “The Convention for the International Sale of Goods: A Practical Guide for the State of Maryland and Its Trade Community”, *Maryland J. Int'l L. & Trade*, 15, 1991, pp. 235, 238; Murphy, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Creating Uniformity on International Sales Law”, *Fordham Int'l L.J.*, 12, 1989, pp. 727, 728; Ostendorf et al., “Möglichkeiten und Grenzen von Haftungsbeschränkungen in internationalen Lieferverträgen zwischen Unternehmern”, *Internationales Handelsrecht*, 2006, pp. 21, 22; Rendell, “The New U.N. Convention on International Sales Contracts: An Overview”, *Brooklyn J. Int'l L.*, 15, 1989, pp. 23, 25.

⁴¹ Vid. Oberlandesgericht Linz, 8 agosto 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050808a3.html>>; Kantonsgericht Zug, 11 diciembre 2003, disponible en <<http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/958.pdf>>; Rechtbank Zwolle, 21 mayo 2003, *Internationales Handelsrecht* (2005) 34, 35; Rechtbank Hasselt, 4 octubre 1999, disponible en <<http://www.law.kuleuven.ac.be/ipr/eng/cases/1999-10-04.html>>; Landgericht 5 abril 1995, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950405g1.html>>.

⁴² Vid. *Forestal Guarani, S.A. v. Daros International, Inc.*, U.S. District Court, New Jersey, 7 octubre 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081007u1.html>>; *Easom Automation Systems, Inc. v. Thyssenkrupp Fabco, Corp.*, U.S. District Court, Eastern District Michigan, 28 septiembre 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070928u1.html#iv>>; *Cedar Petrochemicals, Inc. v. Dongbu Hannong Chemical Co., Ltd.*, U.S. District Court, Southern District of New York, 19 julio 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070719u1.html>>; *Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*, U.S. District Court, Minnesota, 31 enero 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>>; *TeeVee Tunes, Inc. et al v. Gerhard Schubert GmbH*, U.S. District Court, Southern District of New York, 23 agosto 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060823u1.html>>; *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.*, U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, United States, 16 agosto 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050816u1.html>>; *Valero Marketing v. Greeni Oy*, U.S. District Court, New Jersey, 15 junio 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050615u1.html>>; *BP Oil International v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador*, U.S. Court of Appeals (5th Circuit), 11 junio 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030611u1.html>>; *Ajax Tool Works, Inc. v. Can-Eng Manufacturing Ltd.*, U.S. District Court, Northern district of Illinois, 29 enero 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030129u1.html>>; *St. Paul Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.*, U.S. District Court, Southern District of New York, 26 marzo 2002, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html>>; *Helen Kaminski PTY, Ltd. v. Marketing Australian Products, Inc.*,

comparte la visión defendida por esos autores y tribunales, incluyendo a los tribunales situados en el Estado de Nueva York, se debería aplicar la CNUCCIM al supuesto presente, dado que no hay exclusión expresa en el contrato, sino meramente una elección de ley en favor de “las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América”. Pero incluso si un tribunal arbitral coincidiese con aquellos tribunales⁴³ y autores⁴⁴ que más correctamente afirman que la CNUCCIM

U.S. District Court, Southern District of New York, 23 julio 1997, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970721u1.html>>; *Delchi Carrier, SpA v. Rotorex Corp.*, U.S. Court of Appeals (2nd Cir.), 6 diciembre 1995, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>>; *Orbisphere Corp. v. United States*, Court of International Trade, 24 octubre 1989, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/891024u1.html>>.

⁴³ *Vid.* Tribunal Supremo Austriaco, 2 abril 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090402a3.html>>; Oberlandesgericht Hamm, 2 abril 2009, disponible en <<http://www.globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/1978.pdf>>; Obergericht des Kantons Aargau, 3 marzo 2009, disponible en <<http://globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/2013.pdf>>; Tribunale di Forlì, 16 febrero 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090216i3.html>>; Corte de Arbitraje para el Comercio Internacional Adjunta a la Cámara de Comercio Serbia en Belgrado, Laudo Arbitral de 28 enero 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090128sb.html>>; Polimeles Protodikio Athinon, Grecia, caso No. 4505/2009 (sin fecha indicada), disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/094505gr.html#ii2>>; Tribunale di Forlì, 11 diciembre 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081211i3.html>>; Obergericht Kanton Bern, 19 mayo 2008, disponible en <<http://globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/1738.pdf>>; Tribunal Supremo Austriaco, 4 julio 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070704a3.html>>; Landgericht Bamberg, 23 octubre 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061023g1.html>>; Oberlandesgericht Linz, 23 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>>; Tribunal Supremo Francés, 25 octubre 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051025f1.html>>; Rechtbank van Koophandel Tongeren, 25 enero 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050125b1.html>>; Tribunale di Padova, 11 enero 2005, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1005&step=FullText>>; Tribunale di Padova, 31 marzo 2004, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040331i3.html>>; Tribunale di Padova, 25 febrero 2004, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040225i3.html>>; Tribunale di Rimini, 26 noviembre 2002, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html>>; Tribunal Supremo Austriaco, 22 octubre 2001, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011022a3.html>>; Tribunal Supremo Francés, 26 junio 2001, disponible en <<http://witz.jura.uni-sb.de/CISG/decisions/2606012v.htm>>; Tribunale di Vigevano, 12 julio 2000, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>>.

⁴⁴ *Vid.*, *v.gr.*, Audit, *La vente internationale de marchandises* (1990) 38; Bell, *supra* nota 25, en 255; Carbone/Luzzatto, “I contratti del commercio internazionale”, en *Trattato di diritto privato*, 11, 1984, pp. 111, 132; Czerwenka, *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht. Das Kollisionsrecht bei grenzüberschreitenden Käuferverträgen und der Anwendungsbereich der internationalen Kaufrechtsübereinkommen*, 1988, p. 170; Date-Bah, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Overview and Selective Commentary”, *Review of*

puede excluirse implícitamente, el tribunal arbitral tendría que aplicar la CNUCCIM al hipotético contrato, dado que no hay siquiera una exclusión implícita de la CNUCCIM, pues una exclusión implícita requiere indicios claros de que las partes realmente deseaban tal exclusión⁴⁵, lo cual no se da en el supuesto en cuestión⁴⁶. En efecto, una

Ghana Law, 11, 1979, pp. 50, 54; Ferrari, "Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing", *Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, 81, 145 (1995); Garro/Zuppi, *Compraventa internacional de mercaderías* 98 (1990); Graffi, "L'applicazione della Convenzione di Vienna in alcune recenti sentenze italiane", *European Legal Forum*, 2000/2001, pp. 240, 241; Grijalva/Imberg, "The Economic Impact of International Trade on San Diego and the Application of the United Nations Convention on the International Sale of Goods to San Diego/Tijuana Commercial Transactions", *San Diego L. Rev.*, 35, 1998, pp. 769, 776; Herber/Czerwenka, *supra* nota 25, en 42; Holthausen, "Vertraglicher Ausschluß des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1989; pp. 513, 515; Kennedy, "Recent Developments: Nonconforming Goods Under the CISG – What's a Buyer to Do?", *Dickinson J. Int'l L.*, 16, 1998, pp. 319, 321 ss; Richards, "Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention", *Iowa L Rev.*, 69, 1983, pp. 209, 237; Winship, "The Scope of the Vienna Convention on International Sale Contracts", en *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1.1, 1.35* (Nina Galston/Hans Smit eds., 1984).

⁴⁵ *Vid.* Enderlein/Maskow, *International Sales Law* 48 (1992) (afirmando que que debe haber una muestr clara de que se desea una exclusion tácita); Erauw, "Waneer is het Weens koopverdrag van toepassing?", en *Het Weens Koopverdrag* (Hans van Houtte et al. eds.), 1997, pp. 21, 47 (afirmando lo mismo); Rovelli, "Conflitti tra norme della Convenzione e norme di diritto internazionale privato", en *La vendita internazionale. La Convenzione dell'11 aprile 1980*, 1981, pp. 89, 105 (afirmando que "por supuesto, la determinación de la ley aplicable puede resultar de una elección implícita de las partes, pero debe ser 'cierta': ello significa que la intención de excluir implícitamente la Convención debe ser real, no hipotética").

⁴⁶ Para casos que se refieren a la necesidad de una "clara" muestra de la intención de las partes de excluir la CNUCCIM, *Vid.* Tribunal Supremo Francés, 3 noviembre 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091103f1.html>>; Oberlan-desgericht Hamm, 2 abril 2009, disponible en <<http://www.globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/1978.pdf>>; Oberlandesgericht Linz, 23 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>>; Tribunal Cantonal du Jura, 3 noviembre 2004, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041103s1.html>>; *BP Oil International v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador*, U.S. Court of Appeals (5th Circuit), 11 junio 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u1.html>>; *Asante Technologies v. PMC-Sierra*, U.S. Northern District Court of California, 27 julio 2001, disponible en <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010727u1.html>>; Tribunal de Commerce Namur, 15 enero 2002, disponible en <<http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/2002-01-15.htm>>. *Vid.* también Tribunal Supremo Austriaco, 4 julio 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070704a3.html>> (exigiendo un acuerdo "inequívoco" de las partes); Oberlandesgericht Linz, 23 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>> (exigiendo lo mismo). *Vid.* también *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.*, U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, 16 agosto 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases>

exclusión implícita de la CNUCCIM requiere que haya un acuerdo real –en contraposición a uno teórico, ficticio o hipotético– entre las partes⁴⁷, como también ha señalado la jurisprudencia⁴⁸. Como se ha mencionado, tal acuerdo no se da en el supuesto presente.

En el supuesto presente, conforme al acuerdo de elección de ley aplicable contenido en el contrato de compraventa, el contrato y su interpretación estarán gobernados por “las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América”, la ley de un Estado Contratante de la CNUCCIM. Conforme a la visión ciertamente predominante⁴⁹, la elección de la ley de un Estado Contratante (o la de un Estado o Provincia dentro de un Estado Federal, como en el supuesto en cuestión⁵⁰) sin

/050816u1.html> (exigiendo un acuerdo “afirmativo”); *It's Intoxicating, Inc., Plaintiff, v. Maritim Hotelgesellschaft mbH and Daniela Zimmer*, U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, 31 julio 2013, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/130731u1.html>> (exigiendo lo mismo).

⁴⁷ Vid. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* 80 (3ª ed., 1999) (afirmando que “[...] aunque un acuerdo para excluir la Convención no necesita ser ‘expreso’, el acuerdo solo puede ser implícito sobre la base de hechos que apunten a la existencia de un verdadero acuerdo –por contraposición a uno teórico o ficticio–”); para afirmaciones similares, vid. también Ferrari/Torsello, *International Sales Law – CISG in a nutshell* 33 (2014); Reifner, “Stillschweigender Ausschluss des UN-Kaufrechts im Prozess?”, *Internationales Handelsrecht*, 2002, pp. 52, 55; Wasmer, *Vertragsfreiheit im UN-Kaufrecht* 34 (2004).

⁴⁸ Vid., aparte de los casos citados en las notas anteriores, Hof's–Hertogenbosch, 2 enero 2007, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1437&step= FullText>>; Oberlandesgericht Linz, 23 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>>; Tribunal Cantonal du Jura, 3 noviembre 2004, disponible en <<http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/965.pdf>>; Kammergericht Berlin, 24 enero 1994, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940124g1.html>>. Nótese, sin embargo, que de acuerdo con numerosos tribunales, basta con que “el contrato contenga una cláusula de elección de ley” para que la CNUCCIM no aplique, *Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centrisys Corporation et al.*, U.S. District Court, Eastern District of California, 21 enero 2010, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html>>; para una muestra de las fuertes críticas a las que dio lugar esta sentencia, vid., v.gr., Grbic, “Putting the CISG Where it Belongs: In the Uniform Commercial Code”, *Touro L. Rev.*, 29 (2012) 173, 186; Johnson, *supra* nota 17, en 285. Un tribunal incluso llegó a afirmar que para que la CNUCCIM no aplicase es suficiente que “haya una oposición a la aplicación de la CNUCCIM” por una de las partes, Alto Tribunal Popular de Shanghai, 17 mayo 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070517c1.html>>.

⁴⁹ Vid. Perales Viscasillas, “Applicable Law, the CISG, and the Future Convention on International Commercial Contracts”, *Villanova L. Rev.*, 58, 2013, pp. 733, 739, afirmando que “la visión predominante en la doctrina, así como en la jurisprudencia, es que los análisis de elección de ley en Estados contratantes de la CNUCCIM, o en provincias o territorios de estados contratantes de la CNUCCIM, deben aplicar la CNUCCIM”.

⁵⁰ Para casos aplicando la CNUCCIM en casos en los que las partes optaron por la aplicación de la ley de un Estado que formaba parte de un Estado Federal, vid. *It's Intoxicat-*

ninguna referencia adicional a la ley puramente doméstica del Estado Contratante (o de la Provincia o el Estado Miembro elegido) no excluye *per se* la aplicación de la CNUCCIM⁵¹, como así lo confirman muchas sentencias de tribunales europeos⁵² entre las que destacan las del

ing, Inc., Plaintiff, v. Maritim Hotelgesellschaft mbH and Daniela Zimmer, U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, 31 julio 2013, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/130731u1.html>>; *Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*, U.S. District Court, Minnesota, 31 enero 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>>; *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.*, U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, 16 agosto 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050816u1.html>>; *Valero Marketing v. Greeni Oy*, U.S. District Court, New Jersey, 15 junio 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050615u1.html>>; *Ajax Tool Works, Inc. v. Can-Eng Manufacturing Ltd.*, U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, United States, 29 enero 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030129u1.html>>; *Asante Techs., Inc. v. PMC-Sierra, Inc.*, U.S. Dist. Ct. (N.D. Cal.), 27 julio 2001, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre una parte con su establecimiento en Canadá y una parte con su establecimiento en Estados Unidos, el cual las partes habían acordado se regiría por las leyes del Estado de California); *contra American Biophysics v. Dubois Marine Specialties*, United States District Court, Rhode Island District, 30 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060130u1.html>> (la elección de la ley de Rhode Island equivalió a una exclusión de la aplicabilidad de la CNUCCIM).

