

Revista Mexicana

DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO Y COMPARADO



Academia Mexicana de
Derecho Internacional
Privado y Comparado

**Revista
Mexicana**
DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO Y COMPARADO

**Director**

James Graham

Consejo Editorial

Presidente: Leonel Pereznieto Castro (UNAM).
Miembros: Jorge Alberto Silva Silva (UACJ), José Carlos Fernández Rozas (Universidad Complutense de Madrid).
Miembro del *Institut de Droit International*, Bernardo M. Cremades (Cremades & Asociados, Madrid), Eduard Picand Albónico (Universidad de Chile), Jürgen Samtleben, (Instituto Max Planck, Hamburgo), Pocar Fausto (Universidad de Milán, Miembro del *Institut de Droit International*).

Consejo Consultivo

José Luís Siqueiros †, Laura Trigueros Gaisman †, Alejandro Ogarrio R. E., Francisco José Contreras Vaca, Loretta Ortiz Ahlf, Ligia González Lozano Roberto Rendón Graniell, Mario de la Madrid Andrade, María Virginia Aguilar, Carlos Odriozola Mariscal.

Nº 46, octubre de 2021.

Segunda Época.

ISBN: 978-607-9142-10-0

Correspondencia:

James Graham:

graham@jamesgraham.legal

La Revista fue fundada por Alejandro Ogarrio siendo Presidente de la Amedip en 1996, y se encargó de ella como editor a Leonel Pereznieto Castro durante 25 años hasta 2021, con el objetivo de difundir al Derecho Internacional Privado y Derecho comparado.

Advertencia:

El contenido y la redacción de los textos son de la única responsabilidad de los autores. Se autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta Revista, siempre y cuando se cite la fuente legal.

INDICE

LA VOZ DEL COMITÉ EDITORIAL 267

DOCTRINA 269

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO EN NICARAGUA 270

Jürgen Samtleben

BRIEF REMARKS ON THE INTERPRETATION OF
DOMESTIC CRIMINAL LAW IN INVESTMENT
ARBITRATION 277

Fausto Pocar

LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL EN EL DIPR
284

Leonel Pereznieto Castro

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y *LEX*
IMPERATIVA 304

Symeon C. Symeonides*

TRYING TO SQUARE THE CIRCLE: COMPARATIVE
REMARKS ON THE RIGHTS OF THE SURVIVING
SPOUSE ON INTESTACY 320

Jan Peter Schmidt

CHILE, PROPUESTAS DE CAMBIO EN SUS NORMAS
EN DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS
INTERNACIONALES 327

Jaime Gallegos Zúñiga

LA EXCEPCIÓN DE GRAVE RIESGO PARA LA SALUD
POR COVID 19 EN LA SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES 340

Ana Fernández Pérez

JURISPRUDENCIA 363

RECUSACIÓN DE UN ÁRBITRO. 364

BIENVENIDO A DOS TESIS, UNA JURISPRUDENCIAL,
SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL
DERECHO INTERNO 365

Leonel Pereznieto Castro

EL RECONOCIMIENTO EN LOS TRIBUNALES DE LOS
ESTADOS UNIDOS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS
POR LOS TRIBUNALES MEXICANOS 370

Richard B. Perrenot

RESEÑAS 383

**La convention d'arbitrage dans les nouvelles
puissances économiques 384**

**Texto y Contexto. Ley General de Derecho
Internacional Privado N.º 19.920 384**

DOCUMENTOS 386

CONTRATOS ENTRE COMERCIANTES CON PARTE
CONTRACTUALMENTE DÉBIL (PROPUESTA AL
COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO) 387

CHILE, PROPUESTAS DE CAMBIO EN SUS NORMAS EN DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Jaime Gallegos Zúñiga*

1. Introducción

Las disposiciones de Derecho Internacional Privado chileno contenidas en su legislación son muy escasas y mayoritariamente tienen carácter unilateral, motivo por el cual este ordenamiento presenta grandes vacíos en la materia (Duncker, 1956, pág. 146), lo que demanda que los jueces deban deducir principios, llegando a soluciones, usualmente, poco claras (Vial, 2013, págs. 895-896) aun cuando, de un tiempo a esta parte, con mayores o menores argumentos de peso, el reconocimiento de la autonomía conflictual ha ganado terreno en la doctrina y en los fallos de los tribunales de justicia.

