

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

CONTRATOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EN EL COMMON LAW EN INGLATERRA, ESTADOS UNIDOS E INDIA

Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ARTI GOBIND DASWANI

Profesor Guía: Mario Ramírez Necochea

Santiago de Chile, Mayo de 2004

..	1
Agradecimientos: . .	3
INTRODUCCIÓN .	5
CAPÍTULO I. EL CONTRATO . .	11
A. APROXIMACIÓN HISTÓRICA: . .	11
B. CONCEPTO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA: .	13
1. Legislación Chilena: .	14
2. Legislación Francesa: . .	14
3. Legislación Italiana: .	15
5. Legislación Estadounidense: . .	16
6. Legislación India: .	17
CAPÍTULO II. LOS CONTRATOS INTERNACIONALES .	19
A. DOCTRINA NACIONAL: .	21
B. LEGISLACIÓN NACIONAL: .	22
C. DOCTRINA EXTRANJERA: .	24
D. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL: . .	26
1. El Código de Derecho Internacional Privado, . .	26
2. La Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías, .	27
3. En el ámbito de la Comunidad Europea, el Convenio Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales .	27
4. El Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales .	28
5. La Convención para la Unificación de ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional, .	28
6. Más adelante, el año 1944, se celebró el Convenio de Aviación Civil Internacional de Chicago en Illinois, Estados Unidos. .	29
7. El más reciente instrumento que regula el transporte aéreo internacional es el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, o Convenio de Montreal, . .	29
8. El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de	30

Mercancías, .	
9. La Convención Interamericana sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera .	31
10. Para la Convención de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal de Mercaderías, .	31
E. CONCLUSIÓN: .	31
CAPÍTULO III. LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES .	33
A. CLASIFICACIONES DOCTRINALES: .	34
1. Métodos Objetivos y Subjetivos: . .	34
2. Métodos Sintéticos y Analíticos: .	34
3. Métodos Conceptuales y Funcionales: . .	34
B. MÉTODOS APLICABLES A LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES: .	35
1. Conflicto de Leyes o Elección de Ley (Choice of Law) .	35
2. Método Directo mediante Normas Uniformes o Sustantivas: . .	39
CAPÍTULO IV. LOS CONTRATOS EN EL COMMON LAW . .	47
A. DEFINICIÓN DE CONTRATO: .	48
B. REQUISITOS: .	48
C. CONSIDERATION: .	50
1. Concepto: . .	50
2. Requisitos: . .	51
D. PROMISSORY ESTOPPEL: .	53
1. Características Generales: .	54
2. Requisitos: . .	55
3. Clasificación: .	55
E. HARDSHIP: .	59
F. PRINCIPIO DE LA BUENA FE: .	61
G. LEY QUE RIGE EL CONTRATO: .	62
1. Lex Loci Contractus: . .	62
2. Lex Loci Solutionis: . .	63

3. Doctrina del Proper Law of Contract: .	63
4. Normas Escritas y Codificadas: . .	66
H. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA FORMACIÓN DEL CONTRATO: .	67
Consideration: .	67
Oferta y Aceptación: .	67
Validez Formal: .	68
Validez Sustancial: .	68
Ilegalidad: . .	68
I. FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO: .	68
1. Invitación a negociar: .	70
2. Contra Oferta: .	70
3. Aceptación Implícita: . .	70
J. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS: .	70
1. Concepto: . .	71
2. Formalidades: .	71
3. Efectos: . .	71
4. Riesgos de la Cosa Vendida: .	72
CAPÍTULO V. LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO UNIFORME DE COMERCIO DE EEUU .	75
A.- INTRODUCCIÓN: . .	75
B. DEFINICIONES: . .	76
C. REQUISITOS DE FORMA: .	77
D. FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO: .	78
E. CONSIDERATION: .	79
F.- HARDSHIP: . .	80
G. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CONTRATO: . .	81
CAPÍTULO VI. <u>LOS CONTRATOS EN LA LEGISLACIÓN DE INDIA</u> .	83
A. INTRODUCCIÓN: .	83
B. DEFINICIONES CARACTERÍSTICAS: .	85
C. CONSIDERATION: .	87

1. Concepto: . .	87
2. Elementos: .	88
3. Características: .	89
4. Acuerdos que No Necesitan Consideration: . .	91
D. DOCTRINA DEL EFECTO RELATIVO DE LOS CONTRATOS: .	91
E. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA: .	93
1. Definición: .	93
2. Formalidades: .	94
F. EXTRATERRITORIALIDAD: .	94
G TÍTULOS DE CRÉDITO: . .	95
H. LEY DE COMERCIO EXTERIOR: . .	95
CAPÍTULO VII. ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO CIVILY EL COMMON LAW ..	99
A. Doctrina del Consideration: .	99
B.- Promissory Estoppel: . .	100
C.- Hardship Clause: . .	100
D. Buena Fe Contractual: . .	101
E. Elección de ley Aplicable a los Contratos: .	101
F. Formación del Consentimiento: .	102
G. Retracción de la Oferta: .	102
H. Cumplimiento en Especie: . .	103
CONCLUSIONES FINALES .	105
BIBLIOGRAFÍA .	109

A mis padres, Pushpa y Gobind Daswani y a mis hermanos, Kripa y Kabir

Agradecimientos:

Al Profesor Mario Ramírez Necochea, por su invaluable ayuda e infinita paciencia

A Su Excelencia K. P. Ernest, Embajador de India en Chile, por su gran ayuda

A mi familia y mis amigos, por su permanente apoyo

INTRODUCCIÓN

En esta época, más que en cualquier otro período de la historia, se multiplican los contratos, tanto por la constante creación de nuevas formas como porque cada vez más sujetos de derecho recurren a ellos. Este fenómeno surge, entre otros, de la gran variedad de posibles relaciones jurídicas ante las cuales se enfrentan las personas hoy en día, y la necesidad de contar con contratos, en mayor o menor medida, para constituirlos.

Han surgido contratos desconocidos hace algunos años, contratos antes innominados, como el leasing y el factoring, y nuevas clases de operaciones adoptadas por el mercado cambiario.

Junto a ello se plantean nuevas doctrinas y teorías. Mientras algunas intentan insertar las nuevas figuras dentro de las clasificaciones clásicas de los contratos, para otras constituyen actos jurídicos autónomos que adaptan elementos y requisitos de distintos contratos.

La importancia de estos instrumentos se ve acentuada, también, por el incremento de las relaciones comerciales entre los países. “El primer rasgo característico de la nueva realidad mundial es la globalización (...) Hay una uniformación a escala global de las formas de producción y de la organización económica, a las cuales se une un desarrollo acelerado del comercio mundial.”¹ “El campo de juego de los negocios es actualmente el globo terrestre. Las fronteras nacionales ya no son límites para las empresas”², sean

¹ Insulza, José Miguel, *Ensayos sobre Política Exterior de Chile*, Ed. Los Andes, Santiago de Chile, 1998, pág. 18.

grandes o pequeñas. En este camino van los cambios que conllevan la apertura de nuevos mercados, antes cerradas al exterior, y los nuevos acuerdos comerciales alcanzados por los Estados. Éstos, con cada vez mayor frecuencia, buscan celebrar estos convenios con el fin de mejorar sus economías y, en definitiva, la calidad de vida de sus habitantes. Más allá de la discusión sobre si se logra o no el objetivo deseado con su celebración, su existencia es una realidad innegable, y ante ésta, hay que estar preparados e informados debidamente para poder negociar y aplicarlos de la mejor manera posible.

Cuando se contrata en el ámbito internacional, además de las cuestiones que deben tomarse en cuenta al contratar internamente, será necesario considerar otros factores, como la distancia entre las partes contratantes, las diferentes culturas e ideologías de los contratantes, sus monedas y burocracias de sus gobiernos, la inestabilidad de las relaciones internacionales, y las distintas leyes a que se ven enfrentados. Ahondaremos en éste último punto, porque, en vista de las numerosas dificultades que pueden surgir a lo largo de la celebración y ejecución de los contratos internacionales, adquiere gran trascendencia el pleno conocimiento de las regulaciones jurídicas de cada Estado, para que el marco legal dentro del cual actúan las partes, sea un elemento de certeza y no de inestabilidad contractual.

Frente a este escenario, esta tesis buscará, en primer lugar, otorgar una somera descripción de los contratos, para entrar después a los contratos internacionales; en ambos casos con un enfoque hacia la compraventa, principal instrumento mediante el cual se desarrolla el comercio internacional. Una vez propuesta una definición de los contratos internacionales, detallaremos los distintos métodos que ha distinguido la doctrina para determinar la ley que se aplicará a los conflictos que puedan surgir en su celebración, ejecución o terminación. El de mayor aplicación práctica se remite a normas nacionales, lo que hace necesario estudiar los distintos enfoques de los contratos comerciales en el derecho comparado, específicamente en el sistema legal presentado como opuesto al nuestro, el Common Law.

Este trabajo se estructura en siete capítulos:

El Capítulo Primero estudia el contrato desde un punto de vista general, dando una aproximación histórica y luego las definiciones que recibe en distintas legislaciones.

El Capítulo Segundo se enfoca en los contratos internacionales, su conceptualización por la legislación y doctrina nacional y extranjera, analizando sus distintas acepciones en varias convenciones internacionales, para concluir proponiendo una definición que comprenda cabalmente los elementos que realmente hacen que un contrato sea internacional.

El Capítulo Tercero busca analizar la legislación que se aplica a estos instrumentos, explicando los métodos que el Derecho Internacional Privado entrega para determinarla, y las clasificaciones doctrinarias de estos modos, entre las cuales destacan la autonomía de la voluntad de las partes y la Nueva Lex Mercatoria.

² Salacuse, Jeswald W., *Transacciones Internacionales. Los Negocios en el Mercado Mundial*, Ed. Gedisa, Barcelona, España, 1993, pág. 14.

El Capítulo Cuarto analiza la regulación de los contratos bajo el sistema del Common Law como se aplica en Inglaterra, dando su definición y requisitos, explicando los conceptos de *consideration*³, *promissory estoppel*⁴ y *hardship*⁵, distintos aspectos de su legislación, su doctrina de ley propia o más adecuada al contrato; el contrato de compraventa, sus formalidades, efectos, y riesgos. Por último, esbozamos un paralelo entre algunos elementos del Derecho Civil y del Common Law.

El Capítulo Quinto se basa en el Código Uniforme de Comercio de Estados Unidos para estudiar los contratos en ese país, siendo el cuerpo legal que regula esta materia en su casi totalidad. Inicia con una introducción, para continuar con las definiciones que contiene, enfocándonos en los contratos, su forma, formación, la necesidad de contar con un *consideration*, y las normas que se les aplican.

El Capítulo Sexto explica la regulación de los contratos de acuerdo al ordenamiento jurídico de India, su definición y aspectos característicos. Luego analizamos el requisito del *consideration*, sus elementos esenciales y sus características, y los casos en que excepcionalmente no se exige. Continuamos con la Doctrina del Efecto Relativo de los Contratos, el contrato de compraventa y sus formalidades, para terminar con un breve enfoque desde el punto de vista internacional, los títulos de crédito y algunos datos relevantes de la Ley de Comercio Exterior.

El Capítulo Séptimo entrega un esquema que resalta las principales diferencias que se observan entre los sistemas del Common Law y del Derecho Civil, como son la Doctrina del *Consideration*, el *promissory estoppel*, el *hardship clause*, la elección de ley aplicable al contrato, el momento de formación del consentimiento, el lapso en que puede retractarse el oferente, y el cumplimiento en especie o *specific performance* como remedio al incumplimiento contractual.

Concluye este trabajo destacando la importancia del análisis efectuado, con miras a la realidad económica y política del país; junto con la necesidad de estudiar con mayor rigurosidad esta materia, tanto en relación a la legislación internacional como la legislación extranjera aplicable a los contratos que se celebran diariamente. Dejaremos entonces, para un trabajo futuro, la profundización de los aspectos más relevantes, que no pudo concretarse en esta ocasión con el propósito de no alargar en demasía este trabajo, que busca principalmente entregar un completo mapa de las variables jurídicas que enfrenta hoy el comercio internacional.

Las razones detrás del estudio que proponemos se pueden observar desde tres puntos de vista:

³ Usaremos la palabra en inglés porque su traducción literal al español, "consideración", no contempla esta acepción, al no existir esta figura legal en nuestro Derecho.

⁴ Tampoco existe un concepto equivalente en los sistemas jurídicos basados en el jus civiles, por lo que usaremos el término anglosajón.

⁵ Se asimila a la fuerza mayor o *force majeure*, y se ha traducido así, como imprevisión y como excesiva onerosidad, pero cada figura es independiente y distinta, por lo que mantenemos el uso de la palabra inglesa; bastante difundida, en todo caso, en los contratos internacionales.

1. Teórico: Busca contribuir a una reflexión teórica acerca del destacado lugar que disfrutaron los contratos dentro del estudio jurídico, en especial los contratos comerciales internacionales, dado el contexto en que vivimos. Éste exige conocer las diferentes realidades a que se someten, cómo afectan las relaciones comerciales que se llevan a cabo con otros países, y la utilidad de lograr términos uniformes que tiendan hacia una mayor certeza jurídica en la contratación internacional.

“En el mundo existen dos grandes sistemas jurídicos. Debido a que éstos parten de pilares distintos, la divergencia entre los mismos no puede realizarse fácilmente. Ellos son los países civilistas y los que siguen el Common Law (...) Sin embargo, podemos sostener que en el campo económico, aun con las grandes diferencias existentes entre ambos sistemas, los marcos jurídicos están tendiendo a converger. Ello se debe fundamentalmente a que a medida que las economías y los negocios se vuelven más complejos, los países que siguen el Common Law están adoptando, cada vez más, normas específicas que regulen las actividades dejando menos al criterio de los jueces su interpretación posterior.”⁶

Aún así, es sumamente importante para quienes se han formado bajo la tradición legal romana, de estudiar, en relación a esta materia, cuerpos legales pertenecientes al sistema del Common Law, además de su determinante jurisprudencia. Nos enfocamos en tres países cuyos ordenamientos jurídicos obedecen a esa descripción, con economías que resultan bastante importantes para la chilena, como son Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica e India.

2. Práctico: Chile se encuentra interesado en aumentar su comercio internacional, lo cual se refleja en la cantidad de acuerdos de libre comercio que ya se han celebrado, junto a los que se encuentran en estudio. En este contexto, habrá un inminente aumento de contratos internacionales y una necesidad creciente de conocer las realidades jurídicas de los contratos en los países con que nos asociamos, a las cuales se deberá enfrentar y adaptar tanto el aparato estatal como los particulares.

“Los principales problemas de la contratación internacional derivan del hecho de que cada país posee sus propias normas jurídicas, en circunstancias que el negocio internacional requiere de una regulación uniforme para las partes que intervienen en él.”⁷

Hemos dado un énfasis especial al Common Law porque presenta las mayores diferencias, y por ende, los mayores desafíos, para las personas formadas bajo nuestra cultura jurídica.

Le dedicamos tres capítulos, para tratar el sistema que rige en Gran Bretaña (donde se desarrolla esta tradición jurídica), en virtud del interés que suscitan las posibilidades que se abren con el Tratado de Libre Comercio celebrado por Chile con la Unión Europea; la legislación de Estados Unidos, ante la progresiva implementación del Tratado

⁶ Gómez Minujín, Facundo, *Efectos de la Globalización en el Mundo Jurídico. Un Enfoque Particular en el Área Financiera y de Negocios*, en *Contribuciones 3/98. El Desafío de la Globalización*, Ed. Konrad Adenauer-Stiftung A.C., Buenos Aires, Argentina, 1998, pág. 50.

⁷ Ramírez Necochea, Mario, *Informe para Jornadas de la OEA de Derecho Internacional*, Lima, Perú, noviembre de 2003.

de Libre Comercio celebrado recientemente con este país; y los rasgos característicos que presentan las leyes en India en esta área, ya que tanto ese país como Chile se encuentran estudiando la celebración de un acuerdo bilateral, ya sea en el corto o mediano plazo. De hecho, aún cuando éste no establezca un comercio libre entre ambos países, sin lugar a dudas impulsará una mayor apertura y fluidez comercial entre ellos. De hecho, Chile ya ha buscado acercarse a los países del Asia-Pacífico desde las últimas décadas, no sólo en el “ámbito multilateral y económico. También desarrolló un esfuerzo importante para consolidar vínculos bilaterales”⁸, trabajo que ya ha rendido frutos como la inclusión de Chile en el foro del APEC, la negociación del tratado con Corea del Norte, y el interés por celebrar acuerdos comerciales con Chile de parte de dos de las mayores potencias del continente asiático, China e India.

3. Metodológico: Para este trabajo se ha acudido a las más diversas fuentes originarias de los países cuyas legislaciones se han estudiado, tanto doctrinas, legales y jurisprudenciales; además de entrevistas personales a personeros claves sobre el futuro comercial que proyecta India con Chile.

En este último punto, debo hacer presente las motivaciones personales que me llevaron a realizar este trabajo. Ya a temprana edad me vi enfrentada a estas materias, especialmente desde el aspecto del comercio internacional. El posterior estudio del Derecho me permitió iniciar una reflexión más seria sobre este tema, acentuada por la apertura en este ámbito, de la cual hemos sido testigos durante las últimas décadas, tanto en Chile como en India, ambos países a los cuales me siento profundamente ligada.