⁵¹ Para esta conclusión, *vid., v.gr.*, Achilles, *Kommentar zum UN-Kaufrechts-übereinkommen (CISG)* 25 (2000); Bonell, "Art. 6", en *Commentary on the International Sales Law* (Michael J. Bonell/Massimo C. Bianca eds.), 1987, pp. 51, 56; Dokter, "Interpretation of exclusion-clauses of the Vienna Sales Convention", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004, pp. 430, 435; Farnsworth, "Review of Standard Forms or Terms under the Vienna Convention", *Cornell Int'l L.J.*, 21, 1988, pp. 439, 442; Ferrari/Torsello, *supra* nota 38, en 34; Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 100 et seq.* (1989); Lando, "The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1987, pp. 60, 84; Magnus, *Wiener UN-Kaufrecht - CISG* 171, 2013; Papandréou-Deterville, "La Convention de Vienne l'emporte sur le Statute of Frauds", *Recueil Dalloz-Sirey Jurisprudence*, 2002, pp. 398, 399; Plantard, "Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980", *Journ. dr. int.*, 1988, pp. 311, 321; Posch/Terlitz, "Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs zur UN-Kaufrechtskonvention (CISG)", *Internationales Handelsrecht*, 2001, pp. 47, 47; Thieffrey, Thiele, "Das UN-Kaufrecht vor US-amerikanischen Gerichten", *Internationales Handelsrecht*, 2002, pp. 8, 10; Winship, "International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention", *Uniform Commercial Code L. J.*, 17, 1984, pp. 55, 65; Witz et als., *International Einheitliches Kaufrecht*, 2000, p. 73.

⁵² Obergericht des Kantons Aargau, 3 marzo 2009, disponible en <<http://globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/2013.pdf>>; Polimeles Protodikio Athinon, caso n. 4505/2009 (sin fecha indicada), disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/094505gr.html#ii2>>; Rechtbank Rotterdam, 5 noviembre 2008, sin publicar; Oberlandesgericht Stuttgart, 31 marzo 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080331g1.html>>; *Easom Automation Systems, Inc. v. Thyssenkrupp*

Tribunal Supremo alemán⁵³ y del Tribunal Supremo austriaco⁵⁴ y laudos arbitrales⁵⁵. Ello se debe, como explica uno de los Tribunales de Apelación de EE UU, al hecho de que “la adopción de la CNUCCIM

Fabco, Corp., U.S. District Court, Eastern District Michigan, United States, 28 septiembre 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070928u1.html>>; *Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*, U.S. Dist. Ct. (Minn.), 31 enero 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>>; Rechtbank van Koophandel Hasselt, 28 junio 2006, disponible en <<http://www.law.kuleuven.ac.be/ipr/eng/cases/2006-06-28%20Hasselt.html>>; Rechtbank Arnhem, 28 junio 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060628n1.html>>; Hof van Beroep Antwerpen, 24 abril 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060424b1.html>>; Rechtbank van Koophandel Hasselt, 15 febrero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060215b1.html>>; Oberlandesgericht Linz, 23 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>>.

⁵³ *Vid.* Tribunal Supremo Alemán, 11 mayo 2010, disponible en <<http://www.global-saleslaw.com/content/api/cisg/urteile/2125.pdf>>

⁵⁴ Tribunal Supremo Austriaco, 2 abril 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090402a3.html>>

⁵⁵ *Vid.* Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusia, Laudo Arbitral de 22 octubre 2004, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041022r1.html>>; Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusia, Laudo Arbitral de 17 septiembre 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030917r1.html>>; Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusia, Laudo Arbitral de 25 junio 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030625r1.html>>; Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusia, Laudo Arbitral de 16 junio 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030616r1.html>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 11333, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021333i1.html>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 9187, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999187i1.html>>; Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Hamburgo, 21 marzo 1996, disponible en inglés en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>>; Corte de Arbitraje Adjunta a la Cámara de Comercio e Industria Húngara, 17 noviembre 1995, disponible en internet en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=217&step=FullText>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 8324, disponible en inglés en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7844, *ICC Court of Arbitration Bulletin*, 1995, p. 72; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7660, *ICC Court of Arbitration Bulletin*, 1995, p. 68; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7565, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=141&step=FullText>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 6653, disponible en inglés en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html>>; Tribunal Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio Federal – Viena, Laudo Arbitral n. SCH-4366, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a3.html>> (afirmando expresamente que “la elección de las partes en favor de la ley de un Estado Contratante se entiende como una referencia a la correspondiente ley nacional, incluida la CNUCCIM como el Derecho de ese Estado aplicable a las compraventas internacionales y no meramente al Derecho de compraventa doméstico no uniforme”

por parte de un signatario necesariamente incorpora el tratado como parte de la ley doméstica de esa nación”⁵⁶.

El argumento frecuentemente usado a favor de la anterior solución puede resumirse en las palabras del Tribunal CCI que tuvo que decidir sobre una disputa contractual entre partes de diferentes Estados Contratantes que habían acordado que la elección de la ley de un Estado Contratante: “La Convención de Viena aplica, *inter alia*, a los contratos de compraventa de bienes entre partes cuyos establecimiento[s] están en diferentes Estados que sean Estados Contratantes conforme al art. 1º.a) CNUCCIM. Con la entrada en vigor de la Convención de Viena en Suiza, la normativa sobre compraventas internacionales de mercaderías ha sido modificada en ese país: la Convención de Viena se ha convertido en la principal referencia jurídica, con el Código de Obligaciones Suizo jugando únicamente un papel limitado en este contexto; así pues, cuando un contrato es celebrado entre una parte establecida en Suiza y otra en otro Estado Contratante, la Convención de Viena aplica como convención internacional Sin embargo, el art. 6 CNUCCIM establece que, *inter alia*, las partes pueden excluir la aplicación de la Convención de Viena; tal exclusión puede realizarse bien expresa o implícitamente. En este caso, las partes tienen sus respectivos establecimientos en Estados Contratantes, es decir, Suiza respecto al demandante e Italia respecto al demandado [...]. No obstante, debemos mencionar que la Secc. 15 del Contrato –la cual el demandado no ha alegado que no haya sido objeto del mutuo consentimiento de las partes– establece que ‘la formación, validez, interpretación y ejecución de este contrato están gobernados por las leyes de Suiza’. La cuestión es determinar por tanto si puede considerarse que tal cláusula del contrato estableciendo la aplicación de la ley de uno de los Estado[s] Contratantes remite el asunto a la ley doméstica de ese Estado en el sentido del art. 6 CNUCCIM anteriormente mencionado, en concreto al Código Suizo de Obligaciones o a las provisiones legales específicas que gobiernan las compraventas internacionales, es decir, la CNUCCIM que es parte del Derecho suizo. Para determinar el significado de esta cláusula de elección de ley aplicable, es necesario establecer la intención de las partes conforme a las disposiciones del art. 8 CNUCCIM, en la medida en que esa intención puede determinarse. En el caso presente, tal intención es difícilmente verificable. No obstante, en la opinión del árbitro es apropiado aplicar la presunción

⁵⁶ *BP Oil Intern., Ltd. v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador*, U.S. Court of Appeals (5th Circ.), 11 junio 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u1.html>>.

formulada por uno de los más eminentes autores de la doctrina: cuando las partes han elegido la ley suiza porque uno de ellos o su relación contractual tiene un vínculo con Suiza, puede asumirse que las partes han realizado una elección porque han considerado que tal vínculo con la ley suiza debe prevalecer; si tal es el caso, la ley sustantiva suiza sobre compraventas internacionales, es decir, la CNUCCIM, debe aplicar. Tal la solución concuerda con la ampliamente difundida opinión conforme a la cual la referencia a la ley de un Estado Contratante implica la aplicación de la CNUCCIM. De hecho, el demandante tiene su establecimiento en Suiza y, por tanto, un vínculo con ese país. Se presume por tanto en este caso que tal vínculo debe prevalecer. El árbitro aplicará por tanto la Convención de Viena”⁵⁷.

Merece la pena señalar que en el contexto del art. 1.1º.a), es decir, cuando la CNUCCIM se aplica porque las dos partes tienen su establecimiento relevante en (distintos) Estados Contratantes, la aplicación de la CNUCCIM no se excluye ni siquiera cuando la ley elegida, como en el supuesto que nos ocupa, es la de un Estado Contratante que ha realizado una reserva del art. 95⁵⁸. Ello ha sido confirmado incluso por tribunales situados en un Estado que ha realizado una reserva del art. 95, como los tribunales de EE UU, por ejemplo⁵⁹. En

⁵⁷ Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 10329, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000329i1.html#44>>.

⁵⁸ Para esta solución, *vid.* también Herrmann, *Anwendungsbereich des Wiener Kaufrechts – Kollisionsrechtliche Probleme*, en *Wiener Kaufrecht. Der schweizerische Ausenhandel unter dem Übereinkommen über den internationalen Warenkauf* 83, 95 (Eugen Bucher ed.), 1991; Magnus, *cit.* 42, en pp. 172–173; Thiele, *supra* nota 42, en 10; *contra*, en el sentido de que en esta línea de casos la CNUCCIM no debería aplicar, Audit, *cit.*, p. 39 nota 3.

⁵⁹ *Vid.* *It's Intoxicating, Inc., Plaintiff, v. Maritim Hotelgesellschaft mbH and Daniela Zimmer*, U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, 31 julio 2013, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/130731u1.html>> (aplicando la CNUCCIM en el contexto del art. 1.1º.a) a un contrato que contenía una elección en favor de las “leyes del Estado de Pensilvania” como ley que regiría el contrato); *Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*, U.S. District Court, Minnesota, 31 enero 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>> (elección de las leyes del Estado de Minnesota como ley aplicable); *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.*, U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, 16 agosto 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050816u1.html>> (elección de la ley de Georgia); *Asante Techs., Inc. v. PMC-Sierra, Inc.*, U.S. Dist. Ct. (N.D. Cal.), 27 julio 2001, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre una parte con su establecimiento en Canadá y una parte con su establecimiento en Estados Unidos, el cual las partes habían acordado se regiría por las leyes del Estado de California); *contra American Biophysics v. Dubois Marine Specialties*, United States District Court, Rhode Island District, 30 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060130u1.html>> (la elección de la ley de Rhode

un caso resuelto por un Tribunal de Distrito de los EE UU, la ley elegida era la ley de Nueva York⁶⁰, como en nuestro supuesto en cuestión. En ese caso también el tribunal decidió que la CNUCCIM no se excluía por medio de una simple referencia a la ley de Nueva York y, por tanto, aplicó la CNUCCIM.

En este punto, merece la pena señalar que la aplicación de la CNUCCIM no hace que la ley elegida devenga irrelevante; más bien, la referencia a la ley de un Estado Contratante debe interpretarse como determinante también respecto a la ley aplicable a los aspectos no regidos por la propia CNUCCIM⁶¹ (en la medida, por supuesto, que a las partes se les permite hacer una elección sobre esos aspectos)⁶². Por tanto, en la medida en que la CNUCCIM no resuelve un aspecto que surge del contrato regido por la CNUCCIM, es la ley del Estado de Nueva York y no la CNUCCIM la que rige (dentro de los límites anteriormente referidos).

En este punto, cambiemos el supuesto ligeramente: el contrato de compraventa internacional de mercaderías está regido, como en el supuesto anterior, por “las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América”, pero las partes no tienen su establecimiento relevante en diferentes Estados Contratantes de la CNUCCIM, sino en distintos Estados de los cuales solamente uno, o incluso ninguno, es Estado Contratante de la CNUCCIM.

Si uno coincide con la visión anteriormente expuesta, conforme a la cual los tribunales arbitrales deben mirar primero a la ley elegida por las partes, el resultado no diferiría del alcanzado en el primer supuesto, pues la ley elegida es la de un Estado Contratante de la CNUCCIM —y esa elección no puede ser equiparada por analogía con una exclusión (implícita) de la CNUCCIM, como se ha señalado antes—. Si uno

Island se consideró que constituía una exclusión de la aplicabilidad de la CNUCCIM); esta sentencia, sin embargo, ha generado grandes críticas; *vid.*, *v.gr.*, Johnson, *supra* nota 17, en 215, afirmando, respecto a la conclusión alcanzada por el tribunal en *American Biophysics*, que “[e]sa conclusión fue incorrecta. Simplemente, no se da el caso de que una cláusula de elección de ley por sí misma tenga el efecto de excluir la CNUCCIM”.

⁶⁰ *Valero Marketing v. Green Oy*, U.S. District Court, New Jersey, 15 junio 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050615u1.html>> (el acuerdo para incluir una cláusula conforme a la cual la ley de Nueva York regiría el contrato no excluyó específicamente la CNUCCIM y por tanto la CNUCCIM siguió siendo aplicable).

⁶¹ *Vid.*, *v.gr.*, Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 10329, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000329i1.html#44>>.

⁶² Compárese Ferrari, “Diritto uniforme della vendita internazionale: questioni di applicabilità e di diritto internazionale privato”, *Riv. dir. civ.*, 1995, pp. 669, 685; Liguori, “La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili nella pratica: un’analisi critica delle prime cento decisioni”, *Foro italiano*, 1996/V, pp. 145, 158.

se decanta por el enfoque que más se parece al usado por los tribunales estatales, el resultado sería el mismo, pero se llegaría a él por medio del art. 1.1º.b) en lugar del 1.1º.a). En efecto, los requisitos del art. 1.1º.a) no se cumplirían, dando lugar a la necesidad de recurrir al art. 1.1º.b), el cual, como es sabido, se basa en un enfoque de Derecho internacional privado. Esto significaría que un tribunal arbitral tendría primero que identificar las normas de Derecho internacional privado aplicables y luego aplicar las normas así identificadas para determinar la ley sustantiva aplicable. En cuanto al supuesto que nos ocupa, ello no generaría un problema irresoluble, pues, como se ha mencionado anteriormente, básicamente todas los reglamentos de arbitraje y leyes domésticas se basan en la autonomía de la voluntad como factor de vinculación, llevando así al tribunal arbitral a aplicar la ley del Estado de Nueva York, y, por tanto, la CNUCCIM, por las razones mencionadas anteriormente. Ello es cierto incluso cuando la ley elegida es la de un Estado que ha realizado una reserva del art. 95, dado que, como ya se ha dicho, los tribunales arbitrales no están vinculados por las reservas hechas a la CNUCCIM. Este resultado bien puede variar del alcanzado por los tribunales norteamericanos, es decir, los tribunales del Estado que ha realizado la reserva y cuya ley es aplicable. Ello se debe a que es precisamente para este tipo de situaciones para las que se introdujo la reserva del art. 95, para que cuando la CNUCCIM no sea aplicable conforme al art. 1.1º.a) se aplique la ley de compraventa doméstica en lugar de la ley de compraventa internacional del Estado que ha realizado la reserva⁶³.