En Chile, existe un sistema dual, uno contemporáneo relativo al arbitraje comercial internacional, que se encuentra en la ley N° 19.971, de 2004 -texto normativo que se basó en la ley modelo de la UNCITRAL sobre la materia-, y que en tal carácter admite la autonomía conflictual de modo amplio (Jiménez & Armer, 2005, págs. 311-315) -según puede apreciarse en pronunciamientos de la Corte Suprema¹, y por otro lado, un sistema decimonónico altamente territorialista (Audit, 2003), que es el que se emplea cuando las controversias son sometidas al conocimiento y fallo de los tribunales judiciales.

Teniendo en cuenta lo anterior, en 2017 se comenzó a trabajar en un anteproyecto de ley de Derecho Internacional Privado que se haga cargo de abordar, con criterios contemporáneos, diferentes aspectos de la disciplina, entre ellos, el Derecho aplicable a los contratos internacionales, materia en la cual se buscó recoger los criterios de los más importantes instrumentos internacionales, que también se encuentran presentes en jurisdicciones de nuestro entorno, con lo cual, de aprobarse esta propuesta por el Congreso Nacional, este país meridional se sumaría a la tendencia modernizadora que se está exhibiendo en la región.

* Doctor en Derecho, magíster en Derecho de los Negocios Internacionales, académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, de la Universidad Adolfo Ibáñez y de la Universidad Alberto Hurtado; secretario de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado y miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado; miembro de la comisión redactora del anteproyecto de ley chilena de Derecho Internacional Privado.

¹ Corte Suprema, sentencia rol n° 7854-2013, *Qisheng Resources Limited v. Minera Santa Fe*.

2. Normativa interna sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales hoy

La regulación sobre contratación internacional se encuentra en el Código Civil, de 1855, y en el Código de Comercio, de 1865, teniendo en cuenta que, con arreglo al artículo 2 del segundo, en lo no reglado especialmente en la legislación mercantil, resulta necesario acudir a esa preceptiva civil.

De estos cuerpos normativos, las disposiciones que usualmente suelen invocarse son los artículos 16 y 1545 del Código Civil y el artículo 113 del Código de Comercio. El primer precepto enunciado señala que los “bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile”. Acto seguido añade que esta “disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño”. Sin embargo, concluye afirmando que “los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas”.

A su turno, el artículo 1545, fundante de la autonomía de la voluntad, prescribe que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Por su parte, el artículo 113 del Código de Comercio dispone que todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero, que se cumplan en Chile, son regidos por la ley chilena, en conformidad a lo que prescribe el inciso final del artículo 16 del Código Civil. Así, la entrega y pago, la moneda en que éste deba hacerse, las medidas de toda especie, (...) las responsabilidades (...), y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deben arreglarse a las disposiciones de las leyes de la República, “a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa”.

Además, Chile, en 1933, ratificó el Código de Bustamante, con una reserva criticada (Duncker, 1950, págs. 144-146), pues con ella, prácticamente se inutilizó este instrumento frente a nuestro Derecho, relegándolo a una posición de Derecho supletorio frente a las lagunas de la legislación, lo cual ha supuesto excluir muchas de sus disposiciones en las materias de mayor relevancia jurídica, que si bien podría entenderse que son tratadas en el ordenamiento chileno, lo hacen de modo precario (García, 2016, pág. 147).

Con posterioridad, en 1978, Chile dictó el decreto ley n° 2.349, que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público², otorgando amplias atribuciones para elegir tribunal competente y Derecho aplicable a los sujetos imperados con esa normativa.

Asimismo, otros argumentos que se suelen emplear en la construcción del débil sistema chileno de Derecho Internacional Privado apunta a la entrada en vigor de la Convención de Viena, sobre compraventa internacional de mercaderías, en 1991, y a la dictación de la referida ley núm. 19.971, de 2004, sobre arbitraje comercial internacional, que reconocen la autonomía conflictual a los contratantes.

Respecto al artículo 16 del Código Civil, su inciso primero comprende a bienes muebles e inmuebles (Vera, 1902, pág. 303) de modo unilateral e imperfecto (atendido que no trata la situación de los bienes que están fuera del territorio) (Ramírez, 2009, pág. 68), y aun cuando su inciso segundo parece dar cabida a autonomía conflictual, tal libertad, parece quedar desvirtuada con lo establecido en su inciso final, que sujeta los efectos de los contratos a cumplirse en Chile (otorgados en país extraño, y con mayor razón los celebrados en el país) a las leyes chilenas.