De esta manera, sin centrar todo el trabajo solamente en esta relación, la incluyo a través de un estudio más amplio, más comprensivo, y por ende, más atractivo, útil y hasta necesario para el lector que desee conocer los contratos más allá de nuestras fronteras.

⁸ Van Klaveren, Alberto, *Inserción Internacional de Chile*, en *Chile en los Noventa/ Presidencia*, Ed. Dolmen, Santiago de Chile, 1998, pág. 145.

CAPÍTULO I. EL CONTRATO

A. APROXIMACIÓN HISTÓRICA:

Los contratos escritos más antiguos que se han encontrado se refieren a la compraventa de fincas y esclavos en Mesopotamia, hace más de cinco mil años. A partir de entonces, si no antes, nace la larga historia de los contratos, durante la cual se han concebido desde distintas perspectivas. Por ejemplo, la magia se consideró parte integrante de ellos, para los griegos consistían en trueques en esencia, que podían adaptarse a múltiples contenidos.

Etimológicamente, se sostiene que la palabra contrato viene del latín "contractus", que "significa lo contraído, es decir, una relación jurídica bilateral ya formada, con independencia del acto de formación o de nacimiento de la misma."⁹ Aunque los juristas romanos clásicos no llegaron a desarrollar una teoría del contrato, sí desarrollaron su concepto y normativa.

En el Tratado del Emperador Justiniano o Digesto, ya en el año 529 D.C., aparece el

⁹ López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, pág. 34. También se dice que "contractus" viene de la palabra "contrahere", que significa atar o ligar; ya que así como la atadura puede emanar tanto de un acto voluntario como involuntario, las obligaciones pueden nacer tanto de contratos como de delitos.

concepto del contrato que inspira al Derecho continental europeo, y como consecuencia al nuestro. El Título I de su Libro XVIII, establecía que “el origen de la compra y venta está en las permutas, porque antiguamente no existía el dinero, ni se denominaba a una cosa mercancía y a la otra precio (...) Se eligió una materia cuya valoración pública y perpetua evitase, mediante la igualdad de cuantía, las dificultades de las permutas (...) Desde entonces, no constituyen ambas cosas mercancías, sino que una de ellas se denomina precio.” De esta manera, se separa de la idea del trueque y a parece como figura autónoma con características propias.

La rigurosidad formal de los contratos se expresaba en la idea de que "nudum pactum obligationem non parit", esto es, el pacto desnudo, o sin formas (que consistían en rigurosas fórmulas a las que debían ceñirse las partes), no genera obligaciones; lo que hace que el acto constituya un contrato es la existencia de obligaciones recíprocas sin fundamento subjetivo basado en el consentimiento, sino que se sustentado en la estructura misma, objetiva, de la relación. Se decía que el "fundamento vinculante para las partes es la propia reciprocidad" ¹⁰ .

Desconocían, por tanto, una de las teorías actuales fundamentales del contrato y del acto jurídico: La autonomía de la voluntad como fuente creadora de obligaciones.

En la Ley de las XII Tablas el consensualismo era un principio excepcional, por lo que no existen los vicios del consentimiento, la interpretación es solamente literal y desconoce el contrato entre ausentes (debido a que sería imposible cumplir con las ritualidades externas exigidas para la creación de obligaciones contractuales). El contrato derivaba su fuerza del derecho objetivo, y la fuerza obligatoria de cada contrato tenía como fundamento cada figura típica (las cuales limitaban la voluntad de las partes, pues tenían que ceñirse estrictamente a ellas).

El contrato, como lo conocemos hoy, formado en torno al acuerdo o consentimiento, recién aparece en el Derecho Justiniano; pero a pesar de que el la fuerza del contrato derivara de la voluntad, la importancia de las antiguas formalidades se concretaba en la escrituración, que llega a convertirse en uno de sus elementos sustanciales. Se mantenía entonces la idea de que los pactos desnudos no engendran obligaciones civiles.

En la Edad Media, la fuerza obligatoria de los contratos provenía del cumplimiento de una forma ritual o de la entrega material de una cosa (también considerada una formalidad). Bajo esta perspectiva, perdía relevancia la tipicidad, y la causa o motivo subjetivo no tenía cabida. Como consecuencia, el error era irrelevante y la responsabilidad era siempre una y uniforme. Al no entrar en averiguaciones sobre la voluntad, los motivos o los presupuestos para contratar, se favorecía la seguridad de las relaciones jurídicas.

Sin embargo, durante la misma época, y mucho antes que en el resto de Europa, surgió el consensualismo en España consuetudinariamente, con antecedentes en la costumbre castellana, en el Fuero de Navarra y en el Fuero Real. Lo consagró el Ordenamiento de Alcalá de 1348 ¹¹ al disponer que "sea valedera la obligación o el contrato que fuesen fechos en cualquier manera que parezca que alguno quiso obligar o

¹⁰ Samper, Francisco, *Derecho Romano*, N° 204, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1975.

facier el contrato con él". Esta norma fue recogida por la Nueva Recopilación de 1567 y por la Novísima Recopilación de 1805, reflejada más tarde en el Código Civil español de 1889, en el cual el consensualismo constituye ya un principio.

El resto de Europa sólo ve el surgir del consensualismo (aunque con múltiples excepciones y restricciones) en los siglos XVI y XVII, con el pensamiento voluntarista. Se refleja en algunas normas del Código Civil Francés de 1804, aunque sólo usa una vez la palabra "voluntad". Son los comentaristas de este Código, integrantes de la Escuela Exegética, quienes realmente introducen el concepto de consensualismo en el siglo XIX.

Según los juristas voluntaristas, si el individuo es libre, sólo puede obligarlo su voluntad. Llevado a materia contractual, implica que el contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan.

Entre los presupuestos ideológicos y sociológicos de esta concepción moderna, encontramos la economía liberal fundada en el *laissez faire*, la idea de la igualdad de las partes (considerando el contrato como un arreglo entre iguales), y la preponderancia de la libertad individual.

B. CONCEPTO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA:

En las economías de mercado, y también en las economías dirigidas, aunque sea en menor medida, las personas necesitan comprar y vender productos a fin de satisfacer sus necesidades. De ahí que todos los ordenamientos jurídicos se hayan preocupado de definir el contrato de compraventa, de acuerdo a su propia concepción de los alcances y efectos que puede tener. De hecho, cualquiera sea la posición teórica sobre el comercio internacional, "los flujos de mayor importancia en las relaciones económicas internacionales son las exportaciones de bienes y servicios, de los que los países se valen para poder, posteriormente, financiar sus importaciones; a su vez éstas constituyen un caudal variado de mercancías originado por las necesidades de la industria, y la población del país."¹²

Sin embargo, estas exportaciones e importaciones, y los contratos que las preceden, están sometidas a las distintas reglas. "El circuito internacional del comercio establece una suerte de vasos comunicantes, en los que las disposiciones legales y técnicas de cada mercado significan los ductos que posibilitan el acceso de los bienes y servicios, estableciendo una serie de etapas o medios en el comercio mundial."¹³ Para empezar, analizaremos las variadas definiciones de uno de sus principales instrumentos, la compraventa.

¹¹ En Chile, este cuerpo legal impulsó la vigencia de las Partidas que rigieron hasta 1902 en materia procesal.

¹² Sierralta Ríos, Aníbal y Olavo Baptista, Luiz, *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional*, Ed. Temis, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 4.

¹³ Sierralta Ríos, Aníbal y Olavo Baptista, Luiz, ob. cit., pág. 6.

1. Legislación Chilena:

En el Libro IV del Código Civil chileno, titulado “De las Obligaciones en General y de los Contratos”, el artículo 1.437 enumera las fuentes de las obligaciones, entre las cuales incluye al contrato, definiéndolo como un “concurso real de las voluntades de dos o más personas.”

El artículo 1.438 del mismo cuerpo legal dispone que “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”

La doctrina ha criticado esta definición, ya que asimila dos conceptos diferentes, contrato y convención (especie y género), y porque “alude a la prestación como objeto del contrato, a pesar que la prestación es el objeto de la obligación y no el objeto del contrato.”¹⁴

Ergo, el contrato es una fuente de obligaciones, que puede tener por objeto dar, hacer, o no hacer.

El contrato de compraventa también está regulado en el Libro del Código Civil, en su Título XXIII “De la Compraventa”. El artículo 1793 lo define como “un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero.”

De acuerdo con los artículos 675 y 703 del mismo cuerpo legal, constituye un título traslativo de dominio, esto es, sirve para transferirlo, pero ello sólo se perfecciona mediante la tradición, que es el modo de adquirir.

En efecto, las obligaciones que nacen para el vendedor son básicamente dos según el artículo 1.824 del Código Civil, son “la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida.” Incluso, “la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo” (Artículo 1.815 del Código Civil).

2. Legislación Francesa:

El Código Civil chileno basó su definición de contrato en el Código Civil francés, pero se apartó de éste al definir la compraventa.

En el Título III del código francés “De los contratos o de las obligaciones contractuales en general”, el artículo 1.101 establece que “el contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, frente a una u otras varias, a dar, hacer o no hacer algo.”

El contrato de compraventa está regulado en su el Título VI “De la Venta”, artículo 1.582, que lo define como “un contrato por el cual una parte se obliga a entregar una cosa, y la otra a pagarla.”

Hasta aquí, es similar al sistema chileno. Sin embargo, el artículo siguiente, agrega

¹⁴ López Santa María, ob. cit., pág. 18.

que “se perfeccionará entre las partes, y el comprador adquirirá de derecho la propiedad con relación al vendedor, desde el momento en que exista acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado.”

Es decir, el contrato constituye, en sí mismo, un título traslativo de dominio y el modo de adquirirlo. Por ello, el artículo 1.599 dispone que “la venta de la cosa ajena será nula: Podrá dar lugar a indemnización por daños e intereses cuando el comprador ignorara que la cosa fuera de otro.”

3. Legislación Italiana:

El Código Civil italiano trata el contrato en su Libro Cuarto “De las Obligaciones”. El artículo 1.321 lo define como el acuerdo entre dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellos, una relación jurídica patrimonial.

En consecuencia, tanto la tradición como el pago serían contratos, pues ambos caben dentro de la definición dada, más amplia, por lo tanto, que las legislaciones chilena y francesa; aunque por otro lado es más restringido, al incluir solamente relaciones jurídicas de carácter patrimonial, quedando fuera, por ejemplo, el matrimonio y la adopción.

En cuanto al concepto de compraventa, se encuentra en el artículo 1.470 del mismo cuerpo legal: Contrato que tiene por objeto la transferencia de la propiedad sobre una cosa o la transferencia de otro derecho, por el pago de un precio debido.

Aquí también se produce la transferencia de propiedad, pero contemplando también la posibilidad de que, si el vendedor no es el dueño de la cosa, sólo transfiere los derechos que tiene sobre la cosa vendida.

El artículo 1.376 del Capítulo V “De los Efectos del Contrato”, explicita que se transfiere o adquiere la propiedad o el derecho por el sólo consenso de las partes, legítimamente manifestado. Esto es, a diferencia de nuestro sistema, y tal como en el sistema francés, no se requiere un modo de adquirir diferente al contrato mismo.

4. Sistema del Common Law Inglés: El contrato es un acuerdo entre un número de partes, obligándolos o impidiéndoles realizar ciertas acciones, con la intención de que tenga consecuencias legales. Se forma bajo el principio de consensus ad idem, esto es, el que todas las partes están de acuerdo con lo señalado en el contrato.

El contrato de compraventa, por su parte, se define en la Ley de Compraventa de Mercaderías, como “un contrato por el cual el vendedor transfiere, o acuerda transferir, la propiedad de los bienes al comprador, por un *consideration* en dinero, llamado precio.” Este contrato puede ser condicional o absoluto, de manera que “cuando bajo un contrato de compraventa se transfiere la propiedad del vendedor al comprador, el contrato se llama compraventa”, y será solamente un “acuerdo para vender” cuando la transferencia queda fijada para una fecha futura o sujeta a una condición que debe cumplirse con posterioridad a la celebración del contrato. Sólo cuando se cumpla el plazo o condición, el acuerdo se convertirá en compraventa.

Seguiremos analizando los contratos bajo la legislación inglesa, en mayor

profundidad, en el Capítulo IV.

5. Legislación Estadounidense:

Basándose en el Common Law, ha modificado algunos de sus preceptos a partir de su propia jurisprudencia y las leyes que se han dictado en Estados Unidos a lo largo del tiempo.

Para el ordenamiento jurídico de Estados Unidos, los contratos son promesas que la ley hace cumplir, reconociendo el cumplimiento de la promesa como un deber, y previendo el caso de su incumplimiento.

El contrato nace cuando un deber se genera, o puede generarse, en virtud de una promesa hecha por una de las partes. Mas, para ser legalmente obligatoria, esta promesa debe tener como contraprestación un *consideration* adecuado, es decir, un beneficio o detrimento que recibe una parte, que razonable y justamente lo induce a efectuar la promesa o celebrar el contrato.

Por ejemplo, las promesas sobre regalos no son obligatorias, ya que normalmente no constituye *consideration* suficiente la mera satisfacción personal del promitente. Sin embargo, también pueden ser exigibles algunas promesas que no se consideran contratos, cuando una parte se ha visto perjudicada por confiar en que se cumplirá la promesa de la otra parte.

Los contratos se regulan principalmente por medio de leyes estatales, precedentes judiciales y el “derecho privado” del contrato, formado fundamentalmente por las cláusulas acordadas por las partes promitentes y que puede llegar a modificar las reglas estatales (con ciertas limitaciones).

En materia de formalidades, esta legislación no exige que las partes firmen un documento escrito formal, salvo que así lo requiera la ley estatal.

La mayor parte de los principios contractuales del Common Law están delineados en el *Second Restatement* del Derecho de los Contratos, mientras que la reglamentación en sí se encuentra en el Código Uniforme de Comercio (*Uniform Commercial Code* o UCC), suscrito por casi todos estados de Estados Unidos. Veremos algunas normas de este cuerpo legal en el Capítulo V de este trabajo, pero adelantaremos sus definiciones de contrato y contrato de compraventa.

El primero, es “la obligación legal total, que resulta del acuerdo de las partes, bajo esta ley y cualquier otra regla legal aplicable”, de acuerdo al artículo 1- 201 (11). Es decir, contrato equivale a la obligación en conjunto, que nace de la conjunción de las partes. Se distingue con esto de la legislación chilena, ya que no es un acuerdo que forma obligaciones, sino que el contrato es la obligación misma.

En la misma línea, el artículo 2 – 106 (1) define a la compraventa como “el traspaso de un derecho del vendedor al comprador, por un precio”. Esto es, conlleva necesariamente una transferencia del derecho que se tiene sobre el bien, sea el de propiedad u otro. Por lo tanto, no requiere un modo de adquirir distinto, lo cual lo asimila al sistema francés, pero en este caso no necesariamente se producirá un traspaso de la

propiedad del bien.

Los contratos relacionados con ciertos sectores o actividades más especializadas, como el bancario, agrícola y de seguros, pueden ser regulados más acuciosamente mediante leyes federales o estatales.

El comercio dentro de cada estado queda bajo su ámbito propio de legislación, mientras que, de acuerdo a la Constitución de los EEUU, corresponde al Congreso Nacional la potestad absoluta para legislar sobre el comercio entre estados y con otros países, bajo la cual suscribió, por ejemplo, la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías de las Naciones Unidas.

6. Legislación India:

El cuerpo legal básico en materia contractual es la Ley del Contrato de India de 1872 (con sus posteriores modificaciones), que rige en todo su territorio, excepto en el estado de Jammu y Kashmir, dadas sus especiales características geopolíticas.

Ésta ley incorporó, con ciertas modificaciones, los principios del Common Law inglés, bajo los cuales se regían los contratos anteriormente.

Su primera parte establece los principios generales de los contratos, los parámetros que determinan la existencia de un acuerdo, su exigibilidad legal, su terminación y las alternativas en caso de incumplimiento. La segunda parte trata algunos temas específicos, como la indemnización, la garantía, el depósito y la prenda; dejando otros, como la compraventa de mercaderías, de bienes raíces, sociedades e instrumentos negociables, en manos de leyes especiales como las leyes de Compraventa de Mercaderías, de Transferencia de Propiedad, de Sociedad y de Instrumentos Negociables.

La Ley de los Contratos, por tanto, no cubre cabalmente la materia contractual, ni sus disposiciones afectan a otros estatutos, leyes o normas que no hayan sido expresamente derogados por él; a los usos o costumbres mercantiles, ni a las cláusulas contractuales, salvo que estén en contradicción con sus normas, como lo dispone el artículo 1 de la ley.

Sin embargo, tratándose de un tema específico, se entiende que está tratado de manera exhaustiva, por lo que “no se pueden importar principios del derecho inglés en tal materia, salvo que la reglamentación sea tal que no pueda entenderse sin la ayuda del derecho inglés.”¹⁵ Cuando un principio del Derecho inglés ha sido recogido por la Ley del Contrato de India, su ámbito de aplicación se determinará de acuerdo a lo que disponga la misma ley. Así se falló en el estado de Gujarat el caso “Sandhya Organic Chemicals P. Ltd. y Otros con United Phosphorous Ltd. y Otro”, el año 1997, basándose en la decisión de la Corte Suprema de India de 1930 (en el mismo sentido) en el caso de “Superintendence Company of India con Krishan Murgai”.