III. La aplicabilidad de la CNUCCIM en ausencia de elección de ley aplicable y el “enfoque directo” para determinar las normas sustantivas aplicables

Ambos supuestos explicados hasta ahora se referían a contratos que contienen una cláusula de elección de la ley aplicable. ¿Qué ocurre, sin embargo, si el contrato celebrado entre partes con su establecimiento relevante en distintos Estados contratantes de la CNUCCIM no contiene ninguna cláusula de elección de ley aplicable? ¿Cómo deberían los árbitros proceder en esta serie de casos?

Por supuesto, si uno sigue el enfoque de que los tribunales arbitrales con sede en un Estado contratante de la CNUCCIM tienen que imitar el enfoque seguido por los tribunales estatales, la solución sería

⁶³ *Vid.*, para más detalles, Ferrari, *supra* nota 11, en pp. 84 *et seq.*

fácil: tendrían que aplicar el art. 1.1º.a) y el asunto terminaría ahí, pues no haría falta siquiera analizar si las partes querían excluir la CNUCCIM, pues no hubo elección alguna de las partes.

Pero, ¿y si no se siguiese el enfoque anterior –o la sede del arbitraje no estuviese situada en el territorio de un Estado contratante–? En este caso, el tribunal arbitral tendría que recurrir a las normas de Derecho internacional privado aplicables para determinar las normas sustantivas aplicables. La ley de arbitraje de la sede puede indicar a los árbitros una cierta metodología para determinar la ley aplicable, principalmente en los casos de arbitrajes *ad hoc*, y los reglamentos de arbitraje seleccionados por las partes para regir el arbitraje pueden dictar un enfoque concreto⁶⁴. Los métodos que han sido adoptados por las leyes de arbitraje y los reglamentos de arbitraje para determinar la ley aplicable en ausencia de elección de las partes pueden ser divididos en dos categorías⁶⁵. La primera, el llamado “enfoque indirecto” (*voie indirecte*), que queda reflejado, *inter alia*, en el enfoque adoptado por la Ley Modelo de la CNUDMI, ordena al tribunal arbitral usar un análisis de conflicto de leyes para determinar la ley aplicable, por ejemplo, imponiendo al tribunal arbitral el deber de aplicar las normas de conflicto de leyes que considere aplicables o apropiadas⁶⁶. Tal enfoque se halla también en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976⁶⁷, aunque la versión de 2010 de ese Reglamento toma un enfoque distinto⁶⁸. En efecto, esa versión adopta el “enfoque

⁶⁴ Para los siguientes comentarios, *vid.* Silberman/Ferrari, *supra* nota 3, en pp. 264–305.

⁶⁵ *Vid.* Born, *supra* nota 4, en pp. 2625 *et seq.*; Patrikios, “Resolution of Cross–Border E–Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E–Business Usages: The Emergence of a Lex Informatica”, *University of Toledo L. Rev.*, 38, 2006, pp. 271, 271; Symeonides, “Contracts Subject to Non–State Norms”, *Am. J. Comp. L.*, 54, 2006, pp. 209, 213.

⁶⁶ *Vid.* art. 28,2º de la Ley Modelo de la CNUDMI: “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”. El primer paso de este enfoque requiere decidir qué conjunto de normas de conflicto de leyes son aplicables. El segundo paso sería aplicar esas normas de Derecho internacional privado para determinar el conjunto de normas aplicables; *Vid.* Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation inm UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 3ª ed., 2010, p. 336; Born, *supra* nota 4, en pp. 2629 ss.

⁶⁷ *Vid.* art. 33,1º del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976): “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”.

⁶⁸ *Vid.* art. 35,1º: “Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada”.

directo” (*voie directe*)⁶⁹, que ha sido adoptado por muchos reglamentos institucionales⁷⁰ y por recientes leyes de arbitraje⁷¹, según el cual el tribunal arbitral aplica directamente las normas sustantivas que considera apropiadas, aparentemente sin necesidad de emplear un análisis de Derecho internacional privado para alcanzar sus conclusiones respecto a la ley aplicable⁷².

Permitir a un tribunal arbitral decidir un caso conforme a la *voie directe* plantea el problema para los árbitros de determinar qué ley es “apropiada”. Las diversas leyes y reglamentos no proporcionan ninguna guía; meramente indican que el empleo de un análisis de Derecho internacional privado no es obligatorio, si bien tampoco está prohibido⁷³. Pero en ausencia de una guía mejor, el resultado sustantivo para el caso se mantiene incierto⁷⁴ y los árbitros gozan de una amplia discreción⁷⁵. Un autor ha sugerido que el resultado final es que el tribunal “no necesita aportar ninguna explicación para su decisión [sobre qué normas sustantivas se aplican]”⁷⁶. Pero tal afirmación resulta poco convincente⁷⁷ a la luz del requisito, establecido en algunas

⁶⁹ Para el uso de esta expresión por parte de un tribunal arbitral, *Vid., v.gr.*, Laudo Arbitral CCI Caso no. 3540 de 1980, *Yearb. Comm. Arb.*, VII, 1982, pp. 124, 128.

⁷⁰ *Vid., v.gr.*, art. 31.1º Regl. Arbitraje Internacional AAA/ICDR (2014); art. 27(1) del Reglamento SIAC (2013); art. 22.1º del Instituto de Arbitraje de la SCC, Reglamento de Arbitraje (2010); art. 22.3º Regl. LCIA (2014); art. 27(2) del Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la VIAC (2013).

⁷¹ *Vid., v.gr.*, art. 603,2º del Código de Procedimiento Civil Austriaco Austriaco según la modificación de la ley austriaca de arbitraje de 13 enero 2006; art. 32,2º de la Ley sobre Arbitraje de Eslovenia de 28 abril 2008.

⁷² *Vid., v.gr.*, Black *et al.*, “Arbitration of Cross Border Disputes”, *Construction Lawyer* 27, 2008, pp. 5, 8; Fumagalli, “La legge applicabile al merito della controversia second il regolamento I.C.C. del 1998”, *Dir. comm. int.*, 2001, pp. 539, 547; Mukopadhyay, *infra nota* 110, en 11; Symeonides, *cit.*, p. 213.

⁷³ Para esta conclusión, *vid.* también, Blessing, “Choice of Substantive Law in International Arbitration”, *J. Arb. Int’l*, 14, 1997, pp. 39, 55.

⁷⁴ Para esta conclusión, *vid.* también, Silberman/Ferrari, *supra nota* 3, en 296; Wortmann, “Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System”, *Arb. Int’l*, 14, 1998, pp. 97, 100.

⁷⁵ *Vid.* también Grigera Naon, “Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration”, *Recueil des Cours*, 289, 2001, pp. 9, 213; Heiss, “Internationales Privatrecht in der Schiedsgerichtsbarkeit”, en *Schiedsgerichtsbarkeit in Zentraleuropa* (Paul Oberhammer ed.), 2005, pp. 89–105.

⁷⁶ Williams, “Limitations on Uniformity in International Sales Law: A Reasoned Argument for the Application of a Standard Limitation Period under the Provisions of the CISG”, *Vindobona J. Int’l Comm. L. & Arb.*, 10, 2006, pp. 229, 237.

⁷⁷ Basedow, “Vertragsstatut und Arbitrage nach neuem IPR”, *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, 1987, pp. 3, 17; Derains/Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration* 242 (2ª ed., 2005); Heiss, *cit.*, p. 105; but *vid.* Greenberg, “The Law Applicable

de las mismas disposiciones que permiten el “enfoque directo”, de que el laudo debe, salvo acuerdo en contrario de las partes, “explicar los motivos en los que se basa”⁷⁸.

Cuando los árbitros deciden aplicar algún ordenamiento jurídico nacional conforme al enfoque directo, ¿qué análisis pueden usar para llegar a tal decisión? Una posibilidad es que los árbitros apliquen la *ley sustantiva de la sede del arbitraje*⁷⁹, de manera análoga al enfoque adoptado por algunos tribunales estatales (*qui elegit iudicem elegit ius*), conforme al cual si las partes no realizan una elección de ley aplicable expresa, pero acuerdan que cualquier disputa entre ellas será litigada en un país concreto, puede asumirse que pretendían que la ley de ese país aplicase al fondo de la disputa⁸⁰.

El argumento es defectuoso incluso cuando se aplica a procedimientos ante tribunales nacionales⁸¹, pero es incluso menos convincente en el contexto del arbitraje internacional⁸², siendo ilustrativo el asunto *Compagnie d'Armement Maritime S.A. v. Compagnie Tunisien-*

to the Merits in International Arbitration”, *Vindobona J. Int'l Comm. L. & Arb.*, 8, 2004, pp. 315, 325, afirmando que “[e]l enfoque directo reduce la obligación de motivar”.

⁷⁸ Art. 26.2º Regl. LCIA (2014).

⁷⁹ En la doctrina, *Vid.* Ehrenzweig, *Conflict of Laws* 540 (1960); Wilner, “Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study”, *Rutgers L. Rev.*, 19, 1965, pp. 646, 676 ss; en la jurisprudencia, *vid.* *Schieds-gericht Hamburger Freundschaftliche Arbitrage* (Germany), Laudo Arbitral de 29 diciembre 1998, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981229g1.html>>; Laudo Arbitral CCI Caso no. 2735 de 1976, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985* (Derains/Jarvin eds.), 1990, pp. 301, 302; *Tzorzis and Sykias v. Monark Line A/B* [1968], 1 *Lloyd's Law Reports* (2006), 337 (413) (afirmando que un acuerdo en favor de una sede de arbitraje inglesa “genera una inferencia irresistible que se antepone a todos los demás factores”).

⁸⁰ Para una visión general de las sentencias que sugieren que la elección de una sede arbitral es equiparable con una elección de la ley del país de esa sede, *vid.* Lando, “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, en *Essays on International Commercial Arbitration*, Sarcevic, ed., 1991, pp. 129, 136.

⁸¹ *Vid.*, respecto a las normas de conflicto de leyes europeas, Lagarde, “Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 287, 303; Saravalle, “Commento all'art. 3 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *Nuove Leggi civili commentate*, 1995, pp. 940, 946; en cuanto al Derecho de EE UU, *vid.*, *v.gr.*, Hay, “Forum-Selection and Choice of Law Clauses in American Conflicts Laws”, *Gedächtnisschrift für Michael Gruson* (Baums/Hutter eds.), 2009, pp. 195 ss.

⁸² *Vid.* también Caron et al., *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2006, p. 12; Chukwumerije, “Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration”, *Anglo-American L. Rev.*, 23, 1994, pp. 265, 293; Delvolvé/Rouche/Pointon, *French Arbitration Law and Practice*, 2003, p. 138; Steiner, *Die stillschweigende Rechtswahl im Prozeß im System der subjektiven Anknüpfungen im deutschen IPR*, 1998, p. 87.

*ne de Navigation S.A.*⁸³. La jurisprudencia arbitral⁸⁴ confirma que “la sede del arbitraje puede elegirse por muchas razones, no relacionadas con la ley de esa sede”⁸⁵. También es posible plantearse si la elección de la ley de la sede arbitral califica como enfoque “directo”, puesto que el razonamiento se basa en una “elección de ley implícita” de las partes⁸⁶. El *Restatement (Second) of Conflict of Laws* ilustra en sus comentarios la identificación con el enfoque de conflicto de leyes, al explicar que cuando las partes establecen que el arbitraje se celebre en un cierto lugar, ello constituye “cierta evidencia de su intención de que la ley local de ese Estado rija el contrato en su conjunto”⁸⁷. Por supuesto, volviendo a la cuestión sobre la CNUCCIM, si un tribunal arbitral adoptase este enfoque, la aplicabilidad de la CNUCCIM dependería de si el país sede del arbitraje es o no un Estado Contratante.

También se sabe que los árbitros han elegido la ley sustantiva de un país particular sin explicar por qué la ley de ese país es aplicable⁸⁸. Pero lo más probable es que la elección se haya visto afectada por la opinión sobre los vínculos de ese país con las partes o con la disputa⁸⁹

⁸³ [1971] A.C. 572, 588 (afirmando que “[u]n acuerdo para someter disputas a arbitraje en un país en particular puede acarrear, y es capaz de acarrear, una inferencia de que las partes también han acordado que la ley que rige el contrato (así como la ley que rige el procedimiento arbitral) debe ser la ley de ese país. Pero no puedo estar de acuerdo en que se trate de una consecuencia necesaria o irresistible”).

⁸⁴ *Vid.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 3540 de 1980, *Yearb. Comm. Arb.*, VII, 1982, pp. 124, 127, afirmando que “una cláusula arbitral no permite que la elección de ley sustantiva se deduzca del país donde el tribunal arbitral tiene su sede, pues ello es meramente un indicio que por sí mismo es insuficiente [...], como lo es, así mismo, una prórroga de jurisdicción contractual en favor de un tribunal ordinario [...], que por tanto la máxima ‘*qui elegit iudicem elegit jus*’ ha sido abandonado”. Para tribunales arbitrales excluyendo expresamente el recurso a la ley sustantiva de la sede arbitral, *vid.* Tribunal Arbitral *ad hoc*, Laudo Arbitral de 10 octubre 1973, *Yearb. Comm. Arb.*, V, 1980, pp. 143, 148; Laudo Arbitral CCI Caso no. 2637 de 1975, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 13, 15; Laudo Arbitral CCI Caso no. 1422 de 1966, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 185, 186.

