

## LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. POSIBLE ARMONIZACIÓN EN SU REGULACIÓN JURÍDICA\*

SUMARIO: I. *El contrato como fuente de obligaciones.* II. *Los contratos internacionales.* III. *Su regulación jurídica (el contrato en su conjunto).* IV. *Su regulación jurídica (el fondo del contrato).* V. *Tendencias actuales hacia la armonización y uniformidad.* VI. *Conclusiones.*

### I. EL CONTRATO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

La obligación ha sido conceptualizada en forma tradicional, como una relación jurídica entre dos personas, que implica la posibilidad para la persona denominada "acreedor" de exigir de la otra, denominada "deudor", una prestación o una abstención de carácter patrimonial.<sup>1</sup>

La fuente de la obligación puede ser convencional o derivar de hechos jurídicos diversos a la voluntad de las partes. Para los efectos de este trabajo nos interesan sólo los actos jurídicos generadores de obligaciones que son producto de la volición humana. Dichos actos jurídicos pueden dividirse en unilaterales y bilaterales. De estas dos categorías, nuestra atención se enfocará exclusivamente a los segundos, es decir, a las obligaciones convencionales. Concretando aún más, analizaremos el contrato como fuente principal de ellas.

Según la tradición francesa, el contrato es una especie de un género más amplio; los convenios. Así, por ejemplo, la legislación mexicana<sup>2</sup> define al *convenio* como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, precisando que los convenios que produz-

\* Ponencia presentada ante el Segundo Seminario sobre la Enseñanza del Derecho Internacional, coloquio organizado por la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Toledo Lozano", el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia y la Organización de Estados Americanos.

<sup>1</sup> Planiol, M. y Ripert, J., *Tratado práctico de derecho civil francés*, La Habana, Ed. Cultural, 1940, pp. 7 y ss.; Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 1971, pp. 71 y ss.

<sup>2</sup> Ver artículo 1792 y 1793 del Código civil para el Distrito Federal, vigente en dicha demarcación territorial en asuntos del orden común, y en toda la república mexicana en asuntos de orden federal.

can o transfieran las obligaciones y derechos toman el nombre de *contratos*. Sin embargo, no todas las legislaciones han seguido este sistema tradicional. En Italia, por ejemplo, se conceptúa al contrato como un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o disolver entre aquéllas una situación jurídica patrimonial.<sup>3</sup> En el derecho alemán los contratos tienen un contenido muy similar al del derecho italiano, considerándoseles como negocios jurídicos; en virtud de ellos se puede constituir, extinguir o modificar una relación obligatoria entre las partes.<sup>4</sup> En síntesis, la tradición francesa no participa del concepto adoptado por otras legislaciones, en el sentido de admitir que el contrato pueda modificar o extinguir obligaciones. Su contenido está exclusivamente integrado por aspectos constitutivos.<sup>5</sup>

## II. LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Ahora bien, la contratación, es decir, el acuerdo bilateral, puede producirse en los ámbitos interno e internacional. Cuando los elementos constitutivos del contrato (partes, objeto, lugar donde se pacta la obligación, lugar donde debe surtir efectos) se origina y se realizan dentro de los límites geográficos-políticos de un solo país, estamos situados en el ámbito interno de las obligaciones. Inversamente, cuando las partes contratantes tengan nacionalidades diversas o domicilios en diferentes países, cuando la mercancía o el servicio objeto de la obligación se entregue o se preste extrafronteradas, o cuando los lugares de celebración y ejecución de las obligaciones contractuales coincidan, estaremos en el ámbito de los contratos internacionales.

Desde el punto de vista de la ley aplicable a los efectos contractuales la diferencia resulta evidente. En tanto que en el primer caso (ámbito interno) y el derecho interno regulará todos los aspectos relativos a la formación y consecuencias del negocio jurídico, en la segunda hipótesis (ámbito internacional), existe la posibilidad de que diversas legislaciones pretendan controlarla, verbigracia, la ley nacional de las partes contratantes, la ley de su domicilio, la ley de celebración del contrato, la ley del lugar de su ejecución, etcétera. Dicho en otras palabras, el contrato escapa a la regulación del derecho interno.

En la época contemporánea, el desarrollo del comercio internacional en todas sus formas, la multiplicación y celeridad de los medios de transporte,

<sup>3</sup> Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Ediciones Jurídicas, Europa-América, tomo 1, pp. 40 y 41.