Bajo la premisa mencionada, podemos señalar que un planteamiento apunta a distinguir el lugar de la celebración del contrato y aquel donde éste producirá sus efectos, entendidos estos últimos como los derechos y obligaciones que emanan de dicho acuerdo (Domínguez, 1966, pág. 276). Así, si el contrato se celebra en Chile, según el artículo 14 del Código Civil³, sus efectos quedarían regidos por el Derecho chileno. Con todo, el artículo 113 del Código de Comercio admitiría que tales efectos se sujeten a un Derecho foráneo, incluso si el contrato va a ser ejecutado en el país. Sin embargo, ha habido fallos que rechazaron este razonamiento,

² La doctrina y algunos fallos de los tribunales han destacado los considerandos de este instrumento, en los cuales se indica: "1°- Que constituye una práctica comercial generalizada, cuya aplicación alcanza a nuestro país, que en los contratos internacionales relativos a negocios y operaciones de carácter patrimonial que el Estado o sus organismos, instituciones y empresas celebran (...) cuyo centro principal de negocios se encuentra en el exterior, se inserten estipulaciones en virtud de las cuales se les sujeta a determinada legislación extranjera, se sometan las controversias que de ellos pudieran derivarse al conocimiento de tribunales extranjeros, sean ordinarios o arbitrales, se pacte domicilio especial fuera del país y se establezcan mecanismos para configurar la relación procesal.

2°- Que, dentro del sistema jurídico chileno, tales estipulaciones son lícitas y en esta virtud tienen frecuente aplicación en los contratos celebrados entre particulares, siendo de advertir, además, que ellas están consagradas en el Código de Derecho Internacional Privado".

³ Este artículo dispone que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.

indicando sencillamente que si el contrato se ejecuta en Chile debe quedar sujeto al Derecho chileno (Etcheberry , 1960, pág. 58-59).

Luego, si bien la normativa chilena no contempla una preceptiva que se refiera a los efectos de los contratos celebrados en el extranjero, para ser ejecutado fuera del país, cabe entender, con arreglo al inciso segundo del artículo 16 del Código Civil, que esos efectos, pueden quedar sujetos a un Derecho foráneo.

Mirando el asunto desde otro punto de vista, en lo que atañe a derechos reales, en razón de que se trata de facultades que se ejercen directamente sobre una cosa, es la ley del lugar de situación de los bienes la que determina el ordenamiento rector (Ríos, 2004, pág. 72), no obstante ello, un sector de la doctrina (Ducci, 2005, págs. 78, 82) y los tribunales, en algunos fallos, fueron más allá, y en virtud de los términos imprecisos del inciso tercero del artículo 16, sujetaron al Derecho chileno también los derechos personales emanados de un contrato, cuando los acreedores pretendieron ejercitar su derecho de prenda general sobre determinados bienes del deudor ubicados en Chile, rechazando que el contrato (del cual surge el derecho subjetivo pertinente) quedara sometido a un ordenamiento foráneo (Ramírez, 2009, págs. 170-171), aseverando además que ese precepto constituye una norma de orden público, motivo por el cual no podría cumplirse en Chile ninguna resolución de un tribunal extranjero que se refiera a bienes situados en el país.

Frente a los pronunciamientos judiciales que seguían la línea localista recién indicada surgieron críticas, sosteniendo que el rechazo a sentencias extranjeras que quisieran hacer efectivo el derecho de prenda general de los acreedores, surgido con arreglo a un Derecho foráneo, resulta contrario al artículo 2465 del Código Civil⁴, e importa conferir una protección indebida a los deudores titulares de bienes en Chile, que bajo la interpretación restrictiva del artículo 16 impiden que se practiquen medidas decretadas en favor de sus acreedores, menoscabando, a su vez, la posibilidad de que fallos dictados por los tribunales chilenos, por asuntos de reciprocidad, puedan ser reconocidos en el exterior (Mereminskaya, 2007, pág. 150).

Sin perjuicio de lo dicho, la mayoría de los especialistas afirman que el principio de la autonomía conflictual estaría reconocido en el Derecho chileno de acuerdo con diferentes fuentes de los citados códigos (Maluenda, 1998, págs. 51-54), principalmente con arreglo a los artículos 16 inciso segundo y 1545 del Código Civil y 113 del Código de Comercio (Velo, 1931, págs. 106-

⁴ Ese precepto señala: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables (...)".