⁸⁵ Redfern/Hunter (con Blackaby & Partasides), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª ed., 2004, ¶ 2–78; Greenberg, cit., p. 318.

⁸⁶ Este parece ser el razonamiento de la sentencia *Tzorzi and Sykias v. Monark Line A/B* [1968], *Lloyd’s Law Reports*, 1, 2006, p. 337, citada también en la nota 68, cuando se afirma que acordar una sede arbitral inglesa genera una inferencia “genera una inferencia irresistible que se antepone a todos los demás factores”) (p. 413).

⁸⁷ *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 218, comentario b.

⁸⁸ Para lo siguiente, *vid.* Silberman/Ferrari, *supra* nota 3, pp. 298 *et seq.*

⁸⁹ *Vid.* Wortmann, *supra* cit., p. 101, afirmando que “si lo árbitros aplican la ley nacional de un país sin ningún uso de las normas de conflicto de leyes, siempre están influenciados por ciertas consideraciones que les han llevado precisamente a ese ordenamiento jurídico. Estas consideraciones no son más que la aplicación de normas de conflicto de

(teniendo en cuenta, por ejemplo, dónde está situado el establecimiento o administración central o lugar de constitución de las partes, dónde debe ejecutarse el contrato, dónde se ha celebrado el contrato⁹⁰ o dónde se sitúa el centro de gravedad⁹¹) –al fin y al cabo, un enfoque de elección de ley aplicable “tácito”⁹²–. El empleo de un análisis de elección de ley aplicable se manifiesta también de otras maneras. Por ejemplo, los árbitros que aplican una ley distinta de la del foro bajo el “enfoque directo” normalmente justificarán sus conclusiones señalando que el resultado alcanzado sería el mismo que si hubiesen aplicado ciertas normas de conflicto de leyes⁹³. Incluso la elección de cualquier ley que “valide el contrato”⁹⁴, opción por la cual los árbitros a veces se decantan, está en deuda con el análisis de elección de ley aplicable. Tal y como ocurría respecto a la teoría sobre la ley de la sede del arbitraje, también en relación con este enfoque la aplicabilidad de la CNUCCIM dependerá de si la ley identificada por los árbitros es la de un Estado Contratante de la CNUCCIM.

La elección de una ley en concreto porque los árbitros creen que tal ley es la “más moderna”⁹⁵, “más comercial”, o “las más desarrollada” puede en verdad manifestarse independientemente de cualquier aná-

leyes porque los árbitros casi siempre tomarán en cuenta factores, tales como el ‘vínculo más estrecho’ del contrato, para determinar la ley aplicable”; *vid.* también Fouchard *et al.*, *supra* nota 4, en ¶ 1552.

⁹⁰ *Vid.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 3880 de 1983, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., 462, 463.

⁹¹ *Vid.* Laudo Preliminar CCI en el Caso no. 4132 de 1983, *Yearb. Comm. Arb.*, X, 1985, pp. 49, 51.

⁹² *Vid.* también Berger, *International Economic Arbitration* 502 (1993); Fouchard *et al.*, *supra* nota 4, en ¶ 1553; Greenberg, cit., p. 325; Heiss, cit., p. 105; Osman/Salama, “Les méthodes de détermination du droit applicable par l’arbitre: vers un rattachement de la “voie directe” à la méthode conflictuelle”, *ASA Bulletin*, 21, 2003, pp. 272, 283; para un ejemplo en la jurisprudencia arbitral, *vid.* Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral en el Caso no. 6840 de 1991, *Journ. dr. int.*, 1992, p. 1030.

⁹³ *Vid.* Osman/Salama, cit., p. 279.

⁹⁴ *Vid.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 4996 de 1985, *Journ. dr. int.*, 113, 1986, pp. 1131 (aplicando la ley francesa sobre la base de que, *inter alia*, el hecho de que la aplicación de la ley italiana conllevara la nulidad del contrato constituía “una importante razón adicional para aplicar la ley francesa en este caso”; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral en el Caso no. 8540, referido en Fouchard *et al.*, *supra* nota 4, en ¶ 1552 nota 59 (afirmando que “el tribunal no puede elegir como la ley adecuada un ordenamiento jurídico conforme al cual el [acuerdo] sería considerado nulo legalmente o conforme al cual la obligación clave [del acuerdo] no resultaría ejecutable”).

Para un artículo sobre *lex validitatis*, *vid.* Abend, *Die lex validitatis im internationalen Vertragsrecht* (1994).

⁹⁵ Fouchard *et al.*, *supra* nota 4, en ¶ 1552.

lisis de conflicto de leyes⁹⁶. Lo mismo ocurre con la aplicación de una norma considerada, *v.gr.* por laudos procedentes de la Corte de Arbitraje de la CCI⁹⁷ o del Tribunal de Reclamaciones Irán–Estados Unidos⁹⁸, como una “[norma] generalmente aceptada en el Derecho de contratos” o un conjunto escrito de “normas jurídicas” que se suponen desde el principio anacionales como la CNUCCIM. En efecto, en un intento por encontrar principios internacionales para su uso en el arbitraje internacional, los árbitros se han referido a la CNUCCIM⁹⁹ para resolver cuestiones sustantivas. Con qué frecuencia ocurrirá esto es, sin embargo, impredecible. En la opinión del presente autor, esto no resulta sorprendente, dado que la previsibilidad del resultado sus-

⁹⁶ *Vid.* Silberman/Ferrari, *supra* nota 3, pp. 299–300.

⁹⁷ *Vid.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 11440 de 2003, *Yearb. Comm. Arb.*, XXXI, 2006, pp. 127, 140 (afirmando que “[e]s un principio generalmente aceptado del Derecho de contratos que las partes tienen obligaciones recíprocas en su relación precontractual. Estas incluyen el deber de trato justo y de evitar la causar daño a ninguno de los futuros contratantes”); *vid.* también Laudo Arbitral CCI Caso no. 10623, *ASA Bulletin*, 21, 2003, pp. 82, 106 (afirmando que “[e]s un principio generalmente aceptado de la interpretación de los contratos [...] que los contratos deben ser interpretados en su conjunto, de manera que sus disposiciones tengan sentido juntas”); Laudo Arbitral CCI Caso no. 1512 de 1971, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 206, 208 (refiriéndose a los “principios generales de la interpretación de los contratos”); Laudo Arbitral CCI Caso no. 1434 de 1975, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 262, 267 (refiriéndose al principio conforme al cual cuando un contrato puede ser interpretado de dos maneras, la interpretación a favorecer es la que mantenga la validez del contrato, como “norma de interpretación universalmente reconocida”).

⁹⁸ Tribunal de Reclamaciones Irán–Estados Unidos, Laudo Arbitral de 6 agosto 1984, *Yearb. Comm. Arb.*, X, 1985, pp. 258, 261 (afirmando que “[c]onforme a principios generalmente aceptados de Derecho de contratos, un tipo de interés pactado contractualmente es normalmente vinculante para las partes”);

⁹⁹ Para artículos sobre la aplicación de la CNUCCIM en el arbitraje comercial internacional, *vid.* Béraudo, “La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l’arbitrage”, *ICC ICArb. Bulletin*, 5, 1994, p. 60; De Ly, “La pratique de l’arbitrage commercial international et la vente internationale”, *International Business Law Journal*, 2001, p. 465; Djordjević, “Application of the CISG Before the Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce: Looking Back at the Latest 100 Cases”, *Journal of Law and Commerce*, 28, 2010, p. 1; Fisanich, “Application of the U.N. Sales Convention in Chinese International Commercial Arbitration: Implications for International Uniformity”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, 10, 1999, p. 101; Hayward, “New Dog, Old Tricks: Solving a Conflict of Laws Problem in CISG Arbitrations”, *J. Int’l Arb.*, 26, 2009, p. 405; Thieffry, “L’arbitrage et les nouvelles règles applicables aux contrats de vente internationale après l’entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies”, *Cahiers juridiques et fiscaux de l’exportation*, 1987, pp. 311 ss; van Houtte, “The Vienna Sales Convention, ICC Arbitral Practice”, *ICC ICArb. Bull.*, 21, 2000, p. 22; Waincymer, “The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complimentary Relationship Between Substance and Procedure”, en *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer* (Camilla B. Andersen/Ulrich G. Schroeter eds.), 2008, p. 582.

tantivo no es realmente un elemento calificativo del enfoque directo en general, ni de esta manifestación del mismo en particular¹⁰⁰.

IV. La aplicabilidad de la CNUCCIM en ausencia de elección de ley aplicable: el “enfoque indirecto”

Uno debe preguntarse, no obstante, si el resultado es más previsible cuando el tribunal arbitral no identifica la ley sustantiva aplicable con base en el enfoque directo, sino más bien a través del enfoque indirecto, es decir, acudiendo al análisis “apropiado” de Derecho internacional privado¹⁰¹.

Cuando el tribunal aplica las normas de Derecho internacional privado que considera aplicables o apropiadas para determinar la “ley” a aplicar, el tribunal arbitral debe primero resolver lo que se ha denominado como “*conflict au deuxième degre*”¹⁰², dado que el conflicto se da entre normas de conflicto de leyes¹⁰³ y no entre normas sustantivas. Conforme a este enfoque, el tribunal arbitral necesitará seguir los siguientes pasos: primero debe identificar las normas de conflicto de leyes “apropiadas”¹⁰⁴, un necesario “paso previo a la verdadera aplicación de un sistema de conflicto de leyes que posteriormente determinará la ley sustantiva”¹⁰⁵; luego aplicará las normas de conflicto de leyes elegidas¹⁰⁶; y, finalmente, aplicará la ley identificada por medio de las anteriores reglas.

A diferencia de las leyes y normas que por sí mismas establecen una norma específica de conflicto de leyes –como la del vínculo más estre-

¹⁰⁰ Para un artículo sobre la ley aplicable y la previsibilidad en arbitraje, *vid.* Park, “The Predictability Paradox. Arbitrators and Applicable Law, en *The Application of Substantive Law by International Arbitrators 60* (Bortolotti/Mayer eds.), 2014.

¹⁰¹ Para los siguientes comentarios, *Vid.* Silberman/Ferrari, *supra* nota 3, pp. 277–293.

¹⁰² *Vid.* P. Lalive, “Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l’arbitre internationaln siégeant en Suisse”, *Rev. arb.*, 1976, pp. 155, 155 ss; para el uso de la expresión que se encuentra en el texto, *vid.* también Born, *supra* nota 4, 2620 nota 20; Croff, *supra* nota 1, p. 629.

¹⁰³ Berlingeri, “The Law Applicable by the Arbitrators”, *Il diritto marittimo*, 1998, pp. 617, 622; Osman/Salama, *cit.*, , p. 272.

¹⁰⁴ *Vid.* Wortmann, *cit.*, p. 105, afirmando que “si los árbitros son libres de elegir la norma de conflicto de leyes apropiada, tienen que decidir qué regla de entre muchas es apropiada”.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Berlingeri, *cit.*, p. 622.

cho empleada en las leyes domésticas sobre arbitraje alemana¹⁰⁷ y japonesa¹⁰⁸— este enfoque requiere que un sistema “apropiado” de normas de conflicto de leyes sea identificado. Debido a que existirá incertidumbre respecto a qué normas de conflicto de leyes los árbitros considerarán “apropiadas”¹⁰⁹, no puede haber ninguna certeza con respecto a la ley sustantiva finalmente aplicable, tal y como ocurre conforme al enfoque directo. A los efectos de este artículo, ello significa que predecir si el tribunal arbitral aplicará la CNUCCIM al caso que nos ocupa no resulta fácil. Esta imprevisibilidad surge principalmente porque los tribunales arbitrales usan distintos enfoques para decidir qué normas de conflicto de leyes son apropiadas¹¹⁰, lo cual no es sorprendente, dado que los tribunales arbitrales “gozan de [...] facultades amplias, e incluso discrecionales, respecto a la elección de la ley aplicable”¹¹¹. Sin embargo, esa facultad discrecional¹¹² no va tan lejos como para permitir al tribunal abandonar totalmente el enfoque de conflicto de leyes¹¹³ ¹¹⁴ No obstante, existen varias posibilidades¹¹⁵; estas oscilan

¹⁰⁷ *Vid.* art. 1051.2º Código de Procedimiento Civil Alemán: “En ausencia de cualquier elección de las partes, el tribunal arbitral aplicará la ley del Estado con el que la materia que es objeto del procedimiento esté más estrechamente vinculada”.

¹⁰⁸ *Vid.* art. 36.2º Ley Japonesa de Arbitraje (2003): “(2) En ausencia de un acuerdo conforme al apartado anterior, el tribunal arbitral aplicará la ley sustantiva del Estado con el que la disputa civil sometida al procedimiento arbitral esté más estrechamente vinculada”.

¹⁰⁹ *Vid.* también Croff, *supra* nota 1, p. 622, afirmando que “[e]ste amplio espectro de posibilidades causa incertidumbre porque la solución de un árbitro es imprevisible y puede dejar a las partes insatisfechas con el resultado”.

¹¹⁰ *Vid.* Wortmann, *supra* cit., p. 105.

¹¹¹ Laudo Arbitral CCI Caso no. 2930 de 1982, *Yearb. Comm. Arb.*, IX, 1984, pp. 105, 106; para una formulación similar, si no idéntica, *vid.* Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional, Laudo Parcial de 23 junio 2000, Caso no. 120/1998, en *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration* (Eldin, ed.), 2000, pp. 25, 28; Laudo Arbitral CCI Caso no. 3540 de 1980, *Yearb. Comm. Arb.*, VII, 1982 pp. 124, 128; Laudo Arbitral CCI Caso no. 2730 de 1982, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 490, 491; Laudo Arbitral CCI Caso no. 1422 de 1966, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 185, 186.