<sup>4</sup> Enneccerus, Kip y Wolff, *Tratado de derecho civil, derecho de las obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1954, p. 142.

<sup>5</sup> Quintanilla García, Miguel Ángel, *El derecho de las obligaciones*, México, UNAM, 1979, p. 13.

el incesante intercambio de mercancías y servicios, es un hecho notorio. La actividad comercial desborda las fronteras internacionales y propicia la interdependencia económica; tal fenómeno se advierte no sólo en los países en que predomina el sistema de economía de consumo, sino también en aquellos de economía planificada. Materias primas, componentes y productos terminados se importan en forma intermitente y, simultáneamente, se exportan equipos, maquinaria y hasta mano de obra. Esta corriente incesante de ingreso y egreso de mercancías y servicios, tiene que plasmarse con acuerdos y contratos que recíprocamente celebren importadores y exportadores. Paulatinamente se va tejiendo un enjambre cada vez más intrincado.

### III. SU REGULACIÓN JURÍDICA. (EL CONTRATO EN SU CONJUNTO)

Desde las viejas escuelas estatutarias se vienen defendiendo diversos criterios en materia de normas aplicables al contrato. ¿Deben todos los contratos gobernarse por una ley única o deben quedar regulados por leyes diferentes, según su propia naturaleza?

En su caso, ¿cuál debería ser la ley aplicable al contrato en su conjunto?, o bien, ¿deben cada uno de los elementos del contrato regularse por una norma especial?

Las soluciones más frecuentemente adoptadas, según Adolfo Miaja de la Muela,<sup>6</sup> son las siguientes:

a) Sistemas que defienden la aplicación de una sola ley a todos los aspectos del contrato. Esta solución, demasiado simplista, preconiza, según sus diversas corrientes, la aplicación preponderante de la *lex fori* (Waechter), la ley del deudor, bien sea la nacional (Zitelmann) o la de su domicilio (Von Bar), la ley del proponente del contrato, la *lex loci celebrationis* o la *lex loci executionis* (Savigny).

b) Sistemas que declaran competentes a dos o más leyes. Ésta es la solución denominada por la doctrina francesa como *dépeçage* (fraccionamiento) del contrato. Para Quintín Alfonsín, existen dos tipos de fraccionamiento del contrato: vertical y horizontal. El primero, cuando cada una de las partes queda sometida a diferente ley. El segundo, cuando se distingue en el contrato varios planos, tales como capacidad, forma, cumplimiento normal, daños y perjuicios, etcétera.<sup>7</sup>

c) Sistemas que defienden soluciones analíticas que buscan para cada contrato, o cada modalidad del mismo, una ley propio (Jitta, Audinet,

<sup>6</sup> Adolfo, Miaja de la Muela, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, 1950, pp. 240-241.

<sup>7</sup> Alfonsín, Quintín, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, 1950, pp. 33 a 49.

Caleb, Niboyet). Esta corriente (a la que parece también adherirse Batiffol), considera que cada contrato debe tener una solución propia y adecuada, en virtud de una serie de indicios que apuntan a la ley apropiada, solución que los ingleses conocen como *the proper law of the contract*. Esta solución ha sido adoptada por legislaciones modernas, como la ley checoslovaca del 4 de diciembre de 1963 y la ley polaca del 12 de noviembre de 1965, legislaciones que prevén soluciones particulares para cierto tipo de contratos como la compraventa, el arrendamiento de obras, el transporte, los seguros, etcétera.<sup>8</sup>

#### IV. SU REGULACIÓN JURÍDICA (EL FONDO DEL CONTRATO)

En esta materia, las dos tendencias extremas en la doctrina son las siguientes:

- a) la autonomía de la voluntad, sin límites;
- b) la legislación estatal prevalece y coarta la libertad de estipulación contractual.

Analizaremos estas dos tendencias, aunque desde ahora podemos adelantar que una y otra han atemperado sus posiciones radicales y que, gradualmente, la doctrina, legislación y jurisprudencia han ido flexibilizando sus parámetros y, en algunos casos, conciliando sus divergencias.