110), y en virtud de ello, en primer término, en lo que a los efectos de los contratos atañe, debe estarse, a lo que hayan acordado las partes (Grob, 2016, pág. 72).

Otros, en cambio, han advertido un paralelo entre el régimen civil y el mercantil, reconociendo un alcance más limitado a la autonomía en el primero (Mereminskaya, 2006, pág. 109), indicando que, en sede comercial, dado que ese tipo de contratos siempre versan sobre muebles, opera de modo más amplio la autonomía conflictual (Monsálvez, 2007, pág. 112). Sin embargo, ese planteamiento no ha sido óbice para que los tribunales, en diferentes casos, hayan restringido el espectro de esa atribución incluso en el plano mercantil (Vial, 2013, págs. 897-898).

Un tercer sector, reconociendo las limitaciones de los textos codificados, y con la intención de brindar fuerza a la autonomía conflictual afirma que, una vez dictado el decreto ley N° 2.349, de 1978, se habrían disipado las dudas acerca de la admisión de la autonomía conflictual, habida cuenta que si se reconoce esta posibilidad a los entes estatales, con mayor razón debe entenderse que los particulares cuentan con esa atribución (León, 1991, págs. 104-105), lo que además, encontraría sustento con la ratificación de la Convención de Viena, sobre compraventa internacional de mercaderías, que reconoce esta prerrogativa a las partes (Mereminskaya, 2004, pág. 114) y luego con la promulgación de la ley de arbitraje comercial internacional, de 2004 (Aguirre, 2006, pág. 179), de conformidad con lo cual, en el plano mercantil, efectuando una lectura sistemática, no cabría sujetar la autonomía conflictual a mayores restricciones (Picand, 2017a, pág. 1963).

Sin embargo, no puede desconocerse que, en Chile, los tribunales han exhibido una tendencia proclive a rechazar la aplicación del Derecho foráneo, y en su reemplazo han tendido a aplicar el Derecho local de sus decimonónicos códigos⁵, excluyendo incluso textos que se han incorporado a su ordenamiento positivo, en su oportunidad, hace más de 25 años -como la referida Convención de Viena- desatendiendo su aplicación y descuidando elementos de su eficacia en el país (Vargas, 2016).

⁵ Corte Suprema, sentencia rol n° 6228-2015, *AMS Foods International SA v. Servicios de Marketing Allmarket Group Ltd.*

Con todo, y sin perjuicio del escenario que no parece óptimo, no podemos dejar de mencionar que desde un tiempo a esta parte, los tribunales tanto en el plano arbitral como en el ámbito judicial se han pronunciado a favor de reconocer la autonomía conflictual⁶.

Ahora bien, creemos pertinente advertir que en esos fallos se formulan un par de aseveraciones genéricas acerca del reconocimiento de la autonomía conflictual en Chile, soslayando pronunciarse acerca del significado que debiere dársele al tantas veces aludido inciso final del artículo 16 del Código Civil. Todo lo cual nos lleva a insistir que Chile, a nivel normativo, cuenta con una legislación fragmentaria, que deja muchas cuestiones sin responder (Basedow, 2017, pág. 21), sin que exista una norma categórica que reconozca expresamente esta atribución de los contratantes de modo general (Mahu, 2017, pág. 57), y que resuelva manifestaciones puntuales de la misma (Gallegos, 2018) que han sido abordadas por los especialistas, de modo tal que un cambio claro al respecto es más que necesario.

3. Anteproyecto de ley de derecho internacional privado

Ante este inadecuado panorama, se ha lamentado (Monsálvez, 2007, pág. 235) que Chile no haya ratificado convenciones internacionales en las cuales se reconoce claramente la autonomía conflictual, como la Convención de México, de 1994, en el razonamiento de que la falta de normas claras, como se ha tenido oportunidad de exponer, no resultan ser acordes para una economía globalizada (Gallegos, 2010).

Haciéndose cargo de estos reparos, el 2 de octubre de 2017, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado firmaron un acuerdo destinado a la redacción de un anteproyecto de ley de Derecho Internacional Privado, la cual entregó a la referida Secretaría de Estado el producto del trabajo desarrollado, por académicos de diferentes casas de estudios, profesionales y otros actores relevantes, en octubre de 2020.