El artículo 2 letra h) de la Ley del Contrato establece que “un acuerdo a cuyo cumplimiento puede obligarse por ley, es un contrato”; siendo el acuerdo “toda promesa y

¹⁵ Chandiramani, Nilima, *The Law of the Contract. An Outline*, Ed. Avinash Publications, Mumbai, India, 2000, pág. 1.

todo conjunto de promesas que constituyen un *consideration* para la otra”, según el artículo 2 letra e).

El acuerdo, para convertirse en un contrato, debe cumplir con los requisitos que establece el artículo 10: “Todos los acuerdos son contratos si se hacen con el libre consentimiento de partes competentes para contratar, por un consideration legal, con un objeto legal y que no son, por la presente, declaradas expresamente nulas.” Analizaremos estos presupuestos en el Capítulo VI de este trabajo.

La Ley de Compraventa de Mercaderías de 1930 define el contrato de compraventa en su artículo 4 numeral tercero como “un contrato por el cual el vendedor transfiere o acuerda transferir la propiedad de bienes al comprador, por un precio.” Destacamos de esta norma que el contrato, por sí mismo, puede transferir la propiedad del bien vendido cuando se cumplen ciertas condiciones. Es decir, puede equipararse al concepto francés o al chileno, de acuerdo al efecto que tenga en definitiva; pero la posibilidad de transferir el derecho de dominio sin necesitar un título traslativo, siguiendo la tradición del Common Law, lo acerca más a la legislación francesa. Por otra parte, se distingue del UCC, que impone el traspaso del vendedor al comprador del derecho que tenga sobre la cosa, el cual no necesariamente será el de dominio.

CAPÍTULO II. LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

La doctrina ha definido el contrato como “un acto jurídico bilateral o convención que crea obligaciones”¹⁶, y el Derecho Positivo como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (artículo 1438 del Código Civil).

La formación y extinción del contrato, los derechos y obligaciones que genera y todos sus demás aspectos, deben cumplir con las reglas que impone el Derecho chileno cuando todos los componentes que se conjuguen en el instrumento sean nacionales. Sin embargo, cada vez se presenta una mayor interacción de elementos relacionados con diferentes Estados. Por una parte, esto trae consigo la necesidad de formalizar los acuerdos que se adopten, sea a través de contratos, protocolos o convenios; y por otra, significa que estos instrumentos serán internacionales, generándose la cuestión relativa a la certeza jurídica sobre el derecho que les será aplicable.

Resulta fundamental esta materia desde un punto de vista de las relaciones internacionales, donde “la presencia de los contratos internacionales es tan intensa que podemos afirmar, sin temor a la exageración, que el contrato internacional se confunde con el propio comercio internacional, como lo señalan Philippe Kahn y Luis Gastão Paes de Barros Leães. No solo los contratos se han desarrollado sino que cada proceso del comercio exterior suscita una figura nueva del derecho y una norma que ha de ser

¹⁶ López Santa María, ob. cit., pág. 15.

considerada.”¹⁷

Un importante contrato internacional es la compraventa internacional de mercaderías. En ella se involucran grandes sumas de dinero y exigen el transporte de los bienes objeto de la relación, a veces a grandes distancias, con la inherente incertidumbre en cuanto a su recepción y el cumplimiento de las obligaciones contraídas, entre otras. Ergo, los riesgos que conllevan son mucho mayores que aquellos de las compraventas nacionales, usualmente acordadas a través de una relación directa, cara a cara, entre el comprador y el vendedor; se puede ver la mercadería, revisarla y recibirla en un mismo acto, o por lo menos, se trasladará dentro de un mismo país, manteniéndose siempre bajo un mismo ordenamiento jurídico, familiar y conocido para todos los contratantes.

Al contrario, las variables que enfrentan los contratos de compraventa internacional hacen necesaria una mayor especificidad de sus cláusulas. Generalmente comienzan con un preámbulo relativo a la fecha de contratación y la descripción de las partes, para seguir con la identificación de éstas, la descripción de la mercadería, la determinación del precio, las condiciones de pago, el plazo y las condiciones para la entrega, las obligaciones y limitaciones en torno a la inspección de la mercadería, las variaciones que se aceptarán en cuanto a la calidad y cantidad de mercadería, la reserva del título de dominio, el traspaso de derechos, la transferencia del riesgo, las garantías del vendedor, los reclamos del comprador, los derechos de las partes, una cláusula de fuerza mayor o *force majeure*, las formalidades requeridas para modificar el contrato, y la elección del idioma del contrato, del derecho aplicable y del mecanismo de solución de controversias. Además, puede agregarse al contrato una sección con “condiciones generales de la compraventa”, es decir, cláusulas estándar que complementan las condiciones especiales de cada contrato, sobre una base legal predeterminedada, que excluye la determinación de los elementos que varían de contrato en contrato, como el precio y el detalle del objeto sobre el cual recae.

La promoción del comercio internacional, enfrentado a tantos obstáculos prácticos, requiere que los contratos celebrados dentro de esta actividad cuenten con tal certeza jurídica que posibilite su desarrollo armónico.

Antes de analizar los caminos entre los cuales se puede optar para lograr esta certidumbre, analizaremos los conceptos de contrato internacional recogidos por la doctrina, las leyes y las convenciones internacionales; con el fin de intentar acercarnos a una sola definición de éste, teniendo presente que se sostiene que “no existe una definición precisa en el derecho internacional privado para conocer cuándo estamos en presencia de un contrato internacional”¹⁸.

Asimismo, definir este concepto resultará determinante al momento de dilucidar la aplicabilidad de la mayor autonomía que se les concede a las partes, que puede extenderse a su sumisión a un derecho y tribunal extranjero; libertad que se encuentra restringida en los contratos nacionales.

¹⁷ Sierralta Ríos, Aníbal y Olavo Baptista, Luiz, ob. cit., pág. 22.

¹⁸ Siqueiros, José Luis, *Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, CJI/SO/IV/doc. 6/91, Río de Janeiro, Brasil, julio de 1991, pág. 7.

A. DOCTRINA NACIONAL:

Para empezar, un contrato será internacional cuando contenga elementos internacionales, y éstos sean relevantes.¹⁹ “Ha de tratarse de contratos de carácter patrimonial que involucran una dispersión espacial de sus elementos de hecho, en términos que se localizan y conectan con diversos ordenamientos jurídicos (...) regulado por normas específicas, distintas de aquellas que se contemplan para los contratos internos.”²⁰ Sin embargo, esta conexión con diversos ordenamientos jurídicos puede no ser relevante para el contrato mismo.

Por ejemplo, se ha planteado que un elemento que hace que el contrato sea internacional, es la nacionalidad de las partes²¹; pero mediante un simple ejemplo vemos que no necesariamente será así. Si un turista alemán compra un chocolate a un vendedor chileno mientras está de paso por Chile, aunque las nacionalidades de las partes sean diferentes, el único ordenamiento jurídico en juego es el chileno. Podría argumentarse que hay una interrelación de leyes, pues el chocolate puede ser importado, el turista puede estar sometido a proceso en su país de origen, etc.; pero ninguno de estos elementos dice relación sólo con la nacionalidad de las partes ni es relevante para la compraventa misma.

Para otra parte de la doctrina nacional y extranjera, un contrato es internacional si se lleva a cabo entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes, al igual como lo considera la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías cuando fija su ámbito de aplicación.

Sin embargo, no creemos que sea un criterio que se sustente en nuestro ordenamiento interno. Veamos otro ejemplo: El representante de una compañía extranjera compra un departamento en Santiago para sus viajes de negocios, a un chileno, celebrando en Chile el contrato de compraventa. En este caso, las partes tienen su establecimiento en lugares diferentes, pero ¿deja de ser éste un contrato nacional de compraventa de inmueble regido por leyes internas?

Para otros, el único elemento en el derecho chileno “que confiere a un contrato el carácter de internacional es su ejecución, total o parcial, en un país diferente de aquél en que el acto fue celebrado.”²²

Aún cuando consideramos que se acerca bastante a una definición correcta, carece

¹⁹ Villarroel Barrientos, Carlos y Gabriel, *Determinación de la Ley Aplicable a los Derechos y Obligaciones Emanados de los Contratos Internacionales*, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 17, Santiago de Chile, 1990, pág. 353.

²⁰ León Steffens, Avelino, *El Principio de la Autonomía de la Voluntad en el Derecho Civil Internacional*, en “Contratos” (coordinado por Enrique Barros Bourié), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, pág. 99.

²¹ Morales Errázuriz, Guillermo, *Selección del Derecho que Rige el Contrato en el Derecho Internacional Privado*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1985, pág. 76.

de certidumbre jurídica, pues si eventualmente no existe tal ejecución el contrato se regirá por una ley diferente a si ésta se hubiera llevado a cabo. Así, si un inglés contrata con un brasilero, en Brasil, para que exporte plátanos a Inglaterra, en caso que se cumpla con lo pactado, habrá una ejecución “en un país diferente de aquél en que el acto fue celebrado”, y el contrato será internacional. Pero si no se lleva a cabo, por cualquier razón, y no se envían los plátanos, entonces deja de serlo y se regirá sólo por la legislación brasilera. En este caso, el inglés se verá claramente perjudicado, pues ya no estará al amparo de la reglamentación bajo la cual decidió contratar, sino que estará sometido a una legislación que desconoce.

Además del problema práctico en la aplicación de este criterio, surge la duda en algunos casos de contratación en un país y ejecución del contrato en otro. Por ejemplo, si dos empresas (casas matrices) en Chile celebran una compraventa de cajas que entregará la sucursal de una a la sucursal de la otra, ambas en Perú; si una parte incumple en Perú, será la casa matriz de la empresa perjudicada la que demandará a su contraparte, situada también en Chile. Es dudoso que los tribunales chilenos consideren que en este caso entran en juego las reglas de los contratos internacionales.

B. LEGISLACIÓN NACIONAL:

Nuestra legislación no define el contrato internacional, pero contiene ciertas normas relacionadas con el tema, que buscan regular los efectos en Chile de los contratos celebrados en el extranjero. A continuación, citamos algunos:

1. Artículo 16 del Código Civil: “Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán de conformidad a las leyes chilenas.”

Con esta norma, Andrés Bello constata la existencia de los contratos celebrados en el extranjero y les otorga validez. Ahora bien, aunque en materia de contratos apoyaba la Teoría de la Incorporación (la cual sostiene que los contratos se regirán por la ley del lugar en que se celebren), el último inciso de este artículo muestra un claro influjo territorialista, sometiendo los efectos de los contratos que deben ejecutarse en Chile al Derecho chileno, sin importar su lugar de celebración.

La jurisprudencia chilena ha adoptado este criterio, en general, con carácter unilateral. Si el lugar de ejecución está fuera de Chile pero el contrato se celebró en el país, de todos modos aplica la ley chilena, esta vez como *lex fori*.²³

“Sin embargo, una jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile podría ser

²² Maluenda Parraguez, Rodrigo Esteban, *Contratos Internacionales*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1998, pág. 22.

interpretada en el sentido de extender la ley del lugar de ejecución a todos los contratos. El lugar de cumplimiento en Chile impone territorialmente la ley chilena, pero un contrato celebrado en el extranjero a ser cumplido en el extranjero podría estar sujeto a un derecho extranjero.”²⁴

2. Artículo 2.411 del Código Civil: “Los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero darán hipoteca sobre bienes situados en Chile, con tal que se inscriban en el competente registro.”

Esta disposición otorga efectos a los contratos celebrados en otros países, pero los supedita su producción a las normas internas.

3. Artículo 113 del Código de Comercio: “Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero y cumplidos en Chile, son regidos por la ley chilena en conformidad a lo que se prescribe en el inciso final del Artículo 16 del Código Civil.

“Así la entrega y pago, la moneda en que éste debe hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que imponen la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío, y cualquier otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de las leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa.”

Esta última frase abre paso al reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico a la autonomía de la voluntad en esta materia, lo cual tiene “una importancia extraordinaria, puesto que acepta el acuerdo de las partes sobre la legislación aplicable a los efectos del contrato que celebren”²⁵, sin las limitaciones del Código Civil.

4. Artículo 1 del Decreto Ley N° 2.349, que Establece Normas sobre Contratos Internacionales para el Sector Público (publicado en el Diario Oficial el 28 de octubre de 1978): “Decláranse válidos los pactos destinados a sujetar al derecho extranjero los contratos internacionales, cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero, celebrados o que se celebren por organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras, que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero, con el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas.”

“Son igualmente válidas las estipulaciones por las cuales se haya sometido o se sometán diferendos derivados de tales contratos a la jurisdicción de tribunales

²³ En este sentido se falló el caso de “Banco de Tacna con Espada y Donoso Hnos.” por la Corte Suprema, el 9 de diciembre de 1930, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Volumen 28, 2ª parte, sec. 1, Santiago de Chile, 1931, págs. 409 y ss., y 416.

²⁴ Boggiano Antonio, *Contratos Internacionales*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1990, pág. 11. Pone como ejemplo los fallos en los casos de “Hoffman con Fisco”, de 6 de agosto de 1911, y “Artola V. de Char con Compañía Huanchera de Bolivia”, de 1 de mayo de 1933.

²⁵ Ramírez Necochea, Mario, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999, pág. 289 y 290.

extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales previstos en mecanismos de arbitraje preestablecidos o en el respectivo contrato, como también las estipulaciones por las que se haya fijado o se fije domicilio especial y se haya designado o se designe mandatario en el extranjero para los efectos del contrato.

“Lo dispuesto en los incisos anteriores igualmente es aplicable a los actos y contratos por los cuales el Estado de Chile o sus organismos, instituciones y empresas, hayan otorgado u otorguen, en cualquier forma, su garantía a terceros en los contratos a que se refiere el inciso primero.

“En virtud del sometimiento a la jurisdicción de un tribunal extranjero, cesará el derecho a invocar la inmunidad de jurisdicción, a menos de estipulación expresa en contrario.”

Aquí el legislador se refiere expresamente a los contratos internacionales, sin definirlos, pero otorgándole validez a sus estipulaciones, incluso aquellas que impliquen restar jurisdicción a los tribunales chilenos. Sin embargo, su campo es limitado a ciertas materias y partes.

Se sostiene, eso sí, que la aplicación de esta norma podría ampliarse por analogía a todos los contratos internacionales, en virtud de los Considerandos Primero y Segundo del Decreto Ley:

“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 (...) se inserten estipulaciones en virtud de las cuales se les sujeta a determinada legislación extranjera (...)”

“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 que ellas están consagradas en el Código de Derecho Internacional Privado (...)”

Reconoce aquí la licitud de someter contratos internacionales a legislación extranjera, para nuestro Derecho y el Derecho Internacional en general.

C. DOCTRINA EXTRANJERA:

Algunos autores han puesto en duda la existencia misma de los contratos internacionales, otorgándoles nombres como “contratos de efectos internacionales” o “contratos internacionales de comercio” (los juristas Batiffol e Irineu Strenger, respectivamente). Otros sostienen que los contratos pueden nacer fuera de cualquier sistema jurídico, nacional o internacional, y serían “contratos sin ley”, completamente autorregulados o sujetos solamente a la Nueva Lex Mercatoria; lo que en la práctica resulta insuficiente para comprender todas las cuestiones que pueden surgir a partir de su celebración.

Dejaremos estas posiciones extremas para dilucidar qué elemento (o elementos) del

contrato, al vincular a diferentes Estados, será determinante para que estemos ante un contrato internacional.

Dentro de la doctrina argentina, Werner Golschmidt entrega una noción bastante amplia, al exigir simplemente que el contrato posea un elemento extranjero real, mientras que Antonio Boggiano lo limita a la existencia de una conexión real de cumplimiento o celebración en el extranjero.²⁶

Entre los autores franceses, Henri Batiffol sostiene que un contrato tiene efectos internacionales, desde un punto de vista económico, cuando pone en juego los intereses del comercio internacional; y desde un punto de vista jurídico, cuando los elementos de conexión del contrato se encuentran repartidos en diferentes estados. Recogen su opinión tanto la jurisprudencia como la legislación francesa, cuyo Código de Procedimiento Civil, en su artículo 1.472, establece que “es internacional el arbitraje que pone en juego los intereses del comercio internacional.”

Pero con ello se plantea el problema de definir *cuándo* es que se “pone en juego los intereses del comercio internacional”; además de ser aplicable sólo a los contratos *comerciales* internacionales.

Georges Delaume analizó la jurisprudencia de Francia y de Estados Unidos. En cuanto a la primera, llegó a la misma definición que Battifol; pero para la segunda, concluyó que deben darse tres elementos para que un contrato sea internacional: Que las partes sean de diferentes nacionalidades, que las negociaciones se lleven a cabo en distintos países y que la materia del contrato sea el comercio internacional. Nuevamente se limita sólo a los contratos comerciales.

En una definición más amplia, el autor brasileño Irineu Strenger, incluye a las relaciones que vinculan a dos o más sistemas jurídicos, por cualquier circunstancia, como el domicilio, nacionalidad o establecimiento de las partes, el lugar en que el contrato se celebra o ejecuta.

Esta definición permite una aplicación general, pero incluye elementos que, en nuestra opinión, escapan a la precisión del contrato internacional.

El autor escandinavo, Ole Lando, considera que deben darse dos elementos copulativamente: Las partes deben tener su lugar de negocios en Estados diferentes y la ejecución del contrato debe requerir que bienes, servicios y/o dinero, traspasen fronteras nacionales.

Aunque no consideramos necesario el primer requisito, sí estamos de acuerdo con el segundo, como explicamos más adelante.