¹¹² Entre los comentaristas, *vid.*, *v.gr.*, Delvolvé/Rouche/Pointon, cit., p. 144; Derains/Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2005, p. 491; Schwarz/Konrad, *The Vienna Rules. A Commentary*, 2009, p. 619.

¹¹³ Para esta conclusión en la doctrina, *vid.* Born, *supra* nota 4, p. 2634; en la jurisprudencia arbitral, *vid.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 8113 de 1995, *Yearb. Comm. Arb.*, XXV, 2000, pp. 324, 325.

¹¹⁴ Nótese que de acuerdo con algún autor, la facultad discrecional de los árbitros para determinar las normas de conflicto de leyes “apropiadas” no les permite recurrir a las normas de conflicto de leyes que no guardan ninguna relación con la disputa; *vid.*, *v.gr.*, Böckstiegel, “Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationaler Schiedsgerichtsverfahren”, *Festschrift für Günther Beitzke*, 1979, pp. 443, 453.

entre soluciones que esencialmente equiparan los procedimientos arbitrales a los procedimientos ante tribunales estatales, hasta soluciones que enfatizan la naturaleza desnacionalizada del arbitraje comercial internacional¹¹⁶.

En efecto, los árbitros pueden querer aplicar el sistema de conflicto de leyes de los tribunales del país que hubiera tenido jurisdicción en ausencia de cláusula arbitral. La justificación para tal enfoque es que “[e]se país ha sido en realidad desposeído de su autoridad jurisdiccional por la cláusula arbitral y por tanto puede de esta forma reafirmar su control sobre el arbitraje”¹¹⁷. Sin embargo, este enfoque no reconoce que el arbitraje comercial internacional es diferente a los procedimientos ante tribunales estatales y que supuestamente, en buena medida, está libre del control de los tribunales estatales. Más aún, la incertidumbre se ve incrementada por el hecho de que los tribunales de más de un Estado pueden tener jurisdicción¹¹⁸ y, por tanto, numerosos sistemas de conflicto de leyes pueden presentarse como aplicables. No es sorprendente pues que este enfoque no haya conformado la base de ningún laudo arbitral que se conozca¹¹⁹.

Los árbitros pueden analizar las normas de conflicto de leyes *en la sede del arbitraje*¹²⁰. El enfoque según el cual se considera al tribunal arbitral como análogo a un tribunal situado en ese territorio y conforme al cual se asume que el arbitraje internacional tiene una *lex fori* en la sede del arbitraje¹²¹, si fuese empleado consistentemente por los tribunales arbitrales, tendría la ventaja de crear alguna certeza y previsibilidad sobre las normas de conflicto de leyes aplicables¹²². En efecto, el tribunal que sigue este enfoque adopta lo que

¹¹⁵ A pesar de las diferencias, las diversas soluciones parecen tener algo en común; *vid.* Grigera Naon, “International Commercial Arbitration – The Law Applicable to the Substance of the Dispute: Present Trends”, en *International Conflict of Laws for the Third Millennium* (Borchers / Zekoll, eds.), 2001, pp. 65, 67: todos “[c]riterios de elección de ley [...] seguidos por los árbitros comerciales internacionales al determinar la ley que rige el fondo de la disputa tienen un fin específico, se basan en consideraciones teleológicas”.

¹¹⁶ *Vid.* Croff, *supra* nota 1, p. 624.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Vid.* Wortmann, *cit.*, pp. 105–106.

¹¹⁹ Para esta afirmación, *vid.* Croff, *supra* nota 1, p. 624; Wortmann, *supra* nota 63, p. 106.

¹²⁰ Para esta idea, *vid.*, *v.gr.*, Mann, “*Lex Facit Arbitrum*”, en *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke* (Sanders ed.), 1967, pp. 157, 167.

¹²¹ *Vid.* Greenberg, *cit.*, p. 319.

¹²² *Vid.* también Wortmann, *cit.*, p. 106, afirmando que “debe mencionarse que esta solución promueve una de las grandes ventajas del arbitraje porque una aplicación estricta

básicamente equivale a las normas de elección de ley aplicable del foro¹²³ –y, por tanto, también a las limitaciones de esas normas de conflicto de leyes¹²⁴–. En vista de la amplia oposición¹²⁵, esta visión –en su momento fuertemente defendida en Inglaterra y varios países de Derecho civil– parece haber perdido parte de su atractivo¹²⁶.

En efecto, la visión más moderna que opta por considerar el foro del arbitraje como desnacionalizado o “anacional” y por considerarlo como un foro internacional en lugar de uno nacional llevó a un cierto desencanto hacia este enfoque, tanto por parte de la doctrina¹²⁷ como de los tribunales arbitrales¹²⁸, o de arbitrajes *ad hoc*¹²⁹. Más

de esta ‘teoría de la sede’ conlleva la previsibilidad y uniformidad de las disputas”; para afirmaciones similares, *vid.* también Chukwumerije, *supra* nota 71, p. 297.

¹²³ *Vid.* Mann, *supra* nota 106, p. 167, afirmando que “[t]al como el juez debe aplicar el Derecho internacional privado del foro, así también el árbitro debe aplicar el Derecho internacional privado de la sede del tribunal arbitral, la *lex arbitri*. Cualquier otra solución significaría que el árbitro es libre de ignorar la ley”.

¹²⁴ *Vid.* Mukopadhyay, “The Possible Conflict of Law Rules Employed in International Commercial Arbitration to Discern the Governing Law: An Analysis”, *Indian J. Arb. L.*, 1, 2013, p. 3, afirmando que una “inevitable consecuencia de esta teoría fue hacer que el tribunal arbitral, que de otro modo sería independiente, se encontrase atado con las mismas limitaciones que un tribunal nacional en lo que concierne a la aplicación de las ‘normas de conflicto’. Ello se debe a que este método hizo *obligatorio* para un tribunal arbitral constituido de forma independiente la aplicación de las normas de conflicto de la sede –del mismo modo que un tribunal nacional de la sede estaría obligado a hacer–, poniendo de esta forma en riesgo la flexibilidad del arbitraje comercial internacional”.

¹²⁵ *Vid.* Böckstiegel, *cit.*, p. 447 (citando a autores que critican el enfoque que nos ocupa); Croff, *supra* nota 1, p. 625 (igualmente); Triebel/Petzold, “Grenzen der *lex mercatoria* in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1988, pp. 245, 248 (igualmente).

¹²⁶ *Vid.*, en relación con la situación en Inglaterra, Born, *supra* nota 4, pp. 2630 *et seq.*; más generalmente, *vid.* Berger/Kellerhals, *supra* nota 1, en 445; Chukwumerije, *cit.*, p. 299; Greenberg, *cit.*, pp. 319–320; Mukopadhyay, *cit.*, p. 3 *ss*; Vismara, “Legge applicabile al contratto e norme di conflitto della sede dell’arbitrato. Rilevanza del comportamento concludente delle parti”, *Riv. arb.*, 2000, pp. 172, 173.

¹²⁷ Sugiriendo que el recurso a las normas de conflicto de leyes de la sede del arbitraje está más anticuado, *vid.*, aparte de los autores citados en las notas anteriores, Giovannucci Orlandi, “Convenzione europea sull’arbitrato commerciale internazionale”, en *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale* (Ferrari ed.), 2ª ed., 2002, pp. 445, 454; Schwarz/Konrad, *cit.*, p. 618; *vid.*, sin embargo, Tieder, “Factors to Consider in the Choice of the Procedural and Substantive Law in International Arbitration”, *J. Int’l Arb.*, 20, 2003, pp. 393, 400, afirmando que “las normas de conflicto de leyes consideradas aplicables [...] son a menudo las normas del *situs* del arbitraje”.

¹²⁸ *Vid.* Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional, Laudo Parcial de 23 junio 2000, Case no. 120/1998, en *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration*, *cit.* 98, 25, 28, afirmando que “la doctrina actual más acreditada y la jurisprudencia arbitral internacional admiten que para la determinación de la ley sustantiva, el árbitro puede dejar de lado la aplicación de las nor-

aún, la identificación de la sede del arbitraje no siempre procede de una elección de las partes¹³⁰, porque las partes pueden no haber elegido sede y la elección se realiza entonces por un tercero¹³¹, bien sea una institución arbitral¹³² o el propio tribunal arbitral¹³³, haciendo pues de la determinación de la sede del arbitraje algo casi fortuito¹³⁴. Incluso cuando las partes han elegido una sede arbitral, la elección puede ser poco representativa del entendimiento de las partes sobre las normas de conflicto de leyes en vigor en esa sede del arbitraje porque las partes pueden haber elegido la sede arbitral por razones totalmente distintas¹³⁵, como los costes en llegar a la sede arbitral, la existencia de servicios de apoyo en el país donde se sitúa la sede arbitral o la política de neutralidad de ese país¹³⁶.

El empleo de las normas de conflicto de leyes de la sede del arbitraje no puede ser equiparado al empleo que hacen los tribunales nacionales a sus normas de conflicto de leyes nacionales por otra razón: “El

mas de conflicto de leyes del foro”. Para afirmaciones similares, *vid.* también Laudo Arbitral CCI Caso no. 3540 de 1980, *Yearb. Comm. Arb.*, VII, 1982, pp. 124, 128, afirmando que “[c]onsiderando que en este campo la doctrina más reciente y acreditada así como la jurisprudencia de los árbitros, especialmente la de la CCI, reconoce que, para determinar la ley sustantiva, los árbitros pueden evitar la aplicación de las normas de conflicto del foro”.

¹²⁹ *Vid.* Tribunal Arbitral *ad hoc*, Laudo Arbitral de 10 octubre 1973, *Yearb. Comm. Arb.*, V, 1980, pp. 143, 148, en el que se afirma que “[e]s erróneo asumir, como se ha hecho doctrinalmente, sobre la base de la soberanía territorial del Estado donde la sede física donde un tribunal arbitral está situado, que la *lex arbitri* necesariamente rige las normas de conflicto de leyes aplicables”.

¹³⁰ *Vid.* también Basedow, *cit.*, p. 16; Caron et al., *supra* nota 71, p. 126; Mukopadhyay, *supra* nota 110, p. 4.

¹³¹ Para este argumento, *vid.*, *v.gr.*, Croff, *supra* nota 1, pp. 625 ss; Triebel/Petzold, *supra* nota 1110, p. 248.

¹³² A este respecto *vid.* también Wortmann, *cit.*, p. 108, afirmando que “en este caso, las ventajas de la certeza inherente de la ‘teoría de la sede’ son menos obvias, pues hasta que la institución no establecido la sede del tribunal arbitral las partes no sabrán el lugar, y por tanto no pueden prever la ley sustantiva aplicable al fondo de su disputa”.

¹³³ Para una lista de razones por las que las partes puede optar por una de arbitral en particular, *vid.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 4434 de 1983, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, *cit.*, pp. 458, 459.

¹³⁴ Para esta conclusión, *vid.* también Berlingeri, *cit.*, en 622; Chukwumerije, *cit.*, p. 299; Croff, *supra* nota 1, p. 625; Lorenz, “Die Lex mercatoria: Eine internationale Rechtsquelle”, en *Festschrift für Karl Neumayer zum 65. Geburtstag* (Werner Barfuß, ed.), 1985, p. 407, 415.

¹³⁵ *Vid.* Croff, *supra* nota 1, p. 626; Fouchard et al., *supra* nota 4, en ¶ 1541.

¹³⁶ Para esta y otras razones para elegir la sede arbitral, *Vid.* Delvolvé/Rouche/Pointon, *supra* nota 71, p. 138; Seznec, “The Role of the African State in International Commercial Arbitration”, *Vindobona J. Int’l Comm. L. & Arb.*, 8, 2004, pp. 211, 219; Wortmann, *cit.*, pp. 107–108.

propósito de las normas de conflicto de leyes es regular el ámbito de la competencia legislativa del Estado. Este propósito no se realiza obligando a árbitro internacional, que no es un órgano del Estado, a aplicar las normas de conflicto¹³⁷ ¹³⁸. Por tanto, no resulta sorprendente que tanto la jurisprudencia arbitral de la Corte de Arbitraje de la CCI de¹³⁹ y de otros centros de arbitraje¹⁴⁰ como la doctrina¹⁴¹ sugieren que “a día de hoy, parece bien asentado que los árbitros no están vinculados por la *lex forum arbitri* de la misma manera que un juez nacional está sujeto a la *lex fori*”¹⁴². Aun así, sería prematuro anunciar “el prácticamente total abandono de la aplicación de las normas de conflicto del llamado foro arbitral”¹⁴³, pues los tribunales

¹³⁷ Danilowicz, “The Choice of Applicable Law in International Arbitration”, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 9, 1986, pp. 235, 237; Greenberg, cit., p. 317; Lew/Mistelis/Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, ¶¶ 17–43 ss.

¹³⁸ Vid. también Wortmann, cit., p. 108, afirmando que “[s]i se mantiene que los tribunales arbitrales son equiparables a los tribunales nacionales, entonces el argumento de que el arbitraje sustituye al pleito ante los tribunales nacionales está enfatizado en exceso, puesto que las facultades de ambos se derivan de fuentes distintas: las del tribunal privado derivan del acuerdo de arbitraje, mientras que las de un tribunal nacional derivan del Estado y por tanto de lo público. En contraposición, los árbitros no ejercen poderes públicos o institucionales en nombre de un Estado. Como consecuencia, la base de la ‘teoría de la sede’, en concreto la equiparación con los jueces nacionales, niega el carácter privado del arbitraje”.

¹³⁹ Vid., v.gr., aparte de los laudos citados en la nota 128, Laudo Arbitral CCI Caso no. 2930 de 1982, *Yearb. Comm. Arb.*, IX, 1984, p. 105, afirmando que “la doctrina actual más acreditada y la jurisprudencia arbitral internacional admiten que para la determinación de la ley sustantiva, el árbitro puede dejar de lado la aplicación de las normas de conflicto de leyes del foro”; Laudo Arbitral CCI n. 4434 de 1983, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 458, 459; Laudo Arbitral CCI n. 2730 of 1982, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 490, 491.