3.1. Regla general, reconocer la autonomía

La tendencia rectora en el plano contractual internacional es reconocer la autonomía de las partes para optar por el Derecho que estimen adecuado (Fernández, 2004, pág. 35) y ese

⁶ Corte Suprema, sentencia rol n° 2349-05, *State Street Bank and Trust Company v Inversiones Errázuriz Limitada*.

predicamento fue el que orientó a la comisión redactora, que, en el artículo 52 dispuso que el contrato internacional se rige por la ley elegida por las partes⁷.

3.2. Posibilidad de elegir distintos ordenamientos y modificarlos

Se precisa que las partes pueden escoger: a) La ley aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, y b) Diferentes leyes para diferentes partes del contrato⁸.

Añadiendo que la elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento⁹, precisando que una elección o alteración realizada con posterioridad a la celebración del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros.

Sobre esta temática, en el escenario hoy vigente en Chile, ante la falta de norma expresa, atendido que no hay una disposición que restrinja esta prerrogativa, se ha planteado que los contratantes cuentan con facultades para fraccionar los ordenamientos aplicables o elegir distintos ordenamientos para diferentes secciones del contrato (Siebel, 1934, págs. 40-41), como también para alterar el Derecho escogido (Vial, 2013, pág. 905).

En lo que se refiere al arbitraje comercial internacional, atendida la amplitud con la cual se reconoció la autonomía conflictual en el artículo 28 de la ley N° 19.971, Aguirre (2006, pág. 171) ha postulado que las partes pueden sujetar diferentes secciones de un contrato a ordenamientos distintos, sin mayores reparos, y también modificarlo, siempre que se resguarde la validez del contrato y los derechos de terceros.

⁷ Con un reconocimiento de este tipo el ordenamiento chileno se pondría en sintonía con el artículo 7 de la Convención de México, de 1994, el artículo 2.1 de los Principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, el artículo 2095 del Código Civil de Perú, el artículo 2651 del Código Civil y Comercial de Argentina, el artículo 4.1 de la Ley de Derecho aplicable a los contratos internacionales del Paraguay, y el artículo 45.1 de la Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay, entre otros.

⁸ Esta prerrogativa también se encuentra presente en los artículos 7 y 9 de la Convención de México, de 1994, el artículo 2.2 de los Principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, el artículo 2651 del Código Civil y Comercial de Argentina, el artículo 4.2 de la Ley de Derecho aplicable a los contratos internacionales del Paraguay, y el artículo 45.3 de la Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay, a modo ejemplar.

⁹ Esta posibilidad también se contempla en el artículo 8 de la Convención de México; el artículo 2.3 de los Principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, el artículo 2651 literal a) del Código Civil y Comercial de Argentina, el artículo 4.3 de la Ley de Derecho aplicable a los contratos internacionales del Paraguay, y el artículo 45.4 de la Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay.

3.3. Necesidad de vínculos con el Derecho escogido

El anteproyecto no se requiere vínculo entre la ley elegida y las partes o el contrato al que rige¹⁰. Sobre esta materia, si bien, en su oportunidad, hubo planteamientos (Siebel, 1934, págs. 39-41) que requerían que el contrato se ajuste a sus “centros de gravedad”, lo cual demandaba de una ligazón objetiva, en los tiempos actuales, un sector doctrinario mayoritario entienden que es improcedente exigir un vínculo de esa especie con el Derecho escogido, puesto que no hay norma que demande ello (Villarroel & Villarroel, 2015, pág. 339), razonamiento que con mayor fuerza resulta aplicable en arbitraje comercial internacional (Aguirre, 2006, pág. 170).

3.4. Posibilidad de elegir un ordenamiento no estatal

El anteproyecto, en su artículo 53, prevé que las partes pueden elegir, como ley aplicable al contrato, normas de derecho, costumbre o principios generalmente aceptados a nivel internacional, supranacional o regional¹¹, salvo que lo prohíba expresamente la ley del foro. Agregando que, los vacíos que estas normas, costumbres o principios dejaren deben ser suplidos por aquellas de la ley aplicable al contrato en ausencia de elección de ley

Sobre esta temática, con la regulación hoy vigente, Vial (2013, pág. 916) ha dicho que las partes sólo podrían remitirse a normas estatales, habida cuenta que el Código Civil apuntaría a ley estatal. Otros, en cambio Mereminskaya (2004, págs. 126-127) asevera que las partes, en ejercicio de la libertad de estipulación pueden, por referencia, “incorporar” aquellas normas no estatales a sus contratos, y teniendo en cuenta que esta materia no está reglada, no existen requisitos preestablecidos para ello.