En el mismo sentido, el profesor español Virgos Soriano considera que estaremos en presencia de un contrato internacional cuando se presente un conflicto de leyes, que se producirá cuando el contrato “objetivamente suponga un movimiento de personas, cosas, servicios o pagos a través de las fronteras nacionales.”²⁷ Ésta es la misma idea que

²⁶ Arcagni, José C., *Contratos Internacionales*, en *Contratos*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 1989, pág. 495.

²⁷ Virgos Soriano, M., *Derecho Internacional Privado*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1983, pág. 208.

recogimos de la definición anterior y que luego retomaremos.

D. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL:

Varias convenciones internacionales han tratado la compraventa internacional con distintas nociones de ella.

1. El Código de Derecho Internacional Privado,

El Código de Derecho Internacional Privado, mejor conocido como Código de Bustamante, no define al contrato internacional ni lo usa como concepto, pero de las disposiciones del Capítulo II “De los Contratos en General” del Título IV “De las Obligaciones y Contratos”, se desprende que está regulando contratos relacionados con más de un ordenamiento jurídico. Hace referencia a las reglas de orden público internacional que se imponen a la voluntad de las partes (artículo 175), somete su capacidad contractual a la ley personal, dejando los vicios del consentimiento y el objeto a la ley territorial (artículos 177 y 178). El artículo 180 establece que “se aplicarán simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución” para determinar si éste debe constar por escrito, por escritura o por instrumento público. Al decir “simultáneamente”, es claro que implica dos legislaciones diferentes; ergo, la celebración del contrato y su ejecución tendrán lugar bajo ordenamientos jurídicos distintos.

El artículo 185 del mismo cuerpo legal señala que “en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara.” Acepta así la autonomía de la voluntad para determinar la ley aplicable a un contrato, con lo que potencialmente podría regirse por otros ordenamientos jurídicos.

Por último, el artículo 186 establece que, ante la falta de voluntad expresa, estos contratos se regirán por “la ley personal común de los contratantes”, en caso que ambos tengan la misma ley personal, por ser nacionales o tener su establecimiento en un mismo país; “y en su defecto la del lugar de la celebración.”

Como hemos podido apreciar, el Código de Derecho Internacional Privado, sin referirse explícitamente a los contratos internacionales, trata materias que vinculadas, tales como los contratos en que se conjugan leyes personales y territoriales diversos, o que tengan un lugar de celebración distinto al de ejecución.

En relación a éste, es importante señalar que fue ratificado por Chile en 1996, expresando que “ante el derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros” (aún cuando se sostiene que es una reserva inadmisibles bajo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificado por Chile en 1981, cuyo artículo 19 c) no permite reservas incompatibles “con el objeto y el fin del tratado”.)

2. La Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías,

La Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías, en primer lugar, establece que “se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes” (numeral primero del artículo 1). Estamos aquí ante una de las normas “de autoaplicación de la Convención, similares a las normas de derecho internacional privado. Esta regla no está exenta de ciertas dudas”²⁸, que se presentan también en cuanto al criterio doctrinal que recoge para determinar la internacionalidad del contrato, que no parece aplicable a nuestra legislación.

De ser aplicable esta Convención, de acuerdo al concepto que ella misma entrega, se aplicarán sus normas en cuanto las partes no las modifiquen. Así por ejemplo, la formalidad requerida para el contrato varía drásticamente de nuestra legislación interna, ya que “no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos” (artículo 11).

3. En el ámbito de la Comunidad Europea, el Convenio Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales

En el ámbito de la Comunidad Europea, el Convenio Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980), señala en su Título I “Ámbito de Aplicación”, artículo 1 número 1): “Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales.” Entonces, para este convenio el contrato internacional es aquél que origina un conflicto de leyes, Por la aplicación potencial de dos o más ordenamientos jurídicos, simultáneamente.

En los numerales siguientes del mismo artículo se fijan criterios de conexión para determinar la ley aplicable al contrato, en caso que las partes no lo hayan hecho. Siguiendo el Principio de la Proximidad, el numeral segundo dispone que “el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los lazos más estrechos (...) Si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión mas estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país”. A continuación, presume que se presentará esta mayor proximidad con el país en que la parte que debe “realizar la prestación característica” tenga su residencia habitual (si es una persona natural), administración central o principal establecimiento (si es una persona jurídica), o donde se tenga que cumplir con la prestación.

“En la medida en que el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización del inmueble, se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble”, según lo dispuesto por el numeral tercero.

Sin embargo, no se considerarán estos criterios “cuando resulte del conjunto de

²⁸ Boggiano, Antonio, ob. cit., pág 84.

circunstancias que el contrato presenta lazos más estrechos con otro país.” (Artículo 4 N° 5).

Por último, destaca que los contratos celebrados por consumidores se someten a reglas especiales, a fin de mantener la protección que les otorga la legislación del país de su residencia habitual, legislación que, en su conjunto, suple la voluntad de las partes.

En suma, la Convención no entrega un concepto de contrato internacional, pero sí algunos elementos que permiten definir que estamos ante uno, con el fin de aplicarle las normas del instrumento. De acuerdo con éstas, será un contrato internacional aquél que establezca obligaciones que originen conflictos de leyes, sea porque presenta lazos con más de un país (por lo menos alguna parte del contrato), las partes residen o tienen su establecimiento en diferentes Estados, o tiene como objeto un inmueble ubicado en un país distinto al de su celebración.

4. El Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales

El Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales suscrita en México el 17 de marzo de 1994, establece entre sus objetivos “armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional” y “facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico”.

Su artículo 1, del Capítulo Primero “Ámbito de Aplicación”, define que “se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.”

Usando el mismo ejemplo anterior, del turista que compra algo en Chile o arrienda una habitación de hotel, ilustramos que la residencia habitual o el establecimiento de las partes en lugares diversos al de la celebración del contrato, no necesariamente lo convertirá en internacional.

La última frase de la disposición, por su parte, deja abierto el camino para que otros elementos puedan ser determinantes; pero su amplitud impide que estemos ante una definición concreta.

A continuación analizaremos algunos instrumentos internacionales que regulan el contrato de transporte internacional, pues éste es un caso suficientemente claro para distinguirlo del mismo contrato cuando es nacional.

5. La Convención para la Unificación de ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional,

La Convención para la Unificación de ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional, concluido en Varsovia en 1929, y modificado por el Protocolo de La Haya de 1955, expresa en su artículo 1 que transporte internacional “significa todo transporte, en el que, de acuerdo con lo estipulado por las partes, el punto de partida y el punto de

destino, haya o no interrupción en el transporte o trasborde, están situados, bien en el territorio de dos Altas Partes Contratantes, bien en el territorio de una sola Alta Parte Contratante si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque éste no sea una Alta Parte Contratante”.

La definición nos permite, sin lugar a dudas, saber que el objeto mismo del contrato va a involucrar a varios ordenamientos jurídicos, los que deberán tomarse en cuenta cuando se celebre este acuerdo.

Aún cuando este concepto se limita al transporte, creemos que otorga la clave para definir a los contratos internacionales en general (como veremos en las conclusiones de este capítulo).

6. Más adelante, el año 1944, se celebró el Convenio de Aviación Civil Internacional de Chicago en Illinois, Estados Unidos.

En su Capítulo XXII “Definiciones”, el artículo 96 letra b) señala que, para los efectos de esta Convención, servicio aéreo internacional significa “un servicio aéreo que pase por el espacio aéreo que cubra el territorio de más de un Estado”.

A diferencia de la definición anterior, en este caso se determina el carácter internacional el cumplimiento del contrato, que deberá desarrollarse en el territorio de “más de un Estado”. Por tanto, variaría la legislación que le corresponda según se cumpla o no con las estipulaciones acordadas.

7. El más reciente instrumento que regula el transporte aéreo internacional es el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, o Convenio de Montreal,

El más reciente instrumento que regula el transporte aéreo internacional es el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, o Convenio de Montreal, acordado en 1999, bajo el marco de la Organización de la Aviación Civil Internacional (organismo especializado de la ONU). Entró en vigor en noviembre de 2003, después de obtener la ratificación de treinta países, como se exigía, reemplazando al Convenio de Varsovia, especialmente en materia de accidentes aéreos.

En su Capítulo I “Disposiciones Generales”, el artículo 1°, vuelve a la concepción del Convenio de 1929: “2) Para los fines del presente convenio, la expresión transporte internacional significa todo transporte en que, conforme a lo estipulado por las partes, el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados, bien en el territorio de dos Estados Partes, bien en el territorio de un solo Estado Parte si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque éste no sea un Estado Parte. El transporte entre dos puntos dentro del territorio de un solo Estado Parte, sin una escala convenida en el territorio de otro Estado, no se considerará transporte internacional para los fines del presente convenio.”

En vista del desarrollo de esta actividad, considera también “el transporte que deban

efectuar varios transportistas sucesivamente”, indicando que “constituirá, para los fines del presente convenio, un solo transporte cuando las partes lo hayan considerado como una sola operación, tanto si ha sido objeto de un solo contrato como de una serie de contratos, y no perderá su carácter internacional por el hecho de que un solo contrato o una serie de contratos deban ejecutarse íntegramente en el territorio del mismo Estado.” De esta forma soluciona de antemano el problema que puede plantearse cuando surja un conflicto en relación a uno solo de los varios contratos que regulen un mismo transporte, caso frecuente en la actualidad, sea por las grandes distancias que se cubren, como por la división que se ha producido para abaratar costos.

8. El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías,

El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, celebrado en Hamburgo, Alemania, en 1978, dispone su ámbito de aplicación en la Parte I “Disposiciones Generales”, artículo 2: “1) Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán a todos los contratos de transporte marítimo entre dos Estados diferentes, siempre que:

a) El puerto de carga previsto en el contrato de transporte marítimo esté situado en un Estado Contratante; o

b) El puerto de descarga previsto en el contrato de transporte marítimo esté situado en un Estado Contratante; o

c) Uno de los puertos facultativos de descarga previstos en el contrato de transporte marítimo sea el puerto efectivo de descarga y ese puerto esté situado en un Estado Contratante; o

d) El conocimiento de embarque u otro documento que haga prueba del contrato de transporte marítimo se emita en un Estado Contratante; o

e) El conocimiento de embarque u otro documento que haga prueba del contrato de transporte marítimo estipule que el contrato se regirá por las disposiciones del presente Convenio o por la legislación de un Estado que dé efecto a esas disposiciones.

“2) Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán sea cual fuere la nacionalidad del buque, del porteador, del porteador efectivo, del cargador, del consignatario o de cualquier otra persona interesada.”

Como resalta la Nota Explicativa de la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional: “11) A fin de asegurar la uniformidad en el plano internacional de las disposiciones relativas al transporte marítimo de mercancías, se ha dado a las Reglas de Hamburgo un ámbito de aplicación relativamente amplio (...)” a través de la determinación de varios elementos de conexión de los contratos, desde el lugar de envío y recepción de la mercadería (puertos de carga y descarga), al lugar de emisión de los documentos que prueban el contrato, o el que éstos estipulen.

En busca de factores que puedan aplicarse a la generalidad de los contratos internacionales, nos enfocamos en lo dispuesto sobre los lugares de envío y recepción de

mercadería. En este aspecto, no se refiere a los lugares donde efectivamente se realicen, sino que los estipulados como tales (salvo en el caso de los llamados “puertos facultativos de descarga”), otorgándole preeminencia a la voluntad de las partes, por sobre la ejecución final del contrato cuando se trata de determinar la aplicación de esta convención. Es este mismo criterio el que consideramos aplicable a todo tipo de contrato internacional.

9. La Convención Interamericana sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera

La Convención Interamericana sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera fue acordada en Montevideo, Uruguay, en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-IV) en 1989. Su artículo 2, inciso 1º, del Capítulo II “Ámbito De Aplicación”, impone su que “aplicación obligatoria en el caso del transporte internacional de mercaderías por carretera, siempre que el lugar de expedición de mercaderías se encuentre en un Estado Parte y el de la entrega en otro Estado Parte, aun cuando el vehículo utilizado sea a su vez transportado durante parte del recorrido por otro medio de transporte, sin que se proceda a la descarga de las mercaderías, o se trate de transporte por servicios acumulativos.”

Al tomar en consideración únicamente los elementos de la actividad que se realizó en definitiva, y no lo acordado por las partes, se aparta del convenio anterior y de la visión que hemos acogido.

10. Para la Convención de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal de Mercaderías,

Para la Convención de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal de Mercaderías, celebrada en Ginebra, Suiza, el año 1980, el transporte multimodal internacional “significa el acarreamiento de mercadería mediante por lo menos dos modos diferentes de transporte, sobre la base de un contrato de transporte multimodal, de un lugar en un país donde un operador multimodal de transporte se hace cargo de la mercancía, a un lugar designado para la entrega en un país diferente (...)”

Nuevamente la definición alude al traslado que finalmente se lleva a cabo, más allá de la voluntad de las partes.

E. CONCLUSIÓN:

Tal como hemos visto hasta ahora, cada texto legal que regule uno u otro aspecto de la contratación internacional, deberá definir qué entiende por este concepto, dada la falta de una definición consensuada que pueda servir de manera general.

Sin perjuicio de lo anterior, a partir del análisis de las distintas definiciones legales y doctrinarias, y de la aplicación práctica que reciben, llegamos a coincidir con las ideas planteadas por el Profesor Mario Ramírez. De ahí nuestra proposición de otorgar el carácter de internacional a los contratos, de acuerdo a la intención, estipulada por las partes contratantes, de que se realice el movimiento de personas, bienes o servicios, a través de la jurisdicción de dos o más estados diferentes; aún cuando este acuerdo no se concrete finalmente.

Basamos de esta forma la determinación en el objeto del contrato, elemento central del contrato, fin último al que aspiran las partes cuando lo celebran, por lo que usando este criterio será su voluntad la que interpretamos, más allá de su nacionalidad, la localización de su establecimiento, el origen o destino de las mercaderías o la moneda que han usado. Este criterio generalmente será el acertado, además, porque es el tránsito de un área de soberanía a otra, de las mercaderías, valores o servicios sobre los cuales recaiga el contrato, lo que hará que los problemas de índole jurídico que se susciten, impliquen la intervención de aspectos que escapan a la normativa de un solo país. De hecho, se acuerda que las acciones derivadas del contrato tengan lugar en jurisdicciones diferentes, originando así la posibilidad de que el instrumento se pueda regir por el ordenamiento jurídico de correspondiente a cada uno de estos lugares.

Los conflictos entre éstas pueden provenir de los distintos enfoques que presenten en cuanto a materias fiscales, de forma o de fondo del contrato, de responsabilidad y protección de la propiedad, entre otras. Para precaver precisamente la presentación de esta disyuntiva, es que existen las alternativas que presentamos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III. LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

De la propia definición de contrato internacional aparece su relación con dos o más Estados, y la posibilidad que trae aparejada de someterse a más de un ordenamiento jurídico que pueden ser concurrentes o divergentes entre sí. Esto los distingue de manera sustancial de los contratos nacionales o internos, en los cuales no surge esta cuestión, sino que simplemente se aplica el derecho del único país en cuestión.

Con el objeto de dilucidar cual será la legislación que regirá entonces a un contrato internacional, recurrimos al Derecho Internacional Privado, rama que “se preocupa de las relaciones jurídicas entre particulares, cuando éstas contienen elementos internacionales relevantes”²⁹, permitiendo determinar tanto la ley como el tribunal competente para resolver los conflictos que surjan entre los contratantes.

Cada país tiene una concepción propia al respecto, sosteniéndose por algunos que en Chile se manifiesta una inspiración territorialista, ya que, en general, se busca excluir la aplicación del Derecho extranjero, de manera total o parcial.

²⁹ Ramírez Necochea, Mario, *Curso de Derecho Internacional Privado*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1999, pág. 24.

A. CLASIFICACIONES DOCTRINALES:

En primer lugar, enunciaremos brevemente las clasificaciones doctrinales de los diversos métodos de determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales:

1. Métodos Objetivos y Subjetivos:

Métodos Objetivos: En éstos, existe una norma que se encarga de someter el contrato a una legislación determinada, en torno al elemento de conexión que haya elegido.

b) Métodos Subjetivos: Las mismas partes, al celebrar el contrato, determinan bajo que ley se regirá.

2. Métodos Sintéticos y Analíticos:

Métodos Sintéticos: Considerando al contrato como una totalidad, lo regulan en su conjunto, mediante un solo ordenamiento jurídico.

b) Métodos Analíticos: Permiten el “desmembramiento” del contrato, para que se apliquen simultáneamente, a un mismo contrato, normas pertenecientes a varias legislaciones, considerando cada cláusula por separado. La elección de los factores de conexión que definirán la aplicación de una u otra ley, puede realizarla el legislador, el juez o las partes.

También se otorga el nombre de métodos sintéticos a los llamados sistemas de solución de conflictos que se aplican sin distinción del tipo de contrato de que se trate; y de métodos analíticos a los procedimientos que sí toman en cuenta las características particulares de cada clase de contrato. Como ejemplo del segundo, la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías, que, como su nombre lo dice, regula exclusivamente la compraventa de mercaderías, cuando es internacional.

3. Métodos Conceptuales y Funcionales:

a) Métodos Conceptuales: Establecen una norma de conflicto que definirá, de manera objetiva, la ley que rige al contrato.

b) Métodos Funcionales: Antes de llegar a aplicar una norma de conflicto, se acoge a las reglas fijadas con el fin de buscar, entre las legislaciones que podrían aplicarse al contrato, la más apropiada. Para esto, puede usar criterios como la equidad, la utilidad o la conveniencia que conlleva la elección de una u otra alternativa. De aquí que, dada la naturaleza jurisprudencial de los ordenamientos basados en el Common Law, presentan una tendencia a acoger estos métodos, más cercanos a su tradición empirista y el método inductivo que prima en ellos.