A) *La autonomía de la voluntad*. Desde el antiguo derecho romano se establece la dicotomía entre el *jus cogens* y el *jus dispositivum*; es decir, la antinomia entre la expresión del interés social a través de normas llamadas de orden público o de aplicación inmediata, y aquel conjunto de disposiciones de interés privado, en que la voluntad de los particulares encuentra un ámbito de libertad para crear las normas aplicables a sus negocios jurídicos.<sup>9</sup>

La doctrina de la autonomía de la voluntad, con los auspicios originales de Demoulin, tuvo su auge bajo los principios filosóficos liberales del siglo XIX; paulatinamente, el principio individualista ha cedido ante los imperativos de la interdependencia y solidaridad social. Sin embargo, atem-

<sup>8</sup> Batiffol, Henry, "Ley aplicable en materia de contratos", conferencia sustentada en el Segundo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, México, D. F., 1978.

<sup>9</sup> Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, México, Ed. Porrúa, 1973, pp. 124 y ss. También en Pereznieto, Leonel, "Las obligaciones convencionales en el derecho internacional privado mexicano", México, D. F., *El Foro*, sexta época, núm. 6, p. 43.

perada en su rigorismo original, aún campea en muchas legislaciones. La jurisprudencia francesa la ha consagrado en forma constante desde 1910,<sup>10</sup> afirmando que la ley aplicable a los contratos, tanto en lo que concierne a su formación como en lo que respecta a sus efectos y condiciones, es aquella adoptada por las partes. Sin embargo, ante el embate de la doctrina y de nuevas corrientes filosóficas, la tesis ha sido reformulada. El profesor Batiffol, máxima autoridad en la materia, mantiene que la llamada autonomía de la voluntad debe interpretarse, no como una libertad irrestricta para elegir una ley determinada que puede carecer de significación internacional, sino como una expresión volitiva de diversos elementos objetivos que vienen a "localizar el contrato". Dicho en otras palabras, la voluntad de las partes se materializa a través de distintos acontecimientos materiales que "sitúan" el contrato. Toca al juez analizar todos y cada uno de dichos elementos objetivos (índices), valorarlos y deducir de ellos la ley aplicable.<sup>11</sup>

En este orden de ideas, la voluntad de las partes para señalar la ley competente viene a ser un elemento importante, pero solamente uno de los elementos para la localización del contrato. El tribunal deberá considerar, en forma especial, dicha declaración, pero no como un elemento necesariamente decisivo; es decir, deberá administrarla congruentemente con las demás circunstancias prevalecientes y, después de valorizar el conjunto, determinar el ordenamiento que a su juicio debe regular la situación jurídica en forma preeminente.

De esta manera se evitan las críticas dirigidas a la autonomía de la voluntad y se establece lo que el profesor Batiffol llama la ley de la autonomía. Como consecuencia, admite la posibilidad del reenvío y de la existencia del fraude a la ley, ambos prácticamente excluidos en el sistema tradicional de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, en ningún caso puede la manifestación de voluntad estar en contradicción con lo que resulta de la localización efectiva del conjunto de elementos. Si todos los elementos de un contrato están localizados en México y Colombia, las partes no podrían escoger la ley venezolana; si lo hicieran, ello estaría en contradicción con la realidad y sería esta última la que prevaleciera. En otras palabras, la libertad contractual tiene sus límites. Las partes pueden seleccionar una ley que tenga conexión con alguno de los elementos contractuales, verbigracia: la ley nacional de los contratantes, la de su domicilio, la del lugar de negociación, la del lugar de ejecución, etcétera. Si la selección es arbitraria, el derecho presuntivamente aplicable dejaría de serlo, en virtud de las cláu-

<sup>10</sup> Arrêt de Cassation Civile", París, del 5 de diciembre de 1910, citado en *Clunet*, 1912, p. 1156.

<sup>11</sup> Batiffol, Henry, "Los conflictos de leyes en materia de contratos", *Tratado* (4a. ed.), pp. 615 y ss.

sulas de reserva (orden público, fraude a la ley) establecidas por las legislaciones "afectadas" por la arbitraria selección.

Una vez determinada la ley considerada como aplicable a la relación contractual, o sea aquel ordenamiento que más apropiadamente debe regirlo, el juez deberá aplicar la ley interna material. Dicha ley deberá regular la validez y el fondo del contrato, así como las normas imperativas aplicables. Sin embargo, aclara Batiffol, es posible que ciertos aspectos, tales como la capacidad, forma intrínseca, derechos reales y otros, queden fuera de su esfera. En resumen, las partes no pueden: a) eludir las disposiciones de las convenciones internacionales; b) escoger una ley que no tenga una efectiva vinculación con los elementos contractuales, lo que los ingleses llaman a *real connection*.