¹⁰ Posibilidad que se admite en los artículos 7 y 2 de la Convención de México, de 1994, en el artículo 2.4 de los Principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, y en el artículo 4.4 de la Ley de Derecho aplicable a los contratos internacionales del Paraguay, a modo de ejemplo.

¹¹ Posibilidad que, aunque no es pacífico, se admitiría en los artículos 9, 10 y 15 de la Convención de México, de 1994, en el artículo 3 de los Principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, y en el artículo 5 de la Ley de Derecho aplicable a los contratos internacionales del Paraguay, a modo de ejemplo, y que sólo se admite se ha habido una incorporación por las partes de tales normas en el caso de Argentina, con arreglo al artículo 2651 literal d) de su Código Civil y Comercial.

Una tercera línea de opiniones sostiene que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad general, sería viable entender que no hay inconveniente para que las partes sometan su contrato a una regulación no estatal, ya sea por referencia o sometiéndose directamente a esa clase de ordenamientos (Picand, 2017b, pág. 82), para lo cual también resulta útil tener presente que el artículo 1563 del Código Civil, relativo a la interpretación de los contratos, dispone que en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria debe estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato, agregando, además, que las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

En arbitraje comercial internacional, el artículo 28 de la ley, permite que las partes elijan “normas de Derecho”, lo cual ha sido entendido como la atribución para que escojan como rectoras a disposiciones no estatales (Aguirre, 2006, págs. 169-170), debiendo, además, tenerse presente que para resolver las controversias los árbitros deben tener en cuenta “los usos mercantiles aplicables al caso”, aun cuando las partes no hicieran una alusión a ellos.

3.5. Elección expresa o tácita

El anteproyecto, en su artículo 54, admite la elección expresa o tácita¹². precisando que para que sea tácita debe desprenderse de forma clara e inequívoca de la conducta de las partes o¹³ de las cláusulas contractuales o de las circunstancias del caso. Agregando que un acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal judicial o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no constituirá, por sí solo, una elección de ley aplicable¹⁴.

¹² Recogiendo una tendencia presente en el artículo 7 de la Convención de México de 1994, en el artículo 4 de los Principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, el artículo 2651 del Código Civil y Comercial de Argentina, el artículo 6 de la Ley de Derecho aplicable a los contratos internacionales del Paraguay, y el artículo 45.3 de la Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay, entre otros, debiendo destacarse que en esta materia, el Código Civil peruano de 1984, parece apartarse, a la hora de indicar, en el artículo 2095, que la elección debe realizarse “expresamente”.

¹³ Sobre este punto debe tenerse en cuenta que la Convención de México, de 1994, en su artículo 7, establece que para dilucidar la elección tácita debe atenderse a la conducta de las partes “y” las cláusulas contractuales, aspecto que no sigue el anteproyecto chileno, que bien admite que ello se pueda desprender de uno u otro elemento.

¹⁴ Siguiendo la tendencia presente en el artículo 7 inciso segundo de la Convención de México, de 1994, el artículo 4 de los Principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, y el artículo 2651 literal g) del Código Civil y Comercial de Argentina, entre otros.

3.6. Validez formal

Luego, el artículo 55 de la propuesta en análisis se encarga de la validez formal de la elección de ley, al precisar que ésta no queda sometida a formalidad alguna, a menos que las partes establezcan expresamente lo contrario, con lo cual se plasma la lógica de *favor negotii*¹⁵.

3.7. Separabilidad de la cláusula

En el artículo 56 del anteproyecto se aborda la separabilidad de la cláusula al indicar que no se puede impugnar la elección de la ley aplicable únicamente sobre la base de que el contrato al que se aplica no es válido¹⁶.

3.8. Exclusión del reenvío

Por otro lado, en materia contractual, en el anteproyecto se excluye el reenvío en el artículo 57, al disponer que la elección de la ley aplicable no incluye las normas de conflicto de la ley elegida por las partes, a menos que éstas establezcan expresamente lo contrario¹⁷.