B. MÉTODOS APLICABLES A LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES:

En el Derecho Internacional Privado encontramos distintas formas que permiten reglamentar una relación jurídica cuando tiene vínculos relevantes con más de un ordenamiento jurídico (formas que se encuentran presente también en el Derecho chileno). En este apartado, las veremos específicamente en materia de contratación internacional, donde un mismo instrumento puede recurrir a varios métodos.

1. Conflicto de Leyes o Elección de Ley (Choice of Law)

a) Mediante Normas de Conflicto:

Estos preceptos tienen como finalidad la elección de la legislación aplicable a cada caso particular entre aquellas que se encuentran “en conflicto”, es decir, aquellas que simultáneamente y en virtud de distintos factores de conexión, pueden considerar que el contrato cae bajo su ámbito de aplicación. Las normas de conflicto, entonces, fijan el elemento de conexión que será determinante.

El uso de este sistema puede llevar al contrato a someterse a leyes distintas a las que corresponden, normalmente, a la jurisdicción competente para conocer de los asuntos vinculados al mismo.

Es un método atributivo, pues sólo resuelve el Derecho que será competente para determinar, a su vez, las reglas que en definitiva se aplicarán al contrato, sobre las cuales no se pronunciar directamente.

Ejemplo de una norma de conflicto a es el artículo 955 del Código Civil chileno, que establece que la sucesión de una persona se regirá por la ley de su último domicilio (salvo excepciones legales).

En suma, da una salida práctica a la interrogante que se plantea cuando existe una pluralidad de legislaciones aplicables a un mismo caso. Sin embargo, regula situaciones internacionales con normas nacionales, dictadas con otra lógica, y que además pueden ser distintas a las que maneja el tribunal que deberá aplicarlas, pudiendo producir reticencia en éste para usarlas en la resolución del conflicto. A mayor abundamiento, las disposiciones de orden público de la ley del foro (donde se lleva a cabo el juicio), se aplican imperativamente, introduciendo una falta de certeza en cuanto a la regulación final del contrato.

Para salvar estos problemas existen varias opciones, como el que las partes determinen la ley aplicable a su contrato cuando lo celebran, o que grandes compañías designen mandatarios o agentes distribuidores, o creen filiales, en los Estados en que desarrollarán sus actividades con lo que se celebrarán sólo contratos internos en el

desarrollo de su actividad.

Por otro lado, es necesario tener presente que, para poder prescindir completamente de las normas de conflicto, sería necesaria una unificación legal de todas las materias (unificación general), y en todos los países (unificación universal), que permita que siempre pueda aplicarse el método directo. En vista de las diferencias culturales, económicas y jurídicas presentes en el mundo, no parece posible que se produzca este fenómeno con tal amplitud, por lo que el método atributivo seguirá teniendo una gran importancia práctica de complementación del Derecho Uniforme en todas las materias y relaciones que escapen del ámbito de aplicación de este último. Incluso se tendrá que recurrir al método atributivo en aquellos casos en que las partes cuenten con una regulación establecida previamente para el contrato, pero se hayan sustraído expresamente de ella al celebrarlo.

b) La Autonomía de la Voluntad de las Partes:

Surge como respuesta al método conflictual, ante la necesidad del comercio internacional de contar con rapidez y certeza en la solución de sus conflictos, y de salvar los inconvenientes que produce la remisión de asuntos internacionales a normas estatales, dictadas sin considerar su carácter particular; y el que las partes no conozcan de antemano las normas que se aplicarán a su relación cuando se acogen a un procedimiento meramente resolutorio y no preventivo.

La doctrina ha reflexionado latamente sobre este método y el Principio de Autonomía de la Voluntad en que se basa, existiendo hoy una actitud favorable y conteste respecto a su aplicabilidad en el ámbito nacional e internacional.

En nuestro país, se resume el principio “en el conocido aforismo según el cual en el Derecho Privado puede hacerse todo lo que la ley no ha expresamente prohibido.”³⁰

Se expresa en el Derecho interno como “la posibilidad de moverse libremente con capacidad de elección sólo en el campo de lo dispositivo; en cambio, la autonomía en derecho internacional privado es la exclusión del derecho al cual envían las normas indirectas”³¹, abarcando tanto a las normas dispositivas como coactivas, y permitiendo a las partes “determinar válidamente el Derecho que regirá su relación contractual.”³²

Esta libertad contractual permite elegir el derecho aplicable al contrato a través de un *pacto de electio juris*, y el foro o tribunal que dirimirá las disputas que puedan surgir entre las partes, mediante un *forum selection agreement* o *pacto de electio forum* (comunes en contratos internacionales e interestatales).

Al optar por el derecho aplicable al contrato, las alternativas varían entre:

³⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, *Algunas Consideraciones sobre el Principio de la Autonomía de la Voluntad*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXXI, año 1937, pág. 37.

³¹ Arcagni, José C., ob. cit., pág. 491.

³² Maluenda Parraguez, Rodrigo, ob. cit., pág. 43.

Elegir un determinado derecho estatal interno: Llamada también autonomía conflictual, que excluye al mismo tiempo el derecho enviado por las normas indirectas. Puede ser expreso o “resultar claramente de los términos del contrato y del comportamiento de las partes” (como lo expone el Convenio de La Haya sobre Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1986).

Elección de un derecho internacional privado, es decir, la aplicación de una legislación extranjera, que usualmente va aparejado a la elección de su país éste como foro, prorrogando la jurisdicción.

Configurar la normativa del contrato, que permite excluir algunas normas coactivas del derecho elegido, crear normas o recrear normas del derecho convencional, a través de esta “autonomía material”.

La elección del foro, se vincula estrechamente con la elección de derecho aplicable, ya que ésta dependerá de las prohibiciones o restricciones que pueda imponer el derecho del juez del foro elegido, a la vez que generalmente implica la aplicación de la legislación que le rija, a falta de pronunciamiento expreso de las partes al respecto.

En Chile, la autonomía de la voluntad es un principio generalmente aceptado, sobre la base de ciertas normas de nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, en el Código Civil destacan los artículos 16 (en relación con el artículo 113 del Código de Comercio), 1.545 y 1.560.

Del artículo 16 del Código Civil, ya citado en el capítulo anterior, se destaca el inciso segundo, que reconoce la validez de las cláusulas de los contratos internacionales, aún cuando somete los efectos que tengan en Chile a las leyes chilenas, en virtud de los dispuesto por el inciso tercero.

El artículo 113 del Código de Comercio, por su parte, reconoce la autonomía de la voluntad inequívocamente en los “actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero y cumplidos en Chile”, y citando la limitación anterior, establece que en Chile “deberán arreglarse a las disposiciones de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa.” Ergo, sitúa la voluntad de las partes por encima de las disposiciones nacionales, en los contratos regidos por este cuerpo legal.

Los artículos 1.545 y 1.560, que citamos a continuación, a pesar de que no se refieren al ámbito internacional, también le otorgan preponderancia a la voluntad.

Artículo 1.545: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

Artículo 1.560: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”

Encontramos también otras disposiciones en nuestro Derecho que se refieren a la voluntad autónoma, en el Código de Derecho Internacional Privado, en el D.L. N° 2.349 de 1978, y en la Constitución Política de la República, artículo 19 N° 21. De hecho, el primero tiene como primisa que el legislador deberá guiarse, en materia contractual, por la idea de la prevalencia de la “autarquía personal” (nombre que le da el código). El

Decreto Ley, como ya hemos visto, establece normas sobre contratos internacionales para el sector público, permitiendo que las partes los sometan a una legislación y jurisdicción extranjeras. Por último, el artículo 19 N° 21 de la Constitución, dispone que: “La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a desarrollar cualquiera actividad que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.” Este reconocimiento constitucional de la autonomía de la voluntad, en el campo de las actividades económicas, permite la dictación de leyes que pongan en práctica este principio.

Dentro de los tratados internacionales ratificados por Chile, y por ende con fuerza obligatoria, está la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías. Ésta permite a las partes incluso “excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.”

De esta manera, las partes no están obligadas a regirse por la Convención, aún si su Estado la ha ratificado, y si eligen regirse por ésta, pueden hasta elegir a qué disposiciones se atenderán, y a cuáles no. Esta amplia libertad, generalmente desconocida en los ordenamientos jurídicos internos, fue necesaria en este caso porque no se veía posible lograr un consenso ante un cuerpo rígido, a consecuencia de la multiplicidad de leyes, costumbres y opiniones que se debieron conjugar y armonizar.

Todas estas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, que acogen la autonomía de la voluntad de las partes, permite considerarla una regla general, aún cuando no esté establecida de manera expresa.

El permitir que las partes elijan el sistema legal al cual someten el contrato, no sólo le otorga a éste certeza y estabilidad jurídica, sino que permite llegar a mejores soluciones para cada caso particular, a partir de la flexibilidad que aporta este método, y el cabal conocimiento previo que tendrán los contratantes sobre las condiciones que aceptan, dejándolos en una posición más equiparada ante cualquier tribunal. Si además las partes eligen el tribunal competente para conocer de los conflictos relativos al contrato, podrán conocer de antemano el mecanismo de solución de conflictos que regirá, y se benefician optando por un foro que sea imparcial y conveniente para ambas, antes de que se presente una contraposición de intereses.

Por supuesto que hay ciertas limitaciones a esta libertad, legales y doctrinarias. En primer lugar, estas reglas se aplican sólo a los contratos que cumplan con ser internacionales, para lo cual debemos remitirnos a lo expuesto sobre su definición (Capítulo II). En nuestro Derecho, esto se expresa al exigir que se contrate la ejecución parcial o total en un país distinto al de celebración.

La más importante limitación corresponde al orden público internacional, que se impone a las leyes internas de los países y limita la aplicación del derecho extranjero. Enseguida, las normas de Derecho Público Extranjero o de orden social, reglas nacionales imperativas que inciden en las relaciones económicas de las partes, limitándolas con, por ejemplo, prohibiciones o cupos de importación o exportación.

La vigencia de la elección del foro, además, no se aplica a materias de jurisdicción exclusiva del Estado (como serían los derechos laborales, por ejemplo), ni puede

imponerse por una de las partes, tener como fin el desmedro de una parte, afectar la soberanía política o independencia económica de un país (como se sostiene en Argentina), ni violar el debido proceso legal.

Para el caso particular, en relación con el Derecho escogido, para algunas legislaciones debe presentar un vínculo suficiente con el instrumento (Código Civil español, por ejemplo).

Los requisitos que se deben cumplir para que proceda la elección de la ley aplicable al contrato, para la doctrina, dicen relación con que la relación jurídica deba tener carácter patrimonial, internacional, no pueda versar sobre ciertas materias (como el Derecho de Familia y la sucesión), ni puede suplir normas de aplicación necesaria o imperativa que existan sobre la materia, dentro del ordenamiento jurídico interno.

La elección misma del Derecho aplicable al contrato está contenida en un contrato diferente, llamado *pacto de electio juris*, mientras que la cláusula atributiva de jurisdicción, que determina los tribunales competentes para conocer de los conflictos que surjan en relación a éste, se encontrará en el *pacto de electio forum*, como lo indicamos anteriormente. Vemos esta distinción, por ejemplo, en el D.L. N° 2.349, al referirse de manera expresa sólo al primero.

La importancia de que consistan en contratos separados, radica en el hecho que la nulidad de uno no trae aparejada la nulidad del otro, y el que la elección de una legislación determinada no necesariamente otorgará jurisdicción a los tribunales del país cuya ley se aplicará, independizando ambos aspectos.

La validez de estos contratos de elección se determinará, de acuerdo al Derecho chileno, según las normas de la *lex fori*, siempre y cuando estén vinculados a contratos que efectivamente sean internacionales.

2. Método Directo mediante Normas Uniformes o Sustantivas:

Estas normas componen el llamado Derecho Uniforme, y a diferencia del Método de Conflicto de Leyes o *Choice of Law*, se remite directamente al fondo del asunto. Puede referirse al Derecho material, aplicable tanto a supuesto internos e internacionales, como exclusivamente a éstos últimos; o a la unificación de normas de conflicto mediante el señalamiento común de un mismo factor de conexión, en pos de una jurisdicción internacional homogénea que evite el reenvío y la necesidad de determinar el tribunal competente cada vez que surja una controversia contractual. El título de crédito internacional es un caso práctico de unificación de normas de conflicto.

Todos los preceptos del Derecho Uniforme tienen en común los rasgos de “la internacionalidad, la unifomidad y el contenido obligacional privado”³³. A pesar de ello, los autores los clasifican en tres grupos: Las leyes materiales internas (de cada país) de Derecho Internacional Privado, las reglas uniformes contenidas en tratados internacionales, y la Nueva Lex Mercatoria.

³³ Illescas Ortiz, Rafael, *El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su Sistemática*, en *Revista de Derecho Mercantil* N° 207, Santiago de Chile, 1993, pág. 37.

a) Reglas Nacionales:

“Como consecuencia de su supremacía territorial, el Estado puede promulgar leyes que regulen las transacciones comerciales que se celebren o ejecuten en su territorio y adoptar la política de comercio exterior que desee, de tal manera que las mercancías y servicios que cruzan sus fronteras se someten inmediatamente a dicha supremacía y en consecuencia a una estructura jurídica.”³⁴ Esta supremacía sólo estaría limitada por las “reglas de Derecho, obligatorias para los Estados (que) emanan (...) de su propio consentimiento, expresado en convenciones o en usos generales aceptados como expresión de principios de derecho, y establecidas a efecto de regular las relaciones entre estas comunidades independientes que coexisten, o con el propósito de alcanzar fines comunes”. Así lo declaró la Corte Internacional de Justicia de La Haya en la sentencia dictada en 1927 para resolver el renombrado caso del vapor Lotus (Francia con Turquía).

Para el Derecho Internacional, las reglas nacionales son aquellas que establece el ordenamiento interno de cada país para reglar situaciones internacionales de manera directa. Es decir, no será necesario, por ejemplo, recurrir a la analogía para aplicarlas a casos con ribetes internacionales, a diferencia de las demás leyes internas.

A través de estas disposiciones el legislador amplía el ámbito regular de aplicación de su propio derecho, abarcando situaciones que contienen elementos extranjeros jurídicamente relevantes, considerando hipótesis que van más allá del orden interno.

La aplicabilidad de la regla nacional de Derecho Internacional Privado material de origen interno, de acuerdo a la norma de conflicto que lleve implícita, dependerá de la ocurrencia de los supuestos que la misma haya establecido para ello.

En nuestro ordenamiento jurídico, entra en esta categoría el Decreto Ley 600 sobre inversión extranjera.

b) Reglas Convencionales:

Se les denomina también, en conjunto, Derecho Internacional Material de Origen Convencional, constituyendo un intento por armonizar las disposiciones que aplican los países a ciertas materias, por medio de la suscripción de tratados internacionales o convenciones. El ámbito de aplicación de cada una de estas normas, estará circunscrito por las reglas de aplicabilidad contenidas en el mismo tratado del cual formen parte, las cuales definirán el espacio territorial, las materias y el período de tiempo en que tendrán vigor.

Siendo su origen una de las fuentes formales del derecho, recibe una amplia difusión, además de los elementos necesarios para lograr una aplicación y cumplimiento más eficaz y expedito. En el caso de Chile, los tribunales de justicia estarán obligados a fallar de acuerdo a estos convenios una vez que estén promulgados y publicados.

Ya que este procedimiento nace como respuesta a ciertas necesidades que no se

³⁴ Sierralta Ríos, Aníbal y Olavo Baptista, Luiz, ob. cit., pág. 10.

satisfacen de manera suficiente con el método de conflicto de leyes, presta especial énfasis a la adaptación a las cuestiones que busca resolver, tendiendo así a darles soluciones directas e inmediatas. Por ejemplo, salvará problemas como el que los hechos o figuras que suscitan una controversia sean calificadas jurídicamente de manera distinta, lo cual influye necesariamente en la disposición que se le deberá aplicar. En estos casos, el Método de Conflicto de Leyes establece que, si la materia es de índole procesal, entrará en la esfera de la *lex fori*, mientras que si se considera de índole material, estará en la esfera de la *lex loci contractus*; distante de la claridad que aporta una regla convencional que califique directamente los elementos en conflicto.

Estas reglas convencionales pueden provenir de un esfuerzo por unificar reglas de conflicto, como el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante; o y normas sustanciales, como la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías, el instrumento internacional más aplicado en esta materia. Tanto es así, que ya ha sido ratificada por sesenta y dos países (a enero de 2004), por lo que se espera que sus disposiciones obtengan un reconocimiento generalizado en el mundo.

El Código de Bustamante dispone reglas generales para los contratos civiles, los cuales se extienden a los contratos comerciales; pero a la vez permite que las partes puedan definir por sí mismas la legislación bajo la cual se regirá su contrato, respetando las limitaciones derivadas del orden público internacional.

Los autores consideran que “casi no ha dejado vestigios de influencia (en la legislación chilena). El Código es sólo difícilmente compatible con el carácter territorialista de ella.”³⁵ Además, Chile lo ratificó con la reserva de que regirá sólo en cuanto no imponga reglas diferentes a las nacionales.

De todos modos, es aplicable a las relaciones con los demás Estados contratantes, y en cuanto a aquellas que no son parte, sus normas pueden invocarse como principios generales o como fuentes supletorias que pueden integrar las lagunas legales que se presenten.