Aun aceptando la validez del principio general, reformulado ahora por el profesor Batiffol, es posible que las partes hayan sido omisas en la determinación de la ley aplicable, que su manifestación en tal sentido sea incierta o legalmente ineficaz. En tales casos, corresponde al juez el interpretar la verdadera intención de los contratantes y, en su caso, suplirla. El juzgador puede auxiliarse de elementos objetivos y subjetivos. Dentro de los primeros, deberá atender a aquellos elementos reales y tangibles (lugar de celebración, lugar de ejecución, domicilio de los contratantes, etcétera). Dentro de los elementos subjetivos, deberá evaluar la voluntad hipotética de las partes atendiendo a los antecedentes del contrato, su contenido, cláusulas compromisorias de arbitraje, atributivas de competencia jurisdiccional, formalidades extrínsecas que rodearon el acto, etcetera. Dicho en otras palabras, su misión es "localizar" el contrato, de conformidad con las índices disponibles.

La selección expresa por las partes de un fuero jurisdiccional determinado, no implica necesariamente que la ley nacional del mismo, *lex fori*, sea la competente. El aforismo que siguen las cortes inglesas *qui eligit judicem eligit jus* no es válido, como tampoco lo es el principio a la inversa, es decir que la elección de la ley aplicable traiga aparejada la determinación del tribunal competente.

B) *La prevalencia de la legislatura interna*. Se ha ya precisado la existencia de un conjunto de normas de interés social, *jus cogens*, cuya ineludible aplicación coarta la libertad de estipulación contractual. Es de explorado derecho que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla.<sup>12</sup> Es también principio tradicionalmente aceptado en el derecho civil de origen románico-napoiónico, que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas

<sup>12</sup> Código Civil para el Distrito Federal (México), artículo 6o.

o de inters público, serán nulos, exceptuando los casos en que la ley ordene lo contrario.<sup>13</sup>

Dicho brevemente, habrá autonomía de las partes para determinar la ley aplicable a sus obligaciones convencionales en la medida en que el derecho interno lo permita. En la mayor parte de las legislaciones latinoamericanas prevalece el principio de la *lex loci executionis*. Es decir, que los efectos jurídicos de los contratos realizados en el extranjero que deban ejecutarse en el territorio nacional, se regirán por la ley del lugar de ejecución.<sup>14</sup> La generalidad de esta disposición no impide, sin embargo, que los otros elementos del contrato puedan regirse por leyes especiales. Así, la forma intrínseca se regularía por el principio *locus regit actum*, es decir, por la legislación del lugar donde el acto se celebra; la capacidad de los contratantes (personas naturales) podría regirse por las normas jurídicas del país de su domicilio o de su nacionalidad. Empero, no es frecuente encontrar en los códigos civiles latinoamericanos disposición expresa autorizando a los contratantes a escoger la ley aplicable al acto jurídico. Sin embargo, tal facultad puede inferirse de disposiciones de carácter general existentes en dichos ordenamientos. Así, por ejemplo, la legislación mexicana establece que las partes pueden poner en los contratos las cláusulas que crean convenientes, pero las que se refieran a los requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciables en los casos y términos permitidos por la ley.<sup>15</sup>

Sin perjuicio de los principios generales contenidos en la legislación civil, el derecho nacional puede establecer cortapisas en ordenamiento especiales. Estas limitaciones expresas a la libertad contractual se localizan principalmente en las leyes que regulan la transferencia de tecnología. Los regímenes legales de Argentina, México y el Grupo Andino<sup>16</sup> prohíben en forma absoluta las cláusulas por las cuales el licenciante se reserve el derecho de designar tribunales extranjeros para el conocimiento de los conflictos que puedan originar los contratos. En México se prohíbe expresamente que los actos, convenios o contratos relativos a la explotación de marcas, patentes,

<sup>13</sup> *Idem*, artículo 80.

<sup>14</sup> *Argentina*, Código civil, art. 1209; *Brasil*, Ley de introducción al Código civil, art. 17; *Colombia*, Código civil, art. 20; *Costa Rica*, Código civil, art. 60.; *Chile*, Código civil, art. 14; *Ecuador*, Código civil, art. 15; *El Salvador*, Código civil, art. 50.; *Paraguay*, Código civil, arts. 1210 y siguientes; *Perú*, Código civil, art. 70.; *Uruguay*, Código civil, art. 2399; *Venezuela*, Código civil, arts. 80. y siguientes.

<sup>15</sup> Código Civil para el Distrito Federal (México), Artículo 1831.