Ante la ausencia de una norma en esta materia, en Chile ha habido planteamientos disímiles, así, hay autores que se han mostrado partidarios de acoger el reenvío, atendido que cuando hay una remisión a un Derecho foráneo no se distingue entre normas sustantivas y conflictuales (Monsálvez, 2007, pág. 133), apuntando a un todo, mientras que un sector mayoritario lo rechazan, por los problemas prácticos que esta institución genera (Gallegos, 2014, pág. 236).

¹⁵ Reconocida en el artículo 5 de los Principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, y en el artículo 7 de la Ley de Derecho aplicable a los contratos internacionales del Paraguay.

¹⁶ Aspecto que también se encuentra presente en el artículo 12 de la Convención de México, de 1994, el artículo 7 de los Principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, el artículo 9 de la Ley de Derecho aplicable a los contratos internacionales del Paraguay, corroborando además, el criterio previsto en el artículo 16.1 de la ley chilena de arbitraje comercial internacional.

¹⁷ Con esta opción se sigue una tendencia presente en el artículo 8 de los Principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, el artículo 17 de la Convención de México, de 1994, los artículos 2596 inciso segundo y 2651 literal b) del Código Civil y Comercial de Argentina, el artículo 10 de la Ley de Derecho aplicable a los contratos internacionales del Paraguay, el artículo 45.2 de la Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay y el artículo 2048 del Código Civil de Perú, entre otros, y que en Chile ya se encontraba presente en el artículo 28 de la ley de arbitraje comercial internacional.

3.9. Ordenamiento aplicable a falta de elección (o si ésta fuera ineficaz)

A falta de elección (o si ésta fuera ineficaz), el anteproyecto -en su artículo 58- decantó por sujetar, en primer término, a ley aplicable del Estado donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica -criterio que, como se sabe se contempla en el artículo 4º del Reglamento Roma I, buscando alcanzar una mayor certeza *a priori*¹⁸.

Al efecto, se entiende por prestación característica¹⁹ del contrato, aquella que sirve para singularizar el contrato como de un tipo u otro y que, en general, es distinta del pago.

Con todo, se brinda un margen al juzgador, al disponer, con el carácter de cláusula de excepción²⁰, que, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos “manifiestamente” más estrechos con otro Estado, distinto del indicado, debe aplicarse la ley de este otro Estado, y para tales efectos, el tribunal debe tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del acuerdo de voluntades.

4. Conclusiones

Con el anteproyecto de ley se busca abrir una nueva fase en que se pueda dar claridad en diferentes aspectos, entre ellos a las contrataciones internacionales. Un país que está recibiendo flujos importantes de inmigración debe tener resuelto estos asuntos no solo a nivel de arbitraje comercial, sino que también en los asuntos que resuelven los tribunales de justicia, y por ello

¹⁸ Debe tenerse en cuenta que en otros ordenamientos también se atiende, con matices, a la figura de la prestación característica para estos efectos, como puede apreciarse en el art. 2652 del Código Civil y Comercial de Argentina, y de modo muy residual en el artículo 48.3 literal C) (para los contratos de prestación de servicios) en la Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay. En Perú, el artículo 2095 de su Código Civil, a falta de acuerdo sujeta el contrato a la ley del lugar de cumplimiento, y si tal contrato debe cumplirse en diferentes Estados demanda atender a la obligación principal, con lo cual, de un modo indirecto podría llegarse a una misma solución.

¹⁹ Con esta opción los comisionados desecharon la alternativa seguida en el artículo 9 de la Convención de México, de 1994, y en el artículo 11 de la Ley de Derecho aplicable a los contratos internacionales del Paraguay, de entregar la decisión directamente al juzgador, ordenando que, sin estas pautas previas, aplique el derecho con el cual presente los vínculos más estrechos.

²⁰ Regla también prevista en el artículo 4.3 del Reglamento Roma I, y los artículos 2597 y 2653 del Código Civil y Comercial de Argentina, con la salvedad que en ese país, se impide al tribunal activar, de oficio, esta cláusula de excepción.