Es importante hacer presente que es en materia comercial donde históricamente se han realizado más esfuerzos por conseguir un Derecho Uniforme, como consecuencia de la necesidad práctica de los comerciantes, quienes siempre han requerido entenderse en cuanto a las reglas que los rigen, para poder concretar sus negocios con seguridad y certeza. Esto nace de la realidad jurídica mundial, que produce que “(suelan) haber discrepancias entre las partes de diferente nacionalidad acerca de todas y cada una de las cláusulas o conceptos que derivan de estas fórmulas (...) Ha surgido pues, la necesidad en todo el mundo de unificar las reglas aplicables a la compraventa internacional.”³⁶ Para lograr esto, se han buscado prácticas y usos comunes para basarse en ellas, y se han logrado importantes consensos internacionales, como la ya mencionada Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías.

³⁵ Samtleben, Jorgen, *Derecho Internacional Privado en América Latina. Teoría y Práctica del Código de Bustamante*, Volumen I, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, pág. 1983.

³⁶ López Blanco, José Luis, *Manual de Comercio Exterior. La Compraventa Internacional de Mercaderías*, Ed. Bancosorno, 198?, pág. 34.

La dificultad de aunar normas materiales entre países de distintas tradiciones jurídicas, lleva a que las convenciones internacionales que lo intentan generalmente conformen un *soft law*, esto es, un cuerpo de regulación que no será rígido, dejando varios aspectos sin resolver, y que deberán ser solucionados por las partes o los jueces mediante la aplicación de principios generales o normas internas, en cada caso particular.

Es así como la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías, a pesar de aplicar el Método Directo, también debió incluir normas atributivas, como el artículo 7 N° 2, de aplicación supletoria: “Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.”

También tuvo que dejar fuera ciertos aspectos del contrato, como su validez y sus efectos sobre la propiedad de los bienes vendidos (artículo 4).

Otros tratados que celebran los Estados, tienen por objeto crear o formar parte de organismos internacionales. Algunos de éstos están destinados a ordenar el comercio internacional, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la Organización Mundial de Comercio (OMC). Las disposiciones que emanan de ellas atañen directamente a la actividad comercial a través de diversos factores, tales como la moneda que se usará de medio de pago (FMI), las posibilidades de inversión y exportación (Banco Mundial), el establecimiento de principios que fijan el marco regulatorio del comercio entre los países, y la posibilidad de contar con un foro para negociar entre ellos (OMC).

Es importante destacar que el Derecho Internacional Material de Origen Convencional establece parámetros decisivos para obtener un buen ordenamiento del comercio mundial, dentro de los cuales se deberá actuar, sea a consecuencia de la suscripción del tratado por el país de origen del contratante, por el país donde se opera o donde pretende hacerlo; o porque simplemente es fruto del derecho consuetudinario, que tiene valor y vigencia en materia comercial (por regla general), sin necesidad de que esté contenida en una norma escrita, como veremos a continuación.

c) Derecho Espontáneo, Transnacional o Nueva Lex Mercatoria:

El último nombre corresponde a su expresión latina original, hoy Nueva Lex Mercatoria, conocida en los países de habla inglesa como The New Law Merchant.

Recibe el nombre de espontáneo, ya que ha sido “creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países”³⁷, así como las variadas interpretaciones que pueden recibir. Con este fin ha surgido este “conjunto de procedimientos que proporcionan soluciones adecuadas a las

³⁷ Salcedo Verduga, Ernesto, *El Uso Mercantil y su Aplicabilidad en el Arbitraje. La Lex Mercatoria*. Revista Iberoamericana de Arbitraje, 19 de Abril de 2002, pág. 5 de la página web http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/uso_mercantil.html, consultada el 27 de octubre de 2002.

expectativas del comercio internacional, de una forma jurídicamente eficaz, sin relacionarse necesariamente con los ordenamientos jurídicos nacionales.”³⁸

Con la denominación de transnacional se hace referencia al “espacio ideal dentro del cual los poderes económicos privados se han organizado independientemente de los diversos poderes estatales”³⁹. Así, va más allá de la división clásica entre el aspecto público y privado de las relaciones internacionales, usando el término acuñado por el profesor P.H. Jessup, dicotomía que se ha visto superada por el desarrollo de la actividad e influencia ejercida por los agentes en las transacciones económicas que cruzan fronteras sin intervención estatal. Estos verdaderos poderes económicos, a pesar de que no cuentan con un territorio ni medios estatales para hacer cumplir las reglas que ellos mismos han creado, disponen de formas propias de coacción. Por ejemplo, la exclusión y el boycott a quien desobedece estas normas, y beneficios y franquicias para quien las acata.

La Lex Mercatoria ha recibido múltiples definiciones, como “aquel sistema de leyes que es adoptado por todas las naciones comerciales, y que forma parte del derecho local”⁴⁰, el “derecho creado por las prácticas comerciales comunes y las decisiones arbitrales”⁴¹ o “el derecho consuetudinario que surge de la actividad comercial internacional.”⁴²

Surge de la necesidad de regular las transacciones entre países, de una forma más adecuada que el Derecho Civil y el Common Law, recurriendo a las costumbres comerciales y recogiendo las cláusulas más comunes de los contratos que se celebran cada día. “El flexible empirismo que informa esta vía programática de unificación parece, por otra parte, constituir la mejor garantía de su efectiva adecuación a las exigencias reales de este tráfico. Son, de este modo, los comerciantes mismos quienes crean sin interferencias ajenas su propio Derecho uniforme, aprovechando en este sentido el espacio vacío de normas imperativas, que viene determinado por el reconocimiento universal, en la esfera de la contratación internacional, del dogma de la autonomía de la voluntad.”⁴³

Un caso que aclara lo anterior es la necesaria adecuación que debió sufrir una de las

³⁸ Strenger, Irineu, *La Notion de Lex Mercatoria dans le Commerce International*, en *Recueil des Cours*, París, Francia, 1991, pág. 273.

³⁹ Rigaux, Françoise, citado por Jorge Baeza Tarrealba y Matías Izwe Elgards en *El Derecho Uniforme en el Comercio Internacional*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1993, pág. 36.

⁴⁰ *Black's Law Dictionary*, de Henri Campbell Black, Ed. West Group, St. Paul, Estados Unidos, 1998, pág. 911.

⁴¹ Audit, Bernard, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, pág. 1 de la página web <http://www.cisp.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html>, consultada el 18 de agosto de 2003.

⁴² Ramírez Necochea, Mario, noviembre de 2003, ob. cit

⁴³ Gondra Romero, José María, *La Moderna Lex Mercatoria y la Unificación del Derecho del Comercio Internacional*, en *Revista de Derecho Mercantil*, Santiago de Chile, 1973, pág. 33.

primeras reglas del Common Law, que establecía que una persona no podía dar aquello que no le pertenecía, por lo que al comprar cualquier cosa había que investigar a qué título lo poseía el vendedor, con el fin de asegurarse que efectivamente se estaba adquiriendo su propiedad (revisión que en nuestro país sólo se aplica a la compraventa de inmuebles). Ésta regla se contraponía al derecho de los mercaderes, basado en la confianza, por lo que más que prevenir un fraude busca evitar el riesgo que conlleva la posible insolvencia de una de las partes.

Precursor de la Lex Mercatoria es el jus gentium romano, regulando las relaciones comerciales entre los ciudadanos romanos y los extranjeros; mientras que sus orígenes históricos los podemos rastrear en la Edad Media, en el esfuerzo de los mercaderes por zanjar los obstáculos que interponían las reglas del Derecho Feudal y el Derecho Romano a las necesidades de su actividad. Luego, con el surgir de las naciones y sus procesos de codificación de leyes, estas normas consuetudinarias se incorporaron a las legislaciones internas de cada país, pero una vez que se adaptaron a sus realidades propias, perdieron la uniformidad que las caracterizaba.

Con el tiempo, “el desarrollo del comercio después de la Segunda Guerra Mundial mostró algunos de los defectos de la regulación tradicional de los contratos internacionales. La complejidad de las reglas del Derecho Internacional Privado y el carácter obsoleto de las leyes nacionales no satisfacía la simplicidad y certeza requerida por los comerciantes.”⁴⁴

Frente a ello, los Estados han reaccionado celebrando convenciones y adoptando leyes modelos en diversas áreas. Mas constituye un proceso largo y difícil, que sólo logra una armonización parcial de las reglas, dada las diferentes interpretaciones que reciben, junto al riesgo que corren de convertirse también en cuerpos rígidos.

A la par, los propios comerciantes involucrados en las transacciones internacionales empezaron a aplicar soluciones alternativas a aquéllas que otorgan las legislaciones nacionales, formando así un marco legal independiente, la Nueva Lex Mercatoria, formada por cláusulas standard, contratos auto-regulados, usos mercantiles y el arbitraje internacional. “El rápido desarrollo del comercio exigió la aparición de un Derecho Mercantil dinámico, adaptable a sus cambiantes circunstancias y necesidades”.⁴⁵

Su importancia se ve reflejada en la amplia aplicación práctica que reciben sus creaciones consuetudinarias como los contratos modelos propuestos por gremios (especialmente de compradores de *commodities*, como el London Corn Trade Association) y la Cámara de Comercio Internacional (ICC), los INCOTERMS (*International Commercial Terms* o Términos Comerciales Internacionales) y los contratos internacionales de fletamento, factoring, joint venture y know how; en que sus principios reciben reconocimiento formal en distintos acuerdos internacionales, como la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías, cuyas normas operan de manera complementaria a la Lex Mercatoria; y en el uso que reciben en la resolución de

⁴⁴ López Rodríguez, Ana Mercedes, *Lex Mercatoria*, pág. 47 de la página web <http://www.retid.dk/artikler/20020046.pdf>, consultada el 15 de septiembre de 2003.

⁴⁵ Salcedo Verdugo, Ernesto, ob. cit., pág. 2.

conflictos, especialmente en los arbitrajes internacionales.

Los mencionados INCOTERMS, las más famosas cláusulas-patrón, constituyen definiciones normalizadas de cláusulas usuales del comercio internacional, son fruto del desarrollo de los usos y costumbres sobre la entrega de mercaderías, cuyas variantes se habituaron a designar los comerciantes mediante siglas o abreviaciones. Cada uno define, principalmente, los derechos y obligaciones que asumen los contratantes en ese caso, la parte que asume los gastos y riesgos hasta el momento de la entrega, el momento y lugar en que se hará esta entrega y las obligaciones de pago del comprador.

La eficiencia de la práctica de usar estas siglas la llevó a que se internacionalizarse, pero los contratantes de distintos países no siempre entendían lo mismo cuando se usaba una de ellas. De ahí que, con el objeto de uniformarlas, la Cámara Internacional de Comercio precisó un conjunto de definiciones el año 1936, cuya última revisión está contenida en el acuerdo de "Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales. INCOTERMS 2000." Éste explica que su objeto es "facilitar un conjunto de reglas internacionales de carácter facultativo, que determinen la interpretación de los principales términos utilizados en los contratos de compraventa internacional". Ahora, a pesar de su indiscutida utilidad, sólo regulan aspectos aislados de la relación comercial, por lo que su uso no excluye la necesidad de recurrir a otros métodos para cubrir los demás elementos del contrato, como las cuestiones relativas a los detalles de la entrega y el transporte, las consecuencias del incumplimiento contractual, la falta de pago o del pago tardío.

Las siguientes fórmulas constituyen algunos de los INCOTERMS más comunes:

F.A.S.: *Free alongside ship* o franco al costado del buque, que significa que el vendedor cumple su obligación de entregar colocando la mercancía al costado del buque, quedando los riesgos y gastos siguientes en manos del comprador.

F.O.B.: *Free on board* o franco a bordo. En este caso, el vendedor cumple con la entrega cuando la mercancía ha traspasado la borda del buque en el puerto de embarque convenido, momento en que el riesgo deja de ser suyo.

C.I.F.: *Cost, insurance and freight* o costo seguro y flete. El riesgo del vendedor dura hasta el mismo momento anterior, pero el vendedor debe pagar los gastos y flete necesarios para que la mercancía llegue al puerto de destino convenido, además de la prima del seguro que debe conseguir, el cual tiene que cubrir los riesgos del comprador de pérdida o daño de la mercancía durante el transporte.

El contenido de los INCOTERMS ha tenido varias revisiones, por lo que cuando se usa uno de ellos en un contrato, debe mencionarse explícitamente a cuál de las versiones se hace referencia, agregando al término, por ejemplo, FOB-INCOTERMS 1980.

Es importante destacar que la Lex Mercatoria se caracteriza por referirse exclusivamente al ámbito de los operadores del comercio internacional, como consecuencia de la libertad contractual que se les reconoce; por hacerlo de manera fragmentada, sin abarcar todo su espectro⁴⁶; y por su autonomía respecto de las

⁴⁶ Regula áreas determinadas de la compraventa internacional y del funcionamiento de las sociedades transnacionales, las costumbres bancarias, los medios de pago internacionales y los contratos innominados.

legislaciones nacionales. Además, puede expresarse de manera escrita o no, pero requiere una aplicación habitual en los contratos de compraventa internacional para que constituir parte de la Nueva Lex Mercatoria. Si no fuere así, usos como los INCOTERMS serían sólo una elaboración doctrinaria de un conjunto de juristas.

Básicamente, esta expresión se da a través de la elaboración de contratos tipo y la codificación de los usos profesionales de quienes se desenvuelven en el área comercial internacional, realizada por organismos privados.

Al igual que la mayoría de los ordenamientos jurídicos de inspiración civilista, el chileno tampoco reconoce expresamente a la Nueva Lex Mercatoria, salvo la mención que hace D.L. N° 2.349 de 1978 (que establece normas sobre Contratos Internacionales para el Sector Público), al disponer que las cláusulas de elección de ley en los contratos internacionales constituyen una “práctica comercial generalizada, cuya aplicación alcanza a nuestro país” (considerando primero); y de manera tangencial, la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (suscrita por Chile), cuyo artículo primero numeral segundo extiende su aplicación a “las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido”, laudos que forman parte de la Nueva Lex Mercatoria.

En virtud del origen consuetudinario de estas normas, en su desarrollo destacan los fallos que emanan de la jurisdicción arbitral, porque los árbitros son quienes están más dispuestos a aplicarlas, otorgando un método de solución de conflictos que refuerza su aplicación en las relaciones comerciales internacionales privadas.

CAPÍTULO IV. LOS CONTRATOS EN EL COMMON LAW

En la introducción de este trabajo explicamos las razones que hacen necesario el estudio de este sistema jurídico, desarrollado en Inglaterra a partir de la conquista de los normandos el siglo XI D.C., extendiéndose más tarde a países angloparlantes o del Commonwealth, como India, Estados Unidos, Irlanda, Canadá, Australia, Nigeria y Jamaica, entre otros.

Se caracteriza por sus decisiones judiciales basadas en el sistema de precedentes (fallos anteriores que se han pronunciado sobre conflictos similares), mediante un razonamiento casuístico; y por su procedimiento conocido como *adversary system*, en el cual “las partes contrarias se enfrentan mutuamente para obtener un resultado favorable para ellas mismas. En éste, el juez actúa como un magistrado independiente más que como un acusador, distinto al sistema inquisitivo.”⁴⁷ Además, sus normas no necesitan constar por escrito, aunque pueden encontrarse en códigos u otros cuerpos legales. De hecho, desde fines del siglo XIX la mayor parte de las jurisdicciones del Common Law cuentan con códigos penales para resolver los conflictos en materia criminal.

El Common Law y el jus civile o sistema jurídico romano-germánico constituyen los dos grandes tipos de regímenes jurídicos, dentro de los cuales existen variaciones y mezclas entre ambos sistemas en Escocia, Israel y Japón, por ejemplo. “Este enjambre

⁴⁷ *Black's Law Dictionary*, ob. cit., pág. 53.

de sistemas y subsistemas hace que no sólo determinadas instituciones jurídicas sean desconocidas o no entendidas en todas ellas, sino que incluso la determinación de la capacidad de las partes sea diametralmente diferente.”⁴⁸

Hemos visto la importancia del sistema de conflicto de leyes para determinar la legislación aplicable a los contratos. De ahí que sea común encontrarnos en una situación en que el ordenamiento jurídico competente sea diferente al nuestro, lo que puede traer aparejado problemas a partir del desconocimiento y la confusión que puede existir en los contratantes en relación a las leyes que rigen su relación. Para evitar esto, antes que intentar conocer todas las variantes de sistemas existentes, resulta útil para nosotros abarcar las instituciones fundamentales del régimen jurídico opuesto a nuestro sistema civilístico, para lo cual estudiaremos la legislación de tres países con la tradición jurídica del Common Law,.

A. DEFINICIÓN DE CONTRATO:

Como enunciamos previamente, para el Derecho inglés, cuna del Common Law, el contrato es “un acuerdo entre dos o más personas, que crea una obligación de hacer o no hacer un acto determinado.”⁴⁹

Se rige por el principio consensus ad idem, el cual establece que todas las partes deben estar de acuerdo con el contenido del contrato cuando lo suscriben. Esto no significa que deben contemplar todos sus factores detalladamente, puesto que eso le restaría flexibilidad al instrumento, sino que simplemente no debe requerirse el acuerdo de ambas partes para definir las cláusulas o puntos cuya determinación se deje para el futuro.