<sup>16</sup> *Argentina*: ley núm. 21,617 de 12 de agosto de 1977, art. 10, inciso u); *México*: Ley sobre el registro de la transferencia de tecnología y el uso y explotación de patentes y marcas, art. 70., fracción xiv; *Grupo andino*: Régimen común para el tratamiento de capitales extranjeros, decisión 24.

suministro de tecnología y asistencia técnica, que deban surtir efectos en el territorio nacional, se rijan por leyes extranjeras.<sup>17</sup> En la ley argentina número 21,617, de agosto de 1977, se establece como causal denegatoria de controversias originadas por la interpretación o cumplimiento del acto de un acto jurídico, la que contenga cláusulas que sometan la resolución (de transferencia de tecnología) a una legislación y jurisdicción que no sean, precisamente, la legislación y tribunales argentinos.

Si bien es cierto que el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología en México ha venido aceptando la validez de cláusulas compromisorias que someten el conocimiento de las controversias suscitadas a tribunales arbitrales, incluso aquellos con sede en el extranjero, sigue rechazando la inscripción del contrato si las leyes de fondo aplicables al arbitraje no son las mexicanas.<sup>18</sup>

#### V. TENDENCIAS ACTUALES HACIA LA ARMONIZACIÓN Y UNIFORMIDAD

La creciente interdependencia económica y el fomento del comercio internacional han propiciado renovado impulso a las tendencias actuales para lograr una creciente armonización y, óptimamente, la uniformidad en la regulación jurídica de los contratos. Estas tendencias se orientan a la obtención de:

a) El consenso internacional a través de tratados multilaterales (a nivel universal, regional o subregional); b) La uniformidad del derecho material aplicable; c) La aplicación de un "derecho profesional común" de carácter material.

Examinaremos cada una de estas corrientes.

a) *El consenso internacional a través de instrumentos multilaterales*, si bien idealista, resulta todavía irrealizable. Ciertamente que existen ya celebradas —y en vigor— algunas convenciones de carácter universal o regional. En el plano universal, podemos mencionar la Convención sobre la Ley Aplicable a las Ventas Internacionales de Objetos Muebles Corporales, concluida en La Haya el 15 de junio de 1955, así como la Convención sobre la Ley Aplicable a la Transmisión de la Propiedad en Ventas de carácter internacional de los mismos objetos, firmada en el mismo lugar, el 15 de abril de ese año. El primero de dichos instrumentos entró en vigor

<sup>17</sup> Ley sobre el registro de la transferencia de tecnología y el uso y explotación de patentes y marcas. Artículo 7o., fracción xiv.

<sup>18</sup> Álvarez Soberanis, Jaime, *Regulación de las invenciones y marcas y la transferencia de tecnología*, México, Porrúa, 1979, pp. 586 y ss.

el 1o. de septiembre de 1964. El segundo todavía no está vigente.<sup>19</sup> Existe además otra convención<sup>20</sup> que regula la competencia del foro contractual en las mismas materias.

Debe precisarse que el alcance de dichas convenciones está constreñido a los objetos muebles corporales y que no pretende regir otros aspectos del espectro contractual. El principio adoptado en estos instrumentos es que la compraventa se rige por la ley interna del país designado por las partes contratantes. Dicha designación debe constar en cláusula expresa o resultar en forma indubitable de las disposiciones contractuales. En defecto de dicha declaración de voluntad, la venta se rige por la ley interna del país donde el vendedor tiene su residencia habitual en el momento de recibir la orden.

A nivel regional y subregional, podemos mencionar los convenios Benelux de 1951,<sup>21</sup> los tratados de Montevideo de 1899<sup>22</sup> y 1940,<sup>23</sup> así como el Código de Bustamante de 1928.<sup>24</sup>

En el ámbito europeo, es interesante revisar los esfuerzos del Grupo de Trabajo de la Comunidad Económica Europea.<sup>25</sup> Este grupo prepara actualmente una convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en los países que forman parte de la CEE. La Convención se aplicaría a situaciones que involucren la aplicación de leyes dentro de los diferentes sistemas existentes en la Comunidad. El principio general (artículo 2) es que el contrato se gobernará por la ley escogida por las partes; éstas

<sup>19</sup> "Conference de La Haye de Droit International Privé", *Recueil des Conventions (1951/1957)*, pp. 12 y 16.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 20, firmada el 15 de abril de 1958 en La Haya. Aún no entra en vigor.