los miembros de la comisión redactora albergamos esperanzas que los esfuerzos desplegados para lograr un instrumento como aquel que ha sido objeto de análisis en este artículo pueda lograr un respaldo rotundo por parte del Congreso Nacional, y más pronto que tarde sea ley de la república, logrando así modernizar la decimonónica legislación chilena, de acuerdo con los instrumentos internacionales más avanzados, tanto en lo que se refiere a contratación internacional, como en los restantes asuntos de Derecho Internacional Privado, que hoy, está dispersa en disposiciones obsoletas, incompletas y asistemáticas.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, P. (2006). La determinación del derecho aplicable al contrato en la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional. *Ius et Praxis*, 12(1), 155-179.
- Audit, B. (2003). Le droit international privé en quête d'universalité: Cours general. *Recueil des Cours*, 305, 9-48.
- Basedow, J. (2017). The Hague Principles on choice of Law – their addressees and impact. *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, 3, 21-30.
- Domínguez, R. (1966). Obligaciones y Contratos. En Hamilton, E. (dir.) *Solución de conflictos de leyes y jurisdicción en Chile*. Jurídica de Chile, 266-314.
- Ducci, C. (2005). *Derecho Civil. Parte General*. Jurídica de Chile.
- Duncker, F. (1950). *Derecho Internacional Privado. Parte General*. Jurídica de Chile.
- Etcheberry, A. (1960). *American-Chilean Private International Law*. Oceana Publications.
- Fernández, J. (2004). Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 4, 35-78.
- Gallegos, J. (2018). Algunos aspectos a tener en cuenta en relación con las normas sobre derecho aplicable a la contratación internacional en el anteproyecto de nueva ley chilena de derecho internacional privado. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 244, 177-213.
- Gallegos, J. (2010). Aspectos generales del Derecho Internacional Privado en Chile. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, 3, 137-186.
- Gallegos, J. (2014). El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, una temática aún no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio. En Picand, E. (ed.), *Estudios de Derecho Internacional Privado Chileno y comparado*. Thomson Reuters, 213-244.
- García, I. (2016). Derecho Internacional Privado, de Carlos Villarroel Barrientos y Gabriel Villarroel Barrientos. *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, 2, 144-150.
- Grob, F. (2016). El ámbito de aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre la

compraventa internacional de mercaderías y su integración con el Derecho Internacional Privado chileno. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 27, 45-94.

Jiménez, D. & Armer, A. (2005). Notas sobre la nueva ley chilena de arbitraje comercial internacional. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 4, 307-326.

León, A. (1991). El principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho Civil Internacional. En Barros, E. (coord.) *Contratos*. Jurídica de Chile, 95-107.

Mahu, P. (2017). Los Principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales como modelo de actualización al sistema chileno. *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, 3, 52-64.

Maluenda, R. (1998). *Contratos Internacionales en el Derecho chileno*. Jurídica Conosur.

Mereminskaya, E. (2006). Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía. En Vargas, J. & Gorjón, F. (coords.) *Arbitraje y mediación en las Américas*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 97-113.

Mereminskaya, E. (2004). Contratos internacionales e «internalización» de contratos nacionales. *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 111-128.

Mereminskaya, E. (2007). Las paradojas del Derecho Internacional Privado chileno. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, 1, 139-157.

Monsálvez, A. (2007). *Derecho Internacional Privado*. Universidad SEK, 2007.

Picand, E. (2017a). Chile. En Basedow, J. *et al.* (eds), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 1960-1969.

Picand, E. (2017b). Las cláusulas de elección de ley en los contratos internacionales. *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, 3, 65-103.

Ramírez, M. (2009). *Derecho Internacional Privado*. Legal Publishing.

Ríos, H. (2004). *Derecho Internacional Privado*. Universidad Central de Chile, 2004.

Siebel, R. (1934). El Derecho Internacional de las obligaciones. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 8/9, 29-50.

Vargas, E. (2016). Chilean high courts evidence a lack of familiarity with the CISG by neglecting its application in an international sale of goods case. *Uniform Law Review*, 21(1), 137-144.

Veloso, R. (1931). *Derecho Internacional Privado*. Nascimento.

Vera, R. (1902). *Principios elementales de Derecho Internacional Privado*. La Prensa.

Vial, M. (2013). La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de Derecho Internacional Privado. *Revista Chilena de Derecho*, 40(3), 891-927.

Villarroel, C. & Villarroel, G. (2015). *Derecho Internacional Privado*. Jurídica de Chile.

Corte Suprema, sentencia rol n° 2349-05, *State Street Bank and Trust Company v Inversiones Errázuriz Limitada*.

Corte Suprema, sentencia rol n° 7854-2013, *Qisheng Resources Limited v. Minera Santa Fe*.

Corte Suprema, sentencia rol n° 6228-2015, *AMS Foods International SA v. Servicios de Marketing Allmarket Group Ltd.*