¹⁴⁰ Vid. también Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional, Laudo Parcial de 23 junio 2000, Case no. 120/1998, en *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration*, cit., pp. 25, 28

¹⁴¹ Basedow, cit., p. 16; Derains, *Comments on ICC International Court of Arbitration, Arbitral Award in Case no. 1422*, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 186, 187; Petrochilos, *Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention*, disponible en <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/petrochilos.html>>; Vismara, cit., p. 173–174; menos recientemente, vid. Lalive, “Problèmes relatifs à l’arbitrage international commercial”, *Recueil des Cours*, 1967, p. 569.

¹⁴² Lopez–Rodríguez, “New Arbitration Acts in Denmark and Spain. The Application of Transnational Rules to the Merits of the Dispute”, *J. Int'l Arb.*, 23, 2006, pp. 125, 127.

¹⁴³ Goldman, “La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives”, *Journ. dr. int.*, 196, 1979, pp. 475, 491; vid. también, Blessing, “Choice of Substantive Law in International Arbitration”, *J. Arb. Int'l*, 14, 1997, pp. 39, 51 (afirmando que el enfoque referido en el texto “se mueve aún a día de hoy ‘como un fantasma’ aunque fue empujado a la tumba prematuramente ya en 1961”); Gaillard/Pinsolle, “Advocacy in International Commercial Arbitration: France”, en Bishop (ed.), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2004, pp. 133, 146 (afirmando que el recurso a “las normas de

arbitrales todavía continúan recurriendo a ellas¹⁴⁴, incluso a día de hoy¹⁴⁵.

Otra posibilidad es la elección de las normas de conflicto de leyes del Estado de origen del árbitro, sobre la base de que “el árbitro está más familiarizado con las normas de conflicto de su país de origen”¹⁴⁶.

Esta justificación no es convincente por diversos motivos. Primero, sugiere que los árbitros son incapaces de aplicar normas de conflicto de leyes distintas de las suyas propias, una idea que hace tiempo que fue rebatida¹⁴⁷. Segundo, el Estado de origen del árbitro puede no tener ningún vínculo con la disputa más allá de ser donde el árbitro tiene su origen¹⁴⁸, creando por tanto un vínculo con la disputa aún más fortuito que el vínculo de la sede del arbitraje. Tercero, este enfoque “se encuentra con el problema práctico de determinar el Estado de origen del árbitro, en concreto si es el lugar de la nacionalidad, ciudadanía, domicilio o residencia del árbitro”¹⁴⁹. Y finalmente, está la realidad práctica de que el tribunal arbitral puede estar compuesto por árbitros de diferentes Estados¹⁵⁰.

Como alternativa, los árbitros pueden aplicar el sistema de conflicto de leyes del país donde el laudo será ejecutado. Este enfoque es impracticable puesto que frecuentemente es imposible predecir dónde será ejecutado el laudo arbitral¹⁵¹. Más aún, este enfoque no tiene en cuenta que la parte contra la que será ejecutado el laudo puede tener bienes en diversos países, haciendo probable que la ejecución se produzca en más de un Estado¹⁵².

conflicto de la sede del arbitraje [...] está obsoleto y casi enteramente abandonado”); *Redfern/Hunter (with Blackaby & Partasides)*, cit., en ¶ 2–84 (afirmando que el recurso a las normas de conflicto de la sede arbitral es “cada vez más un anacronismo”).

¹⁴⁴ Para esta afirmación, *vid.* también Born, *supra* nota 4, p. 2647.

¹⁴⁵ *Vid.*, *v.gr.*, Laudo Arbitral CCI Caso no. 10303, referido en Grigera Naon, cit., p. 230; Laudo Arbitral CCI Caso no. 9771 de 2001, *Yearb. Comm. Arb.*, IXXX, 2004, pp. 46, 52–53; Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Budapest, Laudo Arbitral de 10 diciembre 1996, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961210h1.html>>; *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg*, Laudo Arbitral de 21 marzo 1996, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1996, p. 766.

¹⁴⁶ Danilowicz, cit., p. 261.

¹⁴⁷ Croff, *supra* nota 1, en 628; Lalive, cit., p. 160.

¹⁴⁸ Para esta crítica, *vid.*, *v.gr.*, Born, *supra* nota 4, p. 2645 ss.

¹⁴⁹ Danilowicz, *supra* nota 122, en 261–262; *vid.* también Croff, *supra* nota 1, p. 628; Wortmann, cit., p. 108.

¹⁵⁰ Para este argumento *vid.* también Wortmann, cit., p. 109.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Para esta crítica, *vid.* también Croff, *supra* nota 1, p. 628.

Los árbitros pueden también elegir aplicar el sistema de conflicto de leyes del país más estrechamente vinculado a la disputa. Sin embargo, ese enfoque ha sido usado solo en raras ocasiones¹⁵³, porque “agrava la incertidumbre del análisis de conflicto de leyes al requerir efectivamente dos análisis, sin aportar ningún beneficio discernible. Específicamente, este enfoque requiere identificar qué Estado está “más estrechamente vinculado” con la disputa –lo que en sí mismo es un asunto potencialmente complicado–, posteriormente identificar cuáles son las normas de conflicto de ese Estado –nuevamente, algo no necesariamente sencillo–, y finalmente aplicar esas normas de conflicto para elegir la ley sustantiva, lo que requiere una vez más un análisis potencialmente complejo”¹⁵⁴.

Algunos tribunales han intentado establecer la ley aplicable atendiendo a los diversos conjuntos de normas de conflictos de leyes relacionados con la disputa (un enfoque conocido como el enfoque cumulativo)¹⁵⁵. Uno de los ejemplos¹⁵⁶ paradigmáticos de este enfoque es el Laudo Parcial en el caso CCI No. 6149 de 1990, el cual trataba sobre una reclamación por incumplimiento contractual por parte de un vendedor coreano contra un comprador jordano ante un tribunal arbitral en Francia conforme al Reglamento de la CCI. Las partes no habían llegado a ningún acuerdo sobre la ley aplicable, y el tribunal, conforme al art. 13 de la versión entonces vigente del Reglamento CCI, debía aplicar la ley “designada como ley adecuada por la norma

¹⁵³ *Vid., v.gr.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 8113 de 1995, *Yearb. Comm. Arb.*, XXV, 2000, pp. 324, 325, en el que el tribunal arbitral recurrió a las normas de conflicto de leyes sirias debido a “varios factores de vinculación” relacionaban la disputa con Siria (“El demandante es un ciudadano sirio cuyo establecimiento está en Siria, y los servicios correspondientes a las “deudas monetarias” han sido supuestamente prestados en Siria, con el fin de obtener un contrato sirio con una autoridad siria. Por tanto, el tribunal halla que las normas de conflicto de leyes sirias son las más apropiadas para aplicar a esta disputa”).

¹⁵⁴ Born, *supra* nota 4, p. 2654.

¹⁵⁵ Para una de las primeras discusiones sobre este enfoque, *vid.* Derains, “L’application cumulative par l’arbitre des systems de conflit de lois intéressées au litige”, *Rev. arb.*, 18, 1972, p. 99.

¹⁵⁶ Para otros ejemplos, *vid., v.gr.*, entro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional, Laudo Parcial de 23 junio 2000, Caso no. 120/1998, en *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration*, cit., pp. 25, 29; Laudo Arbitral CCI Caso no. 7319 de 1992, *Yearb. Comm. Arb.*, XXIV 1999, pp. 141, 142 ss; Laudo Arbitral CCI Caso no. 7250 de 1992, *ICC IC Arb. Bulletin*, 7, 1996, p. 92; Laudo Arbitral CCI Caso no. 7197 de 1992, *Journ. dr. int.* 138, 1993, p. 1029; Laudo Arbitral CCI Caso no. 6281 de 1989, *Yearb. Comm. Arb.*, XV, 1990, pp. 96, 97; Laudo Arbitral Provisional CCI en el Caso no. 6149 de 1990, *Yearb. Comm. Arb.*, XX, 1995, p. 41; Laudo Arbitral CCI Caso no. 5314, *Yearb. Comm. Arb.*, XX, 1995, pp. 35, 35 ss; Laudo Arbitral CCI Caso no. 4996 de 1985, *Journ. dr. int.*, 113, 1986, p. 1131.

de conflicto que considerase apropiada”. El tribunal arbitral examinó diferentes conjuntos de normas de conflicto de leyes, las cuales apuntaban todas a la ley coreana como aplicable. Examinó las normas de conflicto de leyes de los Estados vinculados con la materia que era objeto del arbitraje y halló que las normas de conflicto de leyes coreanas (sede del vendedor, lugar de contratación), jordanas (sede del comprador), iraquíes (lugar de entrega de los bienes) y francesas (sede del arbitraje) apuntaban todas a la ley coreana como aplicable. El tribunal también examinó los “principios modernos de conflicto de leyes” de dos convenciones internacionales (el Convenio de la Haya de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales y el Convenio de Roma), y estableció que también ellas apuntaban a la ley doméstica del vendedor –en este caso, la ley coreana–. Tal enfoque tiene el atractivo¹⁵⁷ de ser coherente con el carácter anacional del arbitraje comercial internacional¹⁵⁸ así como ser más acorde con las expectativas de las partes¹⁵⁹, y reducir la posibilidad de impugnación del laudo basada en la aplicación de la ley errónea¹⁶⁰, en las pocas situaciones en las que tal impugnación es posible¹⁶¹. No obstante, este enfoque, que resulta bastante oneroso¹⁶², es útil solo cuando las normas de conflicto de leyes son similares¹⁶³ o convergentes¹⁶⁴, o al menos llevan al mismo resultado¹⁶⁵, a menos, por

¹⁵⁷ Vid. también Craig/Park/Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2000, ¶ 17.02, afirmando que “[e]l método cumulativo es particularmente apto para su uso en el procedimiento arbitral [...]. Los árbitros son capaces de infundir un elemento internacional en el procedimiento y asegurar a ambas partes que la cuestión no ha sido determinada por la limitada aplicación de un ordenamiento de un Estado, cuya relación con la disputa no es necesariamente predominante”.

¹⁵⁸ Vid. Born, *supra* nota 4, p. 2650; Grigera Naon, cit., en 191; Mukopadhyay, cit., p. 8; Lew/Mistelis/Kröll, cit., en ¶ 17–64; Schwarz/Konrad, cit., p. 619.

¹⁵⁹ Vid. Chukwumerije, *supra* nota 71, p. 302; Derains, “L’ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l’arbitrage international”, *Rev. arb.*, 32, 1986, pp. 375, 382; Fouchard *et al.*, *supra* nota 4, en ¶ 1547; Greenberg, cit., p. 322.

¹⁶⁰ Para este argumento, *vid.* Born, *International Arbitration. Cases and Materials*, 2ª ed., 2015, p. 975, afirmando que el enfoque cumulativo “proporciona cierta protección contra la impugnación del laudo por el error en la aplicación de las normas de conflicto de leyes apropiadas”; *vid.* también Lew/Mistelis/Kröll, cit., en ¶ 17–64.

¹⁶¹ Para una teoría sobre cuándo tales impugnaciones deberían ser posibles, *vid.* Silberman/Ferrari, *supra* nota 3, pp. 305–323.

¹⁶² Schwarz/Konrad, cit., p. 611.

¹⁶³ Vid. también Croff, *supra* nota 1, en 630; Fouchard *et al.*, *supra* nota 4, en ¶ 1547; Wortmann, cit., p. 110.

¹⁶⁴ Vid. Grigera Naon, cit., p. 29.

¹⁶⁵ Vid. también Lew/Mistelis/Kröll, cit., en ¶ 17–63, afirmando que “[p]ara que el árbitro aplique el enfoque de la aplicación cumulativa las normas de conflicto involucradas no necesitan ser idénticas. Por ejemplo, un falso conflicto podría existir incluso si una de las

supuesto, que se adopte la visión de que es suficiente “adopt[ar...] la ley que emerja más frecuentemente como la ley aplicable”¹⁶⁶. Ello significa que el valor persuasivo de este enfoque es inversamente proporcional al número de leyes distintas que surgen como ley aplicable al aplicar diversos conjuntos de normas de conflicto de leyes¹⁶⁷. Más aún, este enfoque deja gran discreción a los árbitros¹⁶⁸ para decidir qué normas de conflicto de leyes están vinculadas con la disputa y por tanto deben tomarse en cuenta.

Otro enfoque que enfatiza el carácter anacional del arbitraje comercial internacional consiste en recurrir a las normas de conflicto de leyes presentes en instrumentos que son en sí mismos de alguna forma “anacionales”, como la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, el Convenio de Roma¹⁶⁹ y el Convenio de la Haya de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales¹⁷⁰. Este enfoque, que ciertamente refleja la naturaleza desnacionalizada del arbitraje comercial internacional, se basa en la suposición de que

jurisdicciones coincide con la ley del lugar de celebración del contrato y la otra con la ley del lugar de cumplimiento, si el contrato fue celebrado y debe ser cumplido en el mismo lugar”. *Vid.* también Born, cit., p. 302, afirmando que “el enfoque cumulativo es reconfortante, pero no proporciona orientación cuando un “verdadero conflicto” existe. Si las leyes sustantivas potencialmente aplicables llevan a diferentes resultados, entonces (se dice) debe realizarse alguna elección entre ellas”. Para afirmaciones similares, *vid.* también Mukopadhyay, cit., p. 8.

¹⁶⁶ Lew, “Determination of Applicable Substantive Law”, *Int’l Bus. Lawyer*, 25, 1997, pp. 157, 159.

¹⁶⁷ En efecto, “este enfoque no sirve de guía cuando distintas normas de elección de ley apuntan a dos o más leyes sustantivas nacionales (el “verdadero conflicto” definitivo). En este caso, algún otro principio de conflictos debe aplicarse para elegir entre las posibles alternativas consideradas por el análisis “cumulativo””, Born, *supra* nota 4, p. 2650. Para un tribunal arbitral indicando que las normas de conflicto de leyes de varios ordenamientos vinculados con la disputa no permitían al tribunal determinar la ley aplicable, puesto que las normas de conflicto de leyes analizadas no llevaban a la misma ley, *vid.* Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral en el Caso no. 3540 of 1956, *Yearb. Comm. Arb.*, 1982, pp. 124, 127.