<sup>21</sup> Ver *American Journal of Comparative Law*, 1970, vol. 18, p. 424. El art. 13 establece que los contratos serán regidos por la ley escogida por las partes, en todos los conflictos que, en forma imperativa o supletoria, determine dicho ordenamiento.

<sup>22</sup> Ver título x (de los actos jurídicos), principalmente arts. 32 y 33. La ley donde los contratos deben cumplirse rige: a) su existencia; b) su naturaleza; c) su validez; d) sus efectos; e) sus consecuencias; f) su ejecución; g) en suma, todo cuanto concierne a los contratos bajo cualquier aspecto que sea. Parece que los Tratados de Montevideo tienen una marcada preferencia por la *lex loci executionis*, pero establecen excepciones a su aplicación.

<sup>23</sup> Ver título xi (de los actos jurídicos). El art. 37 reproduce la disposición contenida en el art. 33 del Tratado de 1889 (ver *supra* nota 22), manteniendo la preferencia por la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse. Sin embargo, como su antecesor, establece principios especiales en cuanto a formas y solemnidades, sobre cosas ciertas e individualizadas, contratos por correspondencia o por mandatario, etcétera.

<sup>24</sup> Ver título iv, libro primero (de las obligaciones y contratos). Especialmente, arts. 164 al 186. No adopta una ley única, aunque da preferencia "fuera de las reglas generales establecidas", a la ley personal común a los contratantes y, en su defecto, la ley del lugar de celebración (art. 186).

<sup>25</sup> "Commission des Communautés Européennes", III/F.4, documento núm. 141, Marzo, 1978, que contiene el Anteproyecto de Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

pueden también determinar si dicha ley será aplicable a la totalidad, o sólo a una parte de su acuerdo. Las partes pueden escoger la ley (artículo 3) en el momento de celebrar el contrato o en fecha posterior, en este último caso sin perjuicio de los derechos de terceros. En caso de que las partes no hubiesen determinado la ley aplicable, o su manifestación resultara legalmente ineficaz, el contrato se regirá por la ley del país con el que tenga más estrecha conexión; se presumirá que el contrato se encuentra más estrechamente conectado con el país donde tenga su residencia habitual la parte contratante que deba proporcionar la prestación más característica en el momento de concertar la operación.

b) *La uniformidad del derecho material aplicable.* Dos importantes esfuerzos se han hecho para obtener la uniformidad del derecho material aplicable a la compraventa internacional de mercaderías. El primero de ellos, se origina bajo los auspicios del Instituto Nacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), con sede en Roma, que culmina con la conferencia diplomática convocada en abril de 1964 en La Haya. Ahí se concluye una Ley uniforme para las ventas internacionales.<sup>26</sup> En el mismo año, también en La Haya, se suscribe la convención relativa a la Ley uniforme en la formación de contratos para venta internacional de mercaderías.<sup>27</sup> A esta fecha, ocho países han ratificado la primera de dichas convenciones y siete naciones han ratificado la segunda.<sup>28</sup> Al ratificar uno y otro instrumentos, los Estados se obligan a incorporar dentro de su legislación interna el texto de las respectivas convenciones.

La Ley uniforme permite a los nacionales de cualquier país seleccionarla como el instrumento legal aplicable a sus contratos. Si no existe tal selección expresa, la Ley uniforme sólo se aplicará a aquellos contratos en que *tanto las partes como el negocio* tengan un carácter internacional; por ejemplo: una transacción comercial entre una empresa de la República Federal de Alemania y otra compañía inglesa, cuyos efectos se realicen íntegramente dentro de los Estados Unidos de América, no quedaría regida por la Ley uniforme. Las reglas de derecho internacional privado quedan excluidas de la aplicación de dicha ley, a menos que exista disposición expresa en contrario. Este enfoque ambicioso propendía a excluir el "contacto" tradicional entre la venta internacional y el Estado que hubiere adoptado la convención;<sup>29</sup> es decir, el último aplicaría la Ley uniforme a la venta realizada entre empresas de dos Estados, a pesar de que ninguno

<sup>26</sup> Ver texto completo (en la versión inglesa) en 13, *American Journal of Comparative Law*, (1964), p. 453.

<sup>27</sup> *Vid, idem*, p. 472.

<sup>28</sup> Una y otra entraron en vigor en 1972. Se requería la ratificación o adhesión de cinco Estados, para su puesta en vigor.