B. REQUISITOS:

Para ser válido un contrato, y por ende legalmente obligatorio, se requiere:

- Una oferta propuesta por una de las partes.
- Que la oferta sea aceptada por la otra parte.
- Las partes deben estar de acuerdo en cuanto a lo contratado, lo que se expresa generalmente como consensus ad idem o “encuentro de mentes”.
- Salvo en los contratos que requieren la formalidad de una escritura, es necesario un *consideration*, esto es, el oferente debe solicitar algo de la otra parte. Sin ésta, por

⁴⁸ Sierralta Ríos, Aníbal y Olavo Baptista, Luiz, ob. cit., pág. 11.

⁴⁹ *Black's Law Dictionary*, ob. cit., pág. 322.

regla general los tribunales no harán exigible su cumplimiento.⁵⁰

- Las partes deben tener la intención de obligarse legalmente mediante el acuerdo.

Los contratos también pueden ser unilaterales, con una oferta que no se hace a una parte determinada sino que a cualquier persona, como es el caso de las ofertas públicas. La validez de este instrumento también requiere el cumplimiento de los requisitos señalados, pero se entiende aceptada la oferta mediante un comportamiento determinado solamente, sin que se exija una notificación de la aceptación.

Además de estos requisitos específicos, será preciso cumplir con las condiciones de todo instrumento legal inglés:

- Las partes deben consentir libremente a contratar.
- Deben ser legalmente capaces para hacerlo.
- Cada parte debe ser capaz de llevar a cabo su parte de la obligación.
- Las acciones exigidas por las partes deben ser legales.

Haciendo un paralelo con la legislación chilena, coinciden los requisitos de consentimiento libre, capacidad, y objeto lícito. Sin embargo, no se habla de las formalidades ni de la causa, sino que el Common Law requiere que los contratos cuenten con un *consideration*. Por otro lado, se exige que los contratantes puedan cumplir con sus obligaciones, a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, con lo que se podría acoger la teoría de la excesiva onerosidad o teoría de la imprevisión.

Si no están presentes los requisitos establecidos para la legalidad del contrato, éste será nulo o anulable, y no podrá exigirse su cumplimiento. Pero aún los contratos válidos pueden no ser exigibles, pues para ello es necesario:

- - Que se pruebe, de manera que el tribunal conozca sus cláusulas.
- - Que cumpla con los requisitos formales necesarios según el tipo de contrato de que se trate.

Que cumpla con los presupuestos establecidos en la Ley de Limitación de 1980. Éste fija un límite de tiempo para que las partes puedan demandar una indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento del contrato, plazo que es de seis años para los contratos simples y las demandas sobre bienes muebles, y de doce años para los contratos celebrados mediante escritura y las demandas sobre inmuebles. Estos términos legales se cuentan desde el momento en que es posible interponer la acción, salvo que la parte estuviera imposibilitada de hacerlo, en cuyo caso se cuenta desde el término de este impedimento del demandante.

Por último, cuando el contrato ya no surte efectos, se dice que está agotado y “deja de dar acción”. Esto puede ser producto del cumplimiento efectivo del contrato por cada parte, a satisfacción de la otra; de un acuerdo, que necesitará de un nuevo *consideration* si ya ha habido un cumplimiento parcial; de razones legales, como la llamada frustración del contrato referida a la imposibilidad de cumplirlo; o del incumplimiento de una de las partes, sin contar con una excusa legal.

⁵⁰ Profundizemos esta materia en el siguiente apartado.

C. CONSIDERATION:

1. Concepto:

Para el Common Law no puede haber contrato obligatorio sin *consideration*, definido en el fallo de Curie con Misa de 1875 como un “derecho, interés, provecho o beneficio de una parte, o un detrimento o pérdida sufrida o asumida por otra parte”; o la “contrapartida entregada o prometida” a la contraparte, de acuerdo al jurista Sir Frederick Pollock (concepto que incluye la posibilidad de que sea futuro).

Bajo la ley inglesa, para que tenga carácter obligatorio un contrato simple (sea expreso, implícito, escrito o verbal), debe contar con un *consideration* de quien acepta la oferta contractual. “La voluntad desnuda o a secas de las partes jamás es vinculante por sí sola. Ni el consensualismo, ni su complemento, el principio “*pacta sunt servanda*”, han penetrado en el Derecho británico de los contratos.”⁵¹

Como excepción, no necesitan *consideration* los *deeds* o contratos *under seal*, documentos sellados, celebrados bajo sello o con el sello de su autor, únicos contratos formales del Derecho Inglés (también están los contratos de *record*, pero se encuentran actualmente en desuso). La fuerza vinculante de éstos se debe al cumplimiento de la formalidad indicada y no al acuerdo de voluntades o *agreement*, por lo que estamos ante un contrato abstracto, donde la fuerza probatoria del documento que lo contiene es absoluta, y cuya validez depende sólo de la forma.

En los últimos años la tendencia legislativa se ha inclinado por abolir el efecto del sello (en el Código Uniforme de Comercio de EEUU, por ejemplo), aunque se mantiene en Inglaterra en los contratos de traspaso de propiedad de inmuebles (que desde el Property Act de 1925 también deben estar firmados), en los contratos gratuitos, en los contratos unilaterales y en los casos en que se prefiera evitar el *consideration*.

Mediante esta figura se busca determinar el objeto del contrato, protegiendo a las partes de la posibilidad de futuros reclamos sobre materias que no sean parte del instrumento. De este modo, establece un criterio para definir la obligatoriedad o no de un contrato, y su consecuente tutela jurídica. Por esta razón es que no se requiere en los contratos formales (que constan en una escritura), pues en ellos está consta de manera auténtica a qué se comprometió cada parte. De ahí que la existencia del *consideration* en el contrato permite que sea *enforceable* u objeto de ejecución forzosa, hasta aquellos “acuerdos que son triviales, cuando no frívolos, siempre que las formas sean observadas. E incluso, si éstas lo son, es posible que una persona que hace una promesa resulte legalmente obligada aunque no haya sido ésta su intención, como si sólo quiso prometer y conseguir algo valioso a cambio de su promesa.”⁵²

⁵¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., 1998, pág. 79.

Para algunos autores este concepto presenta cierta similitud con la causa, aunque de acuerdo a la opinión mayoritaria, esto no puede llevar a concluir que sean equivalentes.

2. Requisitos:

En principio, el *consideration* requerido debe ser tanto legalmente suficiente como adecuado. Para que sea legalmente suficiente, ambas partes deben sufrir algún detrimento con motivo de la transacción, junto al beneficio que ésta pueda conllevar. En cuanto a la adecuación legal, los tribunales tienden a estimarlo una exigencia irrelevante, entendiendo que, al contratar, las partes deben haberlo estimado adecuado (salvo en casos extremos).

Específicamente, deben darse las siguientes condiciones:

a) Que se “dirija” desde la parte a quien se le ha hecho la oferta, hacia el oferente en el contrato; en otras palabras, quien ofrece debe estar esperando algo a cambio.

b) Debe tener algún valor para el oferente (aunque sea mínimo), o que producirle algún detrimento a quien hace el *consideration*.

c) Tiene que ser suficiente en términos legales, no necesariamente razonable de hecho, ya que su equivalencia con el valor del objeto del contrato no es un requisito de obligatoriedad. En efecto, puede ser exiguo e incluso insignificante, pero tiene que existir como contrapartida en los contratos de intercambio económico. Siguiendo con esta línea, no se contempla la lesión enorme en el Common Law, y los jueces suelen resolver sobre la base de que no les corresponde sopesar las prestaciones de las partes.

d) Como regla general, debe imponer una obligación a futuro, a cumplirse durante o después de la formación del contrato, y no será adecuado basar una oferta en un *consideration* obtenido en el pasado, que no produce un cambio actual en la posición legal del promitente. Como excepción, se acepta el *consideration* pasado cuando se prueba que emanó de una petición del demandante, y quien accedió a ello (que constituye el *consideration* pasado) lo hizo en el entendido que recibiría una recompensa por ello. Este caso se basa en el Principio del *Assumpsit* implícito (o indemnización de perjuicios), doctrina introducida en 1615 con el caso *Lampleigh con Braithwaite*.

Bajo esta concepción, los orígenes de la Doctrina del *Consideration* en el Derecho inglés estarían relacionados:

Primero, con la acción de *assumpsit*, para la cual la base de la responsabilidad del contratante era la promesa de hacer o entregar, y no el acuerdo.

Segundo, con la aplicación continua de la idea del “quid pro quo”, que estableció la acción por deuda. Es decir, la obligación contractual constituiría una deuda, cuyo pago es exigible.

El que la obligación pueda ser posterior al *consideration*, le permite al juez incorporar a un contrato un beneficio pasado, y de este modo estimar que éste ya cuenta con *consideration* suficiente para ser obligatorio, siempre que concurren también las

⁵² Fried, Charles, *La Obligación Contractual. El Contrato como Promesa*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, pág. 60.

siguientes circunstancias:

(i) El beneficio pasado debe basarse en una solicitud explícita hecha por la otra parte.

(ii) Quien accedió a la petición debió hacerlo suponiendo que el beneficio que le originaba al solicitante tendría una recompensa futura.

El contrato con un *consideration* pasado, tiene que cumplir con todos los demás requisitos de validez, de modo que sólo le falte un *consideration* válido.

Han surgido otras excepciones que han atenuado el rechazo a los *considerations* pasados. Un caso es la letra de cambio, en que se presume el *consideration*, y si es anterior al instrumento, valdrá para las relaciones del librador con el aceptante y con los endosatarios. Encontramos otro en la Limitation Act de 1939, que otorga validez y acción a la promesa contractual de pagar una deuda ya prescrita.

e) Sólo será *consideration* una promesa real e incondicional, y no una promesa ilusoria, o que el promitente no tenga la obligación de cumplir.

f) Debe estar bien determinado, pues no se considera jurídicamente vinculante si es vago o no esté claramente definido.

g) Por último, debe ser adecuado, requisito que exige, a su vez, que:

(i) Exceda al cumplimiento de un deber legal existente, sin importar cuán oneroso sea éste; exigencia que se ilustra con el juicio de Collins con Godefroy de 1831. Godefroy le prometió a Collins pagarle seis guineas para declarar en juicio como su testigo, y éste accede. Recibe una citación judicial, concurre a declarar, y después Godefroy se niega a pagarle alegando falta de *consideration* de parte de Collins, pues estaba obligado a concurrir al tribunal de todos modos. El juez accedió a esta posición.

Ahora bien, cumplir con una obligación legal más allá de lo estrictamente establecido, sí puede constituir un *consideration*. Por ejemplo, en el caso de Glasbrook Brothers con Glamorgan County Council de 1925, que se inicia con la petición de protección policial adicional para una mina de carbón por su administración, durante una huelga de los trabajadores. Puesto que la policía no tenía recursos suficientes para hacer más que las rondas de rutina, ofreció otorgar carabineros como guardias, a cambio de una contribución en dinero. La contraparte aceptó, pero finalizada la huelga rehusó pagar, alegando que la policía simplemente cumplió con su deber. El tribunal falló que, aún cuando era así, la acción de los carabineros había ido más allá de su deber legal, y por tanto, era exigible el pago acordado.

(ii) No es suficiente acceder a realizar un hecho al cual ya se estaba obligado por una obligación contractual. En relación con éste, hay jurisprudencia contradictoria. Por un lado, se ha estimado que estaríamos ante una “promesa gratuita” simplemente (Stilk con Myrick, 1809), y por ende no hay *consideration* suficiente, aunque lo será cuando además conlleve un “beneficio práctico” para la otra parte (Williams con Rofrey Bros. en 1991).

Podría ser *consideration* suficiente (aunque es discutible) una obligación contractual anterior, cuando uno de los contratantes es ajeno a la obligación primitiva, pero se beneficia con ésta (New Zealand Shipping Company con A. M. Satterwaite, conocido

también como el *Eurymedon*, de 1975).

Por último, así como con la obligación legal, una obligación contractual anterior cuando excede a debido, puede constituir un *consideration* para un nuevo acuerdo.

(iii) Para la jurisprudencia, no es *consideration* suficiente el pago parcial de una deuda existente. Juicios emblemáticos en este sentido son los casos *Pinnel* de 1602 y *Foakes con Beer* de 1884. En ambos se falló que no eran válidos los acuerdos por falta de *consideration*, la aceptación del demandante de saldar una deuda existente pagando sólo parte de ella, por lo que se mantenía la acción para demandar su totalidad.

Sin embargo, podría argüirse que el *consideration* aquí sería evitar un proceso judicial de cobranza de la deuda completa, a cambio de un pago inmediato. En este sentido, no cabría en este caso una deuda ya liquidada o un pago no disputado o fijo, pero sí una deuda disputada o que no ha sido liquidada.

d) El desistimiento de ejercer una acción legal contra la otra parte, sólo será *consideration* la demanda desistida era válida en principio.

Antes de cerrar este tema, debemos hacer presente que se observa una tendencia judicial a no ser muy estrictos en cuanto a exigir su presencia en los contratos. Incluso intentan “encontrar” un *consideration*, con el fin de inferir la existencia de un contrato; además de reconocer el *estoppel* con mayor énfasis. Así, cuando una parte no cumple con un acuerdo bajo el argumento que se celebró sin un *consideration* que lo convirtiera en un contrato, la parte perjudicada puede solicitar que se confirme el contrato, sobre la base que se ha producido un *estoppel* de promesa o *promissory estoppel*.

D. PROMISSORY ESTOPPEL:

Etimológicamente, la palabra *estoppel* significa “estorbo, impedimento, obstáculo, detención.”⁵³ Técnicamente, “es la doctrina en cuya virtud alguien que, por su manera de obrar, con palabras o mediante actos, produce en otro la creencia racional de que ciertos hechos son ciertos, y el último obra sobre la base de tal creencia (*belief*), impidiendo al primero que pueda negar la verdad de lo que ha “representado” con sus palabras o su conducta, cuando la negativa habría de redundar en su beneficio y en perjuicio de la otra persona.”⁵⁴ De aquí que se haya asimilado en nuestro Derecho al aforismo “nadie puede aprovecharse de su propio dolo”.

Constituye una de las llamadas *rules of evidence* o reglas de prueba del proceso, que impide que una persona pueda negar un estado de hecho que anteriormente estableció como verdadero, ella sea expresa o implícitamente.

⁵³ Díez-Picazo Ponce de León, Luis, *La Doctrina de los Actos Propios. Un Estudio Crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1963, pág. 62.

⁵⁴ Griffith, V. A., *Outlines of Law*, citado por Alejandro Borda en *La Teoría de los Actos Propios*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2000, pág. 25.

El *estoppel* tiene su origen en la jurisprudencia inglesa y, para algunos autores, deriva de la regla romanística del “venire contra factum proprium non valet”, fundamento de la doctrina de los actos propios del Derecho Civil.

Efectivamente, ambas instituciones se asemejan en su búsqueda por proteger de forma objetiva la apariencia jurídica, y actuar, a su vez, contra la “*improbitas*” o contravención de la buena fe. Empero, veremos que el *estoppel* tiene rasgos característicos y particulares, que lo convierten en un concepto autónomo y propio del Common Law.

1. Características Generales:

a) Apariencia Jurídica:

El núcleo de la figura del *estoppel* es la confianza depositada en una apariencia jurídica y la buena fe derivada de ello. Como consecuencia de dicha representación (*representation*) nace una creencia (*belief*) en quien lo recibe, sobre la cual modifica su posición jurídica precedente.

El *estoppel* protege de manera objetiva la apariencia jurídica, estableciendo una preclusión para la parte que la creó por sus propios actos, para que no pueda demandar “un derecho en detrimento de otra parte que tenía derecho a actuar por confianza en tal conducta y (que) ha actuado en consecuencia. Un *estoppel* surge cuando el derecho restringe o prohíbe que uno hable contra su propio acto o declaración. No se puede adoptar una posición, actitud o curso de conducta inconsistente para perjudicar o agraviar a otro.”⁵⁵

Al mismo tiempo, protege jurídicamente a la buena fe, manifestada en la confianza que se deposita en la apariencia, que constituye también el fundamento último de la teoría de los actos propios.

b) Eficacia Procesal:

Sólo se dará el momento y oportunidad para aplicar esta regla durante un proceso judicial, aunque la contradicción que origina el *estoppel* puede tener su raíz dentro o fuera de éste.

Su efecto exclusivamente procesal le impide producir efectos de carácter sustantivo, ya que no crea, modifica ni extingue situaciones jurídicas; esto es, no tiene una eficacia general, sino que circunscrita al proceso y sus partes, haciendo inadmisibles alegaciones determinadas. Los mismos actos de una persona “*stoppeth his mouth*”⁵⁶ (le tapan la boca) para alegar o hacer valer en juicio hechos que los contradigan.

⁵⁵ *Black's Law Dictionary*, ob. cit., pág. XXXX.

⁵⁶ De la clásica caracterización inglesa de Lord Coke: “*Because a man's own act or acceptance stoppeth or closeth up his mouth to allege or plead the truth*” (“Porque el propio acto o aceptación del hombre, frenan o tapan su boca para alegar o reclamar la verdad.”), citado por Luis Díez-Picazo Ponce de León, ob. cit., pág. 63.

c) Medio de Defensa:

Ligada a la característica anterior, dentro del proceso sólo puede usarse el *estoppel* como medio de defensa y no como fundamento de una acción; “es un escudo, nunca una espada” (expresión del siglo XIX).

A pesar del paralelo que puede plantearse con una excepción en sentido procesal, se distinguen porque el *estoppel* es un medio de defensa general que puede oponer no sólo el demandado, sino que también el demandante, tal como el *replicatio* romano.