¹⁶⁸ *Vid.* Osman/Salama, cit., pp. 276–277.

¹⁶⁹ *Vid.* Nederlands Arbitrage Instituut, Laudo Parcial Final de 17 mayo 2005 y Laudo Final de 5 julio 2005, *Yearb. Comm. Arb.*, XXXI 2006, p. 172, 179; Nederlands Arbitrage Instituut, Laudo Provisional de 10 febrero 2005, *Yearb. Comm. Arb.*, XXXII, 2007, pp. 93, 99–100; Laudo Arbitral CCI Caso no. 9771 de 2001, *Yearb. Comm. Arb.*, IXXX, 2004, pp. 46, 54.

¹⁷⁰ *Vid.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 5885 de 1989, *Yearb. Comm. Arb.*, XVI 1991, pp. 91, 92; Laudo Arbitral CCI Caso no. 5713 de 1989, *Yearb. Comm. Arb.*, XV 1990, pp. 70, 71; Laudo Arbitral Provisional CCI Caso no. 5505 de 1987, *Yearb. Comm. Arb.*, XIII, 1988, pp. 110 (119); Laudo Arbitral CCI Caso no. 3779 de 1981, *Yearb. Comm. Arb.*, IX, 1984, pp. 124, 126.

“[c]uanto más distante se encuentre la elección de ley del Derecho internacional privado nacional, mayor será la probabilidad de que la solución sustantiva obtenida esté libre de influencias regionalistas de cualquier ordenamiento jurídico nacional particular”¹⁷¹.

Igualmente acorde con la naturaleza desnacionalizada del arbitraje comercial internacional es el recurso a los “principios generales de conflicto de leyes”¹⁷², el “equivalente en cuanto a elección de ley a los principios generales de Derecho sustantivo. Este enfoque conlleva encontrar principios comunes o ampliamente aceptados en los principales ordenamientos de Derecho internacional privado”¹⁷³. Identificar tales “principios generales” puede resultar difícil para los árbitros¹⁷⁴ y puede explicar por qué los árbitros prefieren analizar instrumentos internacionales para encontrar principios generales¹⁷⁵. Aunque los instrumentos internacionales son en sí mismos la prueba de cierto consenso¹⁷⁶, los tribunales arbitrales también han aplicado ins-

¹⁷¹ Grigera Naon, cit., pp. 183–184; *vid.* también Born, *supra* nota 4, pp. 2651–2652, afirmando que “las normas de conflicto “internacionales” están libres de las particularidades de los ordenamientos jurídicos nacionales, y de los costes, retrasos e incertidumbres de elegir entre varios análisis contemporáneos de conflicto, proporcionando precisamente el tipo de principios internacionales uniformes y neutrales que los partidarios del arbitraje internacional prometen y los empresarios desean”.

¹⁷² Para laudos arbitrales refiriéndose expresamente a los “principios generales del Derecho internacional privado”, *vid.* Comisión de Arbitraje Internacional Económico y Comercial de China, Laudo Arbitral de 2 septiembre 2005, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1355&step=FullText>>; Laudo Arbitral CCI Caso no. 3316 de 1979, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 385, 386; *vid.* también Laudo Arbitral CCI Caso no. 7071, citado en Born, *supra* nota 4, en 2652; Laudo Arbitral CCI Caso no. 3540 of 1980, *Yearb. Comm. Arb.*, VII, 1982, pp. 124, 126; Laudo Arbitral CCI Caso no. 1434 of 1975, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 262, 265.

¹⁷³ Fouchard et al., *supra* nota 4, en ¶ 1547; *vid.* también Mukopadhyay, *supra* nota 110, p. 9.

¹⁷⁴ Mukopadhyay, *supra* nota 110, en 9; Lew/Mistelis/Kröll, cit., en ¶ 17–65 *et seq*; Schäfer/Verbist/Imhoos, *ICC Arbitration in Practice*, 2004, p. 85.

¹⁷⁵ *Vid.*, *v.gr.*, Laudo Arbitral CCI Caso no. 6527 of 1991, *Yearb. Comm. Arb.*, XVIII, 1993, pp. 44, 46 (afirmando que en lugar de recurrir a las normas de conflicto de leyes de la sede arbitral, “el tribunal arbitral considera más apropiado aplicar los principios generales del Derecho internacional privado tal y como se han expresado en convenios internacionales, en concreto aquellos en el ámbito de la compraventa de bienes muebles”); Laudo Arbitral CCI Caso no. 6360 de 1990, 1 *ICC IC Arb. Bulletin*, 1990, p. 24 (empleando el Convenio de Roma como un conjunto de normas de Derecho internacional privado generalmente aceptadas); en la doctrina *Vid.*, *v.gr.*, Di Blasé, “Questioni in tema di diritto applicabile all’arbitrato commerciale internazionale”, *Riv. arb.*, 2000, pp. 381, 382; Mukopadhyay, cit., p. 10.

¹⁷⁶ Fouchard et al., *supra* nota 4, en ¶ 1549; *vid.* also Basedow, cit., p. 18.

trumentos de Derecho internacional no vigentes¹⁷⁷, socavando en cierta medida la justificación para acudir a instrumentos internacionales en lugar de a “principios generales” de conflicto de leyes.

Por supuesto, la propia existencia de todos los enfoques anteriores –así como de otros más enfoques, como el que lleva a la aplicación de las normas de conflicto de leyes del Estado más estrechamente vinculado a la disputa¹⁷⁸– demuestra que las normas sustantivas que finalmente serán aplicadas sobre la base del enfoque indirecto anteriormente mencionado serán tan impredecibles como las normas sustantivas a las que se llegaría mediante el enfoque directo. Ello ha llevado a un autor a indicar correctamente que “la elección de ley sustantiva aplicable en arbitraje internacional está a menudo rodeada de incertidumbre. Ello no es coherente con el ideal de previsibilidad que el arbitraje internacional promete, en particular en lo referido a la ley aplicable”¹⁷⁹.

En la opinión de este autor, ello significa que una parte que quiere que un conjunto de normas apliquen debe llegar a un acuerdo respecto a la elección de ese conjunto de normas, incluida la CNUCCIM. El precio por no elegir la ley aplicable es demasiado alto. Por supuesto, el resultado será más previsible cuando el enfoque indirecto tome la forma que adopta conforme a la ley alemana de arbitraje, o la ley japonesa de arbitraje o el reciente Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional¹⁸⁰, conforme al cual, en ausencia de elección de las partes, el tribunal arbitral aplicará la ley del Estado con el cual la materia que es objeto del procedimiento esté más estrechamente vinculada.

Ello se debe a que, a día de hoy, se entiende qué significa “más estrechamente vinculado”, constituyendo este concepto un factor de conexión al que recurren tanto los legisladores domésticos como internacionales¹⁸¹.

¹⁷⁷ Vid. Laudo Arbitral CCI Caso no. 6527 de 1991, *Yearb. Comm. Arb.*, XVIII, 1993, pp. 44, 46.

¹⁷⁸ Vid. Born, *supra* nota 4, pp. 2653 ss.

¹⁷⁹ Born, *supra* nota 143, pp. 977 ss.

¹⁸⁰ Vid. art. 33.1º Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional: “El tribunal arbitral decidirá el caso de acuerdo con las normas jurídicas acordadas por las partes o, en ausencia de elección de ley, mediante la aplicación de las normas jurídicas con las que la disputa tenga el vínculo más estrecho”.

¹⁸¹ Para artículos sobre el “vínculo más estrecho” en Derecho internacional privado, *vid.*, *v.gr.*, Baratta, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti* (1991); Geisler, *Die engste Verbindung im Internationalen Privatrecht* (2001); Lopes Pegna, “Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di regolamento ‘Roma I’”, *Riv. dir. int.*, 2006, p. 756; Remien, “Engste Verbindung

Bibliografía

- ABEND: *Die lex validitatis im internationalen Vertragsrecht*, 1994.
- ACHILLES: *Kommentar zum UN-Kaufrechts-übereinkommen (CISG)* 25 (2000).
- AUDIT: “Choice of the Applicable Law by the Parties”, en *The Application of Substantive Law by International Arbitrators* (Bortolotti / Mayer, eds.), 2014, pp. 10 ss.
- AUDIT: *La vente internationale de marchandises*, 1990
- BARATTA: *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, 1991.
- BASEDOW: “Vertragsstatut und Arbitrage nach neuem IPR”, *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, 1987, pp. 3 ss.
- BELL: “The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Pace International L. Rev.*, 1996, pp. 237 ss.
- BELL: “Why Singapore Should Withdraw Its Reservation to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, *Singapore Yearb. Int'l. L.*, 2005, pp. 55 ss.
- BENICKE: en *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* Art. 1 CISG ¶ 3^a ed., 2013, pp. 39 ss.
- BÉRAUDO: “La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'arbitrage”, *ICC ICArb. Bulletin*, 5, 1994, pp. 60 ss.
- BERGER / KELLERHALS: *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, 2006.
- BERGER: *International Economic Arbitration*, 1993.
- BERLINGERI: “The Law Applicable by the Arbitrators”, *Il diritto marittimo*, 1998, pp. 617 ss.
- BINDER: *International Commercial Arbitration and Conciliation in the UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 3^a ed., 2010, pp. 336 ss.
- BLACK *et al.*: “Arbitration of Cross Border Disputes”, *Construction Lawyer* 27, 2008, pp. 5 ss.
- BLESSING: “Choice of Substantive Law in International Arbitration”, *J. Arb. Int'l*, 14, 1997, pp. 39 ss.
- BÖCKSTIEGEL: “Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationaler Schiedsgerichtsverfahren”, *Festschrift für Günther Beitzke*, 1979, pp. 443 ss.
- BONELL: “Art. 6”, en *Commentary on the International Sales Law* (Michael J. Bonell/Massimo C. Bianca eds.), 1987.

und Ausweichklauseln”, en *Brauchen wir eine Rom o-Verordnung?: Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR* (Leible/Unberath ed., 2013); Spiro, “The evolution of the closest (most significant) connection in the conflict of laws”, *Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 1990, pp. 74–83.

- BORN; *International Arbitration. Cases and Materials*, 2ª ed., 2015.
- BORN: *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., 2014.
- BOSCHIERO: “Le Convenzioni di diritto materiale uniforme”, en *Trattato di diritto privato*, vol. 21, 1987, pp. 259 ss.
- BRUNET / JOHNSON: “Substantive Fairness in Securities Arbitration”, *University of Cincinnati L. Rev.*, 76, 2008, pp. 459 ss.
- CARBONE / LUZZATTO: “I contratti del commercio internazionale”, en *Trattato di diritto privato*, 11, 1984, pp. 111 ss.
- CARON *et al.*: *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2006.
- CHUKWUMERIJE: “Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration”, *Anglo-American L. Rev.*, 23, 1994, pp. 265 ss.
- COOK: “The U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Mandate to Abandon Legal Ethnocentricity”, *Journal of Law and Commerce*, 16, 1997, pp. 257 ss.
- CRAIG / PARK / PAULSSON: *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2000.
- CROFF: “The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem?”, *International Lawyer*, 16, 1982, pp. 613 ss.
- CZERWENKA: *Rechtsanwendungs-probleme in internationalen Kaufrecht. Das Kollisionsrecht bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen und der Anwendungsbereich der internationalen Kaufrechts-übereinkommen*, 1988.
- CZWERWENKA: “Anwendung des Einheitlichen Kaufgesetzes zwischen deutschen und englischen Parteien”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1986, pp. 293 ss.
- DANILOWICZ: “The Choice of Applicable Law in International Arbitration”, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 9, 1986, pp. 235 ss.
- DATE-BAH: “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Overview and Selective Commentary”, *Review of Ghana Law*, 11, 1979, pp. 50 ss.
- DE AGUILAR VIERIA: “La Convention de Vienne et l'arbitrage: Perspectives en droit brésilien”, *Unif. L. Rev.*, 2013, pp. 606 ss.
- DE LY: “La pratique de l'arbitrage commercial international et la vente internationale”, *International Business Law Journal*, 2001, p. 465 ss.
- DELVOLVÉ / ROUCHE / POINTON: *French Arbitration Law and Practice*, 2003.
- DERAINS / SCHWARTZ: *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2ª ed., 2005.
- DERAINS: “L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international”, *Rev. arb.*, 32, 1986, pp. 375 ss.
- DERAINS: “L'application cumulative par l'arbitre des systems de conflit de lois intéressées au litige”, *Rev. arb.*, 18, 1972, pp. 99 ss.
- DI BLASÉ: “Questioni in tema di diritto applicabile all'arbitrato commercial internazionale”, *Riv. arb.*, 2000, pp. 381 ss.