<sup>29</sup> Ley uniforme: ver artículo 1o., párrafos 1-3; igualmente, artículo 2.

de los últimos tuviera relación con el Estado ratificante o la venta misma tuviera conexión con dicho Estado ratificante.

En 1968 se forma la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional más conocida por sus siglas inglesas UNCITRAL. Su problema inicial era si debería de respetar —y por lo mismo difundir— la adopción de las dos Convenciones de La Haya suscritas en 1964. Las respuestas obtenidas de los gobiernos de los Estados miembros reflejaron que aquéllas carecían del respaldo adecuado, principalmente por falta de claridad y de política armónica. Para muchos gobiernos, las convenciones de 1964 sólo plasmaban la postura civilista de Europa continental.

En esa virtud, el grupo de trabajo de UNCITRAL llevó a cabo una exhaustiva revisión de las convenciones de 1964, a la luz de las más variadas corrientes y con los aportes científicos de todos los sistemas jurídicos, revisión que culminó en el Proyecto de la Convención de Venta Internacional de Mercaderías.<sup>30</sup> En junio de 1978, la UNCITRAL aprobó el proyecto y resolvió convocar a una conferencia internacional de plenipotenciarios, a celebrarse en 1980, para adopción del texto final.

Por lo que respecta a los aspectos más sobresalientes del nuevo proyecto de convención, podemos resumirlos en los siguientes puntos: existe una "venta internacional" cuando las partes (vendedor y comprador) tienen sus establecimientos (asientos de sus negocios) situados en diferentes Estados. Ahora bien, para que la convención se aplique a los contratos relativos (venta de mercaderías), se requiere que tanto el vendedor como el comprador pertenezcan a Estados contratantes, o que las reglas de derecho internacional privado determinen la aplicación de la ley de un Estado contratante,<sup>31</sup> en cuyo caso se aplica también la Ley uniforme. El proyecto de convención también señala que ni la nacionalidad de las partes, ni el carácter civil o comercial de las partes del contrato serán tomados en consideración al examinar la esfera de aplicación de la convención.<sup>32</sup>

Como puede apreciarse, el Proyecto UNCITRAL aún conserva la posibilidad de aplicar la ley nacional de uno de los Estados contratantes como cuerpo legislativo supletorio, según los principios del derecho internacional privado. De esta guisa, el derecho interno puede suministrar las definiciones apropiadas en materia de términos comerciales, de títulos de crédito y en otros casos análogos.<sup>33</sup> Probablemente la innovación más importante del Proyecto UNCITRAL es el amplio espectro de su aplicación; basta que

<sup>30</sup> El texto completo, versión inglesa, aparece en el volumen 27, números 2 y 3 del *American Journal of Comparative Law*, p. 355 y ss.

<sup>31</sup> Ver capítulo 1o, artículo 1o, inciso 1, subinciso a) y b).

<sup>32</sup> Capítulo 1o, artículo 1o, inciso 3.

<sup>33</sup> Berman, Harold J., "The Law of International Commercial Transactions", *Harvard International Law Journal*, Winter, 1978, p. 271.

el comprador y el vendedor tengan su asiento de negocios en diferentes países, que a su vez sean partes contratantes, para que la convención se aplique.

Sin embargo, no soslaya los principios del derecho internacional privado, como lo hacía la Ley uniforme de 1964. Como ha quedado dicho, el proyecto UNCITRAL los incorpora como segunda alternativa para su aplicación.

c) *Aplicación de un derecho profesional común.* El comercio internacional es dinámico por su propia naturaleza. Su empuje no podría detenerse ante las dificultades e incertidumbres que implica el consenso multilateral de los Estados. Ha buscado —y finalmente encontrado— la forma de paliar los inconvenientes inherentes a la diversidad de sistemas jurídicos.<sup>34</sup>

Los tribunales permanentes de arbitraje mercantil, las organizaciones de comercio a nivel internacional, entre otras, la Comisión Económica para Europa y las Repúblicas Socialistas del Este de Europa, agrupadas bajo un pacto de ayuda mutua conocido como las “condiciones Generales del Consejo de ayuda Económica” (COMECON), han venido a facilitar esta labor. De todos estos órganos descentralizados han emanado una serie de reglas basadas en los usos y las costumbre mercantiles, que vienen a constituir una moderna *lex mercatoria*. Consiste esta última en un cuerpo de derecho material, fundado en prácticas de la comunidad internacional e integrado por un conjunto de normas consuetudinarias mercantiles, marítimas, bancarias y de seguros. Esta tradición, que se origina en la época medieval, perdura y se plasma como una válvula contra los excesos del nacionalismo legislativo. En su esencia, viene a constituir un proceso descentralizado de creación normativa.<sup>35</sup> Este proceso se materializa en contratos tipo, condiciones generales,<sup>36</sup> *incoterms*,<sup>37</sup> etcétera, que se funden dentro de un sistema de derecho material. En último análisis, estamos frente a un medio novedoso de reconocimiento de costumbre como fuente de creación jurídica.<sup>38</sup> El conjunto de todos esos usos y prácticas consagradas