- DJORDJEVIĆ: “Application of the CISG Before the Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce: Looking Back at the Latest 100 Cases”, *Journal of Law and Commerce*, 28, 2010, pp. 1 ss.
- DOKTER: “Interpretation of exclusion–clauses of the Vienna Sales Convention”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004, pp. 430 ss.
- DORE / DEFRANCO: “A Comparison of the Non–Substantive Provisions of the UNCITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code”, *Harvard Int’l L. J.*, 23, 1982, pp. 49 ss.
- DORE: “Choice of Law under the International Sales Convention: A U.S. Perspective”, *Am. J. Int’l L.*, 77, 1981, pp. 521 ss.
- DUTTON: “Risky Business: The Impact of the CISG on the International Sale of Goods, Guide for Merchants to Limit Liability and Increase Certainty Inside and Outside of the CISG”, *European Journal of Law Reform*, 7, 2005, pp. 239 ss.
- EHRENZWEIG: *Conflict of Laws*, 1960.
- ENDERLEIN / MASKOW: *International Sales Law*, 1992.
- ERAUW: “Waneer is het Weens koopverdrag van toepassing?”, en *Het Weens Koopverdrag* (Hans van Houtte et al. eds.), 1997, pp. 21 ss.
- FARNSWORTH: “Review of Standard Forms or Terms under the Vienna Convention”, *Cornell Int’l L.J.*, 21, 1988, pp. 439 ss.
- FERRARI / TORSELLO: *International Sales Law – CISG in a nutshell*, 2014.
- FERRARI: “Short notes on the impact of the Article 95 reservation on the occasion of Prime Start Ltd. v. Maher Forest Products Ltd. et al., 17 de julio de 2006”, *Internationales Handelsrecht*, 2006, pp. 248 ss.
- FERRARI: *La vendita internazionale*, 2ª ed., 2006.
- FERRARI: “Diritto uniforme della vendita internazionale: questioni di applicabilità e di diritto internazionale privato”, *Riv. dir. civ.*, 1995, pp. 669 ss.
- FERRARI: “Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing”, *Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, 1995, pp. 81 ss.
- FERRARI: “Zum vertraglichen Ausschluss des UN–Kaufrechts”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2002, pp. 737 ss.
- FERRARI: *Contracts for the International Sale of Goods*, 2ª ed., 2012.
- FERRARI: en *Kommentar zum Einheitlichen UN–Kaufrecht– CISG Art. 1 ¶ 78* (Ingeborg Schwenzer, ed., 6ª ed., 2013).
- FISANICH: “Application of the U.N. Sales Convention in Chinese International Commercial Arbitration: Implications for International Uniformity”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, 10, 1999, pp. 101 ss.
- FOUCHARD et al.: *International Commercial Arbitration* (Gaillard/Savage eds.), 1999.
- FUMAGALLI: “La legge applicabile al merito della controversia second il regolamento ICC del 1998”, *Dir. comm. int.*, 2001, pp. 539 ss.

- GAILLARD / PINSOLLE: "Advocacy in International Commercial Arbitration: France", en Bishop (ed.), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2004, pp. 133 ss.
- GARRO / ZUPPI: *Compraventa internacional de mercaderías*, 1990.
- GEISLER: *Die engste Verbindung im Internationalen Privatrecht*, 2001.
- GIOVANNUCCI ORLANDI: "Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale", en *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale* (Ferrari ed.), 2ª ed., 2002, pp. 445 ss.
- GOLDMAN: "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", *Journ. dr. int.*, 196, 1979, pp. 475 ss.
- GRAFFI: "L'applicazione della Convenzione di Vienna in alcune recenti sentenze italiane", *European Legal Forum*, 2000/2001, pp. 240 ss.
- GRBIC: "Putting the CISG Where it Belongs: In the Uniform Commercial Code", *Touro L. Rev.*, 29, 2012, pp. 173 ss.
- GREENBERG: "The Law Applicable to the Merits in International Arbitration", *Vindobona J. Int'l Comm. L. & Arb.*, 8, 2004, pp. 315 ss.
- GRIGERA NAON: "Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration", *Recueil des Cours*, 289, 2001, pp. 9 ss.
- GRIGERA NAON: "International Commercial Arbitration – The Law Applicable to the Substance of the Dispute: Present Trends", en *International Conflict of Laws for the Third Millennium* (Borchers/Zekoll eds.), 2001, pp. 65 ss.
- GRIJALVA / IMBERG: "The Economic Impact of International Trade on San Diego and the Application of the United Nations Convention on the International Sale of Goods to San Diego/Tijuana Commercial Transactions", *San Diego L. Rev.*, 35, 1998, pp. 769 ss.
- HAY: "Forum-Selection and Choice of Law Clauses in American Conflicts Laws", in *Gedächtnisschrift für Michael Gruson* (Baums/Hutter eds.), 2009, pp. 195 ss.
- HAYWARD: "New Dog, Old Tricks: Solving a Conflict of Laws Problem in CISG Arbitrations", *J. Int'l Arb.*, 26, 2009, pp. 405 ss.
- HEISS: "Internationales Privatrecht in der Schiedsgerichtsbarkeit", *Schiedsgerichtsbarkeit in Zentraleuropa* (Paul Oberhammer ed.), 2005, pp. 89 ss.
- HERBER / CZERWENKA: *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. de abril de 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, 1991.
- HOLLMAN: "§ 1301 Form 4. Clause selecting applicable law—Opt out election from the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)", en *West's California Code Forms with Commentaries*, 3ª ed., 2013.
- HOLTHAUSEN: "Vertraglicher Ausschluß des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1989, pp. 513 ss.
- HONNOLD: *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., 1999.

- JANSSEN / SPILKER: "The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2013, pp. 131 ss.
- JOHNSON: "Understanding Exclusion of the CISG: A new Paradigm of Determining Party Intent", *Buffalo L. Rev.*, 59, 2011, pp. 213 ss.
- KENNEDY: "Recent Developments: Nonconforming Goods Under the CISG – What's a Buyer to Do?", *Dickinson J. Int'l L.*, 16, 1998, pp. 319 ss.
- KINDLER: "Die Anwendungsvoraussetzungen des Wiener Kaufrechtsübereinkommens der Vereinten Nationen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr", *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1988, pp. 776 ss.
- KLEPPER: "The Convention for the International Sale of Goods: A Practical Guide for the State of Maryland and Its Trade Community", *Maryland J. Int'l L. & Trade*, 15, 1991, pp. 235 ss.
- KRITZER: *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1989.
- LAGARDE: "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 287 ss.
- LALIVE: "Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial", *Recueil des Cours*, 1967, p. 569 ss.
- LANDO: "The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1987, pp. 60 ss.
- LANDO: "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", en *Essays on International Commercial Arbitration*, Sarcevic, ed., 1991, pp. 129 ss.
- LEW / MISTELIS / KRÖLL : *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003.
- LEW: "Determination of Applicable Substantive Law", *Int'l Bus. Lawyer*, 25, 1997, pp. 157 ss.
- LIGUORI: "La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili nella pratica: un'analisi critica delle prime cento decisioni", *Foro italiano*, 1996/V, pp. 145 ss.
- LOPES PEGNA: "Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di regolamento 'Roma I'", *Riv. dir. int.*, 2006, pp. 756 ss.
- LOPEZ-RODRIGUEZ: "New Arbitration Acts in Denmark and Spain. The Application of Transnational Rules to the Merits of the Dispute", *J. Int'l Arb.*, 23, 2006, pp. 125 ss.
- LORENZ: "Die Lex mercatoria: Eine internationale Rechtsquelle", en *Festschrift für Karl Neumayer zum 65. Geburtstag* (Werner Barfuß, ed.), 1985, pp. 407 ss.
- MAGNUS: *Wiener UN-Kaufrecht – CISG*, 2013.
- MANKOWSKI: en *Internationales Vertragsrecht Art. 95 CISG* (Franco Ferrari et al. eds., 2^a ed.), 2012.
- MANN: "Lex Facit Arbitrum", en *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke* (Sanders ed.), 1967, pp. 157 ss.

- MAYER: “L’application par l’arbitre des conventions internationales de droit privé”, en *L’internationalisation du droit: Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn*, 1994, pp. 275 ss.
- MUKOPADHYAY: “The Possible Conflict of Law Rules Employed in International Commercial Arbitration to Discern the Governing Law: An Analysis”, *Indian J. Arb. L.*, 1, 2013, pp. 3 ss.
- MURPHY: “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Creating Uniformity on International Sales Law”, *Fordham Int’l L.J.*, 12, 1989, pp. 727 ss.
- OSMAN / SALAMA: “Les méthodes de détermination du droit applicable par l’arbitre: vers un rattachement de la “voie directe” à la méthode conflictuelle”, *ASA Bulletin*, 21, 2003, pp. 272 ss.
- OSTENDORF *et al.*: “Möglichkeiten und Grenzen von Haftungsbeschränkungen in internationalen Lieferverträgen zwischen Unternehmern”, *Internationales Handelsrecht*, 2006, pp. 21 ss.
- LALIVE, “Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l’arbitre international siégeant en Suisse”, *Rev. arb.*, 1976, pp. 155 ss.
- PAPANDRÉOU–DETERVILLE: “La Convention de Vienne l’emporte sur le Statute of Frauds”, *Recueil Dalloz–Sirey Jurisprudence*, 2002, pp. 398 ss.
- PARK: “The Predictability Paradox. Arbitrators and Applicable Law, en *The Application of Substantive Law by International Arbitrators 60* (Bortolotti/Mayer eds.), 2014.
- PATRIKIOS: “Resolution of Cross–Border E–Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E–Business Usages: The Emergence of a Lex Informatica”, *Univ. Toledo L. Rev.*, 38, 2006, pp. 271 ss.
- PERALES VISCASILLAS, “Applicable Law, the CISG, and the Future Convention on International Commercial Contracts”, *Villanova L. Rev.*, 58, 2013, pp. 733 ss.
- PETROCHILOS: *Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention* <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ petrochilos.html>>.
- PILTZ: *Internationales Kaufrecht. Das UN–Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung*, 2^a ed., 2008.
- PLANTARD: “Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980”, *Journ. dr. int.*, 1988, pp. 311 ss.
- POSCH / TERLITZA: “Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs zur UN–Kaufrechtskonvention (CISG)”, *Internationales Handelsrecht*, 2001, pp. 47 ss.
- REDFERN / HUNTER (CON BLACKABY & PARTASIDES): *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4^a ed., 2004.
- REIFNER: “Stillschweigender Ausschluss des UN–Kaufrechts im Prozess?”, *Internationales Handelsrecht*, 2002, pp. 52 ss.
- REMIEN: “Engste Verbindung und Ausweichklauseln”, en *Brauchen wir eine Rom o–Verordnung?: Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR* (Leible/Unberath ed.), 2013.

- RENDELL: "The New U.N. Convention on International Sales Contracts: An Overview", *Brooklyn J. Int'l L.*, 15, 1989, pp. 23 ss.
- RICHARDS: "Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention", *Iowa L Rev.*, 69, 1983, pp. 209 ss.
- ROVELLI: "Conflitti tra norme della Convenzione e norme di diritto internazionale privato", en *La vendita internazionale. La Convenzione dell'11 aprile 1980*, 1981, pp. 89 ss.
- SACERDOTI: "I criteri di applicazione della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: diritto uniforme, diritto internazionale privato e autonomia dei contratti", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 733 ss.
- SANNINI: *L'applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale negli Stati Uniti*, 2006.
- SARAVALLE: "Commento all'art. 3 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali", *Nuove Leggi civili commentate*, 1995. pp. 940 ss.
- SCHÄFER / VERBIST / IMHOOS: *ICC Arbitration in Practice*, 2004.
- SCHLECHTRIEM / WITZ: *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale marchandises*, 2008.
- SCHMIDT-AHRENDTS: "CISG and Arbitration", *Annals of the Faculty of Law – Belgrade Law Review*, 2011, pp. 211 ss.
- SCHROETER: "Backbone or Backyard of the Convention? The CISG's Final Provisions", en *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday* (Camilla B. Andersen/Ulrich G. Schroeter eds.), 2008, pp. 425 ss.
- SCHWARZ / KONRAD: *The Vienna Rules. A Commentary*, 2009.
- SEZNEC: "The Role of the African State in International Commercial Arbitration", *Vindobona J. Int'l Comm L. & Arb.*, 8, 2004, pp. 211 ss.
- SILBERMAN / FERRARI: "Getting to the law applicable of the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong", en *Conflict of Laws in Int'l Arb.*, (F. Ferrari/S. Kröll, eds.), 2011, pp. 257 ss.
- SPIRO: "The evolution of the closest (most significant) connection in the conflict of laws", *Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 1990, pp. 74 ss.
- STEINER: *Die stillschweigende Rechtswahl im Prozeß im System der subjektiven Anknüpfungen im deutschen IPR*, 1998.
- SYMEONIDES: "Contracts Subject to Non-State Norms", *Am. J. Comp. L.*, 54, 2006, pp. 209 ss.
- THIEFFREY / THIELE: "Das UN-Kaufrecht vor US-amerikanischen Gerichten", *Internationales Handelsrecht*, 2002, pp. 8 ss.
- THIEFFREY: "L'arbitrage et les nouvelles règles applicables aux contrats de vente internationale après l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies", *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1987, pp. 311 ss.
- TIEDER: "Factors to Consider in the Choice of the Procedural and Substantive Law in International Arbitration", *J. Int'l Arb.*, 20, 2003, pp. 393 ss.

- TORSELLO: "Reservations to international uniform commercial law Conventions", *Unif. L. Rev.*, 2000, pp. 85 ss.
- TRIEBEL / PETZOLD: "Grenzen der lex mercatoria in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit", *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1988, pp. 245 ss.
- VAN HOUTTE: "The Vienna Sales Convention, ICC Arbitral Practice", *ICC ICArb. Bull.*, 21, 2000, p. 22 ss.
- VISMARA: "Legge applicabile al contratto e norme di conflitto della sede dell'arbitrato. Rilevanza del comportamento concludente delle parti", *Riv. arb.*, 2000, pp. 172 ss.
- WAINCYMER: "The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complimentary Relationship Between Substance and Procedure", en *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer* (Camilla B. Andersen/Ulrich G. Schroeter eds.), 2008, p. 582 ss.
- WASMER: *Vertragsfreiheit im UN-Kaufrecht*, 2004.
- WEBSTER: *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, 2010.
- WILLIAMS: "Limitations on Uniformity in International Sales Law: A Reasoned Argument for the Application of a Standard Limitation Period under the Provisions of the CISG", *Vindobona J. Int'l Comm. L. & Arb.*, 10, 2006. pp. 229 ss.
- WILNER: "Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study", *Rutgers L. Rev.*, 19, 1965, pp. 646 ss.
- WINSHIP: "International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention", *Uniform Commercial Code L. J.*, 17, 1984, pp. 55 ss.
- WINSHIP: "The Scope of the Vienna Convention on International Sale Contracts", en *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1.1, 1.35* (Nina Galston/Hans Smit eds.), 1984.
- WITZ *et al.*: *International Einheitliches Kaufrecht*, 2000.
- WORTMANN: "Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System", *Arb. Int'l*, 14, 1998, pp. 97 ss.