<sup>34</sup> Loussouarn, Yvon, *Droit du Commerce International*, París, 1969, p. 585.

<sup>35</sup> Perezniето, Leonel, “Reflexiones sobre algunas técnicas de creación normativa en el campo del DIP, con referencia a los contratos internacionales”, *Sécondo Seminario Nacional del DIP*, México, UNAM, 1978, p. 12.

<sup>36</sup> Es posible que las “condiciones generales” establecidas por los contratantes para regular sus operaciones sean omisas o insuficientes en ciertos aspectos. En tales casos, el derecho material del país del vendedor se aplicaría supletoriamente. Tal es la solución prevista en el COMECON. Artículo 110 de las Condiciones Generales, aprobadas en 1968.

<sup>37</sup> Ver Witker, Jorge y Perezniето, Leonel, “Términos Comerciales Uniformes (Incoterms) 1953. (FAS, FOB, CIF, EXSHIP, FRANCO-VAGON)”, *Aspectos Jurídicos del Comercio Exterior de México*, México, 1976, anexo 1, p. 197.

<sup>38</sup> Perezniето, Leonel, *op. cit. supra*, nota 35, p. 13.

por la tradición viene a constituir un verdadero derecho profesional común. Es cierto que ello se realiza fuera de los tribunales judiciales y sin la colaboración de las leyes nacionales. Sin embargo, también lo es que las partes se someten con mayor frecuencia al arbitraje privado para dirimir sus controversias y que los árbitros al resolver las contiendas, en conciencia o en bases de equidad, pueden soslayar el derecho interno de las partes.

#### VI. CONCLUSIONES

1) La regulación jurídica de los contratos internacionales es una materia sumamente compleja. El dinámico desarrollo del comercio en todas sus formas exige cierta medida de armonía en los planteamientos que se suscitan en la interpretación de los acuerdos y en la resolución de las controversias derivadas de ellos. En aras del desarrollo progresivo del comercio internacional, es necesario buscar fórmulas de uniformidad, sea en el derecho material, sea en las reglas de conflictos aplicables.

2) En la etapa actual no es aún posible patrocinar la aplicación de una ley única a todos los aspectos del contrato; deben auspiciarse soluciones analíticas que identifiquen para cada tipo de contrato la legislación más apropiada.

3) La doctrina contemporánea parece inclinarse a respetar el principio de la autonomía de las partes en la elección de la ley aplicable a sus obligaciones convencionales; este principio, sin embargo debe interpretarse en la medida que el derecho interno lo permita.

4) Es detestable y debe de propiciarse el concenso internacional a través de tratados multilaterales a nivel universal, regional y subregional. La suscripción, ratificación o adhesión de los Estados a estas convenciones, que presumiblemente adoptarían las corrientes más modernas en esta materia, mitigarían los excesos de nacionalismo que ahora campean en legislaciones internas.

5) Deben respaldarse los esfuerzos de UNCITRAL para uniformar la ley aplicable a la venta internacional de mercaderías; confiamos en que la conferencia de plenipotenciarios, a que convocará la Organización de las Naciones Unidas en 1980, adoptará el texto final del proyecto aprobado en 1978.

6) Debe propiciarse la concertación de cláusulas compromisorias arbitrales. Sería recomendable que en el texto de las mismas se autorizase a los árbitros para dirimir las controversias tomando en cuenta los usos y prácticas consagradas por la costumbre internacional, incluyendo las llamadas condiciones generales, contratos tipo, *incoterms*; es decir, ese conjunto

de normas consuetudinarias que forman una moderna *ley mercatoria*, supranacional.

7) Si el conflicto se plantea ante tribunales nacionales, es deseable armonizar las soluciones relativas al foro jurisdiccional, bien entendido que la competencia del juez para conocer de una determinación contractual no trae aparejada la aplicación de su ley interna.

JOSÉ LUIS SIQUEIROS