Al ser un medio de defensa, nunca se aplica de oficio por el tribunal, sino que requiere ser alegado por la parte perjudicada, basándose en la presunción de derecho bajo la cual se entiende que actuó, según esta doctrina.

d) Reciprocidad:

La vinculación derivada del *estoppel* se produce indistintamente a favor o en contra de cualquiera de las partes de una relación jurídica, por lo que puede oponerse recíprocamente por ambas partes del juicio; y limitándose a ellas, sus efectos no alcanzan a terceros ajenos al hecho que lo fundamenta.

2. Requisitos:

Aún cuando la doctrina inglesa no los especifica, de lo expuesto podemos deducir que para estar frente al *estoppel* tienen que estar presente ciertos elementos, de manera copulativa:

a) Una persona debe realizar una conducta, afirmación o negación, aparente y ostensible, que genere un estado de cosas determinado; y debe hacerlo de manera intencional o por una negligencia culpable, pues será responsable de sus consecuencias.

El acto constituyente debe recaer sobre algo presente o pasado, no futuro, ya que una intención o propósito no produce *estoppel*.

Debe ser claro, sin doble sentido ni ambigüedad; y unívoco, es decir, que no pueda ser objeto de distintas interpretaciones.

d) Para que se produzca, tiene que existir una persona que, confiando en la afirmación o negación de otro, modifique la situación jurídica que presentaba hasta entonces. Es este cambio lo que lo convierte en beneficiario del *estoppel*, en razón del perjuicio personal o económico que podría sufrir sin esta figura.⁵⁷

3. Clasificación:

Según el origen del *estoppel* y lo que puede intentar frenar, el derecho inglés distingue

⁵⁷ Recordemos que, en virtud de la regla del *estoppel*, una persona no puede negar la veracidad de su anterior declaración de hechos, cuando bajo ese supuesto ha actuado otro, quien se vería perjudicado con ello.

entre el *estoppel by deed* (por instrumento público), *by record* (por registro), *by acquiescence* (por aquiescencia) y *by fact in pais* (por hechos). Dentro de esta última clase, encontramos el *estoppel by representation* (por representación) y el *promissory estoppel* (de promesa) de los contratos.

Estoppel by Deed:

Impide que una persona niegue las afirmaciones que ha hecho en un *deed* o documento sellado. El negocio jurídico adquiere el carácter de solemne mediante la formalidad del sello que lo acompaña, el cual sustituye la necesidad de un *consideration* para que el contrato que contiene sea obligatorio; junto con probar las declaraciones que contiene, excluyendo la prueba en contrario.

El *estoppel* se extiende a las declaraciones de voluntad y manifestaciones de hecho contenidas en el contrato de manera expresa, vinculando sólo a quien, o quienes, la haya realizado, siempre y cuando la pretensión que se arguye se base directamente en ellas.

Estos efectos desaparecen si se declara nulo el documento, dada la naturaleza de esta sanción.

Estoppel by Record:

El nombre de esta figura aparece en la expresión que recibe un juicio cuando se dicta su sentencia definitiva, diciendo que éste "*is entered upon the record of the Court*" ("ingresa al registro del tribunal").

Las partes de un juicio contribuyen a su fallo a través de sus propios actos. Ergo, no pueden ir en contra de éstos y contradecir alguno de los puntos litigiosos resueltos, produciendo la preclusión del derecho de someter a juicio una materia cuando ya ha sido objeto de decisión judicial, de la misma forma que la cosa juzgada en nuestro Derecho. Sin embargo, ambas instituciones difieren en cuanto al fundamento de la inalterabilidad de la sentencia. Para el sistema basado en el Derecho Civil éste se encuentra en el mismo fallo, mientras que para el Common Law nace como consecuencia de los actos de las partes del proceso, por lo que sólo opera en relación a ellas y sus sucesores (salvo las "sentencias in rem" que fijan un estado de cosas erga omnes), y siempre que el fallo no se haya obtenido fraudulentamente.

En el Código Civil chileno aparece esta idea de manera implícita, cuando hace inadmisibles la prueba de testigos "que adicione o altere" las declaraciones contenidas en un instrumento, que constata un acto o contrato que contiene la entrega o promesa "de una cosa que valga más de dos unidades tributarias", como lo dispone el artículo 1709.

Estoppel by Fact in Pais:

Se le conoce como *equitable estoppel* (*estoppel* equitativo), a diferencia de los anteriores, *legal estoppels*.

Deriva de los actos ejecutados de manera notoria, esto es, con cierta publicidad, aunque sin la formalidad del instrumento público; mediante los cuales una parte reconoció el título o legitimación de quien ahora es su adversario en juicio, por lo que no

puede negarlo o discutirlo en el proceso.

El desarrollo de esta categoría la ha llevado a incluir también las consecuencias de algunas relaciones jurídicas entre determinadas personas, tales como:

Tenancy: Acto mediante el cual una persona (*landlord*) entrega la posesión de una cosa a otro (*tenant*). El *estoppel* abarca el arrendamiento y las relaciones posesorias en general, funcionando recíprocamente entre las partes. Éstas no pueden discutir el derecho de la otra, ya que su relación se formó en virtud del reconocimiento del *tenant* del derecho del *landlord*, quien creó el derecho del *tenant*.

(ii) Bailment: Figura del Derecho inglés referida a la entrega de cosas muebles determinadas por una persona (*bailor*) a otra (*bailee*), a partir de un contrato gratuito u oneroso. Se extiende por un tiempo limitado, durante el cual el receptor debe custodiar las cosas y finalmente devolverlas, sin que pueda excusarse de esto desconociendo el derecho del *bailor* sobre las cosas, puesto que reconoció su legitimidad cuando recibió su posesión.

(iii) Patents: Quien sea titular de una patente de invención, cuando ha cedido su licencia de explotación, no puede desconocer su existencia jurídica ni puede el cesionario discutir la validez de la patente, ya que se genera un *estoppel* recíproco entre ambos.

Estoppel by Representation:

Es un tipo de *estoppel in pais*, que generalmente se explica por separado en razón de su importancia.

Tiene como objeto el que quien hizo creer voluntariamente, mediante conductas o palabras, la existencia de un determinado orden de cosas (su representación o "*representation*"), y esto indujo a otro a actuar de una determinada manera, no puede posteriormente alegar la inexistencia del estado que él mismo sostuvo.

La "representación constitutiva del *estoppel* debe haber sido producida voluntariamente (*willfully*), pero esto no quiere decir que la representación tenga que ser dolosa ni conocida o intencionalmente falsa." ⁵⁸ Puede provenir de una declaración, una conducta concluyente, una simple negligencia o un descuido; pero siempre dice relación con un hecho presente o pasado, y no una intención futura.

Sólo queda protegido por el *estoppel* la persona que alteró su posición jurídica previa, y como consecuencia sufriría un perjuicio de no existir el estado de cosas "representado". Como excepción, no se producirá el *estoppel* si antes que actúe el destinatario de las palabras o conducta, su autor le advierte del error en su interpretación.

Una aplicación del *estoppel by representation* es el *promissory estoppel*, que veremos más adelante.

Estoppel by Acquiescence:

Esta categoría surge de la figura del *laches*, concepto que hace referencia a "la falta de

⁵⁸ Diez-Picazo Ponce de León, Luis, ob. cit., pág. 80.

hacer algo que debió hacerse, o de demandar o hacer respetar un derecho, en el momento oportuno.”⁵⁹

Es una clase de *estoppel by fact in pais*, así como el *estoppel by representation*, ya que a veces la aquiescencia (*acquiescence*) o la inacción pueden ser la fuente de una representación.

De hecho, “también vulnera los dictados de la buena fe aquel sujeto que mantiene una actitud omisiva, permaneciendo en silencio cuando tiene el deber de hablar”⁶⁰, razón por la cual se protege “a quien ha confiado en la apariencia creada por la situación generada por la actitud pasiva de otro sujeto, en aras de la equidad. En otras palabras, el silencio, cuando ha podido ser interpretado de buena fe como el asentimiento o la prueba de que no existe el derecho que luego se intenta hacer valer”⁶¹ origina el *estoppel*.

Promissory Estoppel:

Dentro del *estoppel by representation*, éste se aplica especialmente en materia contractual.

En virtud de esta figura, cuando una promesa razonablemente puede inducir, y de hecho induce, a una acción u omisión de carácter definido y sustancial de parte del destinatario de ésta, se convierte en obligatoria para el promitente, si con ello se impide el perjuicio que de otra manera sufriría la otra parte.

Se le conoce también como *cuasi estoppel* o *detrimental reliance* (dependencia perjudicial), otorgándole la acción de indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento de una promesa, a quien actuó confiando en ella. Aún cuando hoy en día los tribunales tienden a limitar el monto otorgado por este concepto, mantiene su importancia como “un esfuerzo tardío por llenar un espacio en el régimen general de la ejecución forzosa (*enforcement*) de las promesas”⁶², no contemplado por la doctrina del *consideration*.

El *promissory estoppel* se interpone en los juicios contractuales con el fin de afirmar la existencia de un contrato, aún cuando no tenga *consideration* o éste sea insuficiente.

Como punto de referencia, la base de la aplicación moderna de esta doctrina se encuentra el caso de Central London Property Trust Ltd. (CLPT) con High Trees Ltd. (HT) de 1947. La primera empresa, CLPT, era propietaria de un conjunto de departamentos, que arrendó a la segunda, HT. A su vez, ésta los subarrendó individualmente a particulares.

⁵⁹ Black's Law Dictionary, ob. cit., pág. 875.

⁶⁰ Ekdahl Escobar, Marina Fernanda, *La Doctrina de los Actos Propios. El Deber Jurídico de No Contrariar Conductas Propias Pasadas*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, pág. 86.

⁶¹ Borda, Alejandro, *La Teoría de los Actos Propios*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2000, pág. 38.

⁶² Ruiz-Tagle Vial, Pablo, en *La Obligación Contractual. El Contrato como Promesa*, de Charles Fried, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, pág. 42.

Con la Segunda Guerra Mundial se redujo la demanda de departamentos, por lo que las partes acordaron rebajar el arriendo pactado inicialmente, durante el período comprendido entre los años 1940 y 1945.

Una vez finalizada la guerra, como HT logró arrendar todos los departamentos, CLPT la demandó por el pago del valor total del arriendo, esto es, los montos acordados originalmente, por todo el tiempo de vigencia del contrato, alegando la falta actual de *consideration* de parte de HT que sustentara la rebaja del precio.

No se discutió la falta de *consideration*, y CLPT tenía derecho, en estricto rigor, a demandar el precio inicial. Sin embargo, fundándose en la equidad, el tribunal estimó que el acuerdo de disminuir el arriendo constituyó efectivamente una promesa, y HT actuó y cobró basándose en ella. Por eso, si se le obligaba a pagar el monto inicial, claramente se vería perjudicado.

Apartándose del fallo en que se basó (*Hughes con Metropolitan Rly. Company*, de 1877), esta sentencia impuso por primera vez un *estoppel* permanente, que impedía el ejercicio de un derecho por un tiempo indefinido.

Ya hemos aclarado que a través del *estoppel* la jurisprudencia inglesa no busca crear una nueva causa de acción, sino que sólo otorga un medio de defensa. Así se resolvió el juicio *Combe con Combe* de 1951, iniciado por la Sra. Combe demandando a su ex marido por el cumplimiento la promesa que le hizo al casarse, consistente en el pago de una suma anual de dinero, que él se negó a cumplir después del divorcio.

Puesta que indudablemente no existía un *consideration* sobre el cual fundamentar un contrato, la demandante alegó la existencia de un *promissory estoppel* porque actuó confiando en lo asegurado por el Sr. Combe, y no lo demandó por alimentos en el juicio de divorcio, resultando, en consecuencia, perjudicada, si no se le obligaba a cumplir con su promesa inicial.

En primera instancia se falló a favor de la demandante, pero la Corte de Apelaciones revertió la sentencia, señalando que aquí se estaba usando el *estoppel* para crear una acción inexistente, contrariando con ello la verdadera finalidad de éste como medio de defensa.

E. HARDSHIP:

Se refiere, en “en general, a la privación, sufrimiento, adversidad”⁶³; y junto con la fuerza mayor, constituye una excepción al Principio de *Pacta Sunt Servanda* (“los contratos deben cumplirse”), que altera la certeza del contrato con el objeto que no deje de ser razonable. Como se expresaría en latín, estamos ante una situación de *pacta sunt servanda versus clausula rebus sic stantibus*.

Siguiendo el tradicional formalismo del Common Law, los contratos reciben una

⁶³ *Black's Law Dictionary*, ob. cit., pág. 717.

interpretación rígida, que obliga a las partes a cumplir sus obligaciones “a pesar de cualquier accidente por necesidad inevitable” (Corte del Rey en *Paradine con Jane*, 1647). Se asume que las partes contratantes deben prevenir los riesgos que pueden enfrentar, en el mismo instrumento.

En 1863, el mismo tribunal distingue entre un contrato cuyo cumplimiento se ha hecho “inesperadamente oneroso o incluso imposible” (*Taylor con Caldwell*), declarando la existencia de una condición implícita en los contratos que “la imposibilidad de ejecución que resulte de que perezca la persona o la cosa, exime de su ejecución”.

Esta Teoría de la Condición Implícita se extendió más tarde a la imposibilidad legal de ejecución, por actos de expropiación, nulidad de contratos con enemigos del Estado, entre otros.

Su evolución llevó a tener por frustrado el contrato considerando la intención de las partes al contratar. “Si debido a un *Act of God*⁶⁴, el cumplimiento del contrato tendrá que llevarse a cabo bajo circunstancias totalmente diferentes a las que previeron las partes, se frustra el acuerdo”⁶⁵. La expresión que usó Lord Radcliffe en *Davis Contractors Ltd. Con Fareham* (1956), fue “no era esto lo que prometí hacer”.

Llegamos así a la Teoría de la Frustración concluye que, como su nombre lo dice, opera cuando la obligación contractual deviene en una fundamentalmente diferente y, aunque no sea imposible de cumplir, pierda su razón de ser, o desaparezca el propósito por el cual se acordó, a causa de un hecho imprevisible e inimputable a las partes. En este caso, el contrato se frustrará y resolverá, sin que el tribunal esté facultado para modificarlo con el objeto de adaptarlo a las nuevas circunstancias.

Es importante destacar que la aplicación de esta teoría es bastante restrictiva, y no contempla los casos de una mayor dificultad sobreviniente, o una simple variación de las circunstancias existentes al contratar. En cambio, como veremos, la legislación estadounidense es más liberal, permitiendo una mayor flexibilidad en la materia.

Por esto es importante, cuando se contrata al amparo del Derecho inglés, estipular expresamente un *hardship clause* (cláusula de dificultad), que precise las condiciones que motivarían la resolución e incluso la variación de las condiciones del contrato, sin dejar su determinación al criterio del juez. Es por ello que la Cámara de Comercio Internacional (ICC) ha creado una cláusula modelo (*ICC Hardship Clause 2003*), que equilibra la legítima expectativa de que efectivamente se cumpla el contrato, con el hecho que sus circunstancias varíen en tal medida que sea necesario modificarlo.

Normalmente, las cláusulas incorporan tres requisitos para que realmente estemos ante un *hardship*:

- Que las circunstancias que lo crean se originen por motivos que escapen a la voluntad de las partes.

⁶⁴ Se ha traducido como fuerza mayor, imprevisión y/o excesiva onerosidad.

⁶⁵ Puelinckx, A. H., *Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall Der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances. A Comparative Study In English, French, German And Japanese Law*, pág. 49.

- Que tenga un carácter fundamental o decisivo para el contrato.
- Que sea totalmente imprevisible y no se haya considerado por las partes al celebrar el contrato.

Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT entregan una definición descriptiva del *hardship* en su artículo 6.2.2, que lo traduce como “excesiva onerosidad”. Según éste, se produce “cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

Dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

Los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

Los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

El riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.”

Exige, entonces, una alteración fundamental en el equilibrio de las prestaciones, que cumpla con las condiciones que establece. Si no, rige la regla general del artículo 6.2.1, la obligatoriedad del contrato a pesar de que su cumplimiento llegue a ser “más oneroso para una de las partes”, es decir, “aunque una parte sufra graves pérdidas en lugar de las ganancias que esperaba, o aún en el supuesto de que el cumplimiento del contrato ya no tenga sentido para dicha parte” (comentario del artículo). Sin embargo, este principio no es absoluto, como lo demuestra la norma relativa al *hardship*.

Siempre que cumpla con los requisitos indicados, podrá producirse por un aumento sustancial en el costo de la prestación, por una parte, o la reducción significativa o pérdida del valor de la prestación recibida por otra. Además, sólo es relevante para el caso de las obligaciones, o la parte de ellas, que no se han cumplido; por lo que adquiere mayor importancia en los contratos de larga duración.

Para precaver el caso de los contratos frustrados en que una de las partes ya ha incurrido en gastos o ha cumplido parte de sus obligaciones, se dictó en Inglaterra la Reforma Legal (Contratos Frustrados) en 1943, que permite a los jueces permitir la recuperación de lo que se haya desembolsado con anterioridad a la terminación del contrato por motivo de la imposibilidad de su ejecución, siempre que “lo considere justo, atendidas todas las circunstancias”. Mas las partes pueden excluir la aplicación de esta norma, y aún cuando rija, el tribunal es libre para aplicarla sólo en cuanto esté acorde a las cláusulas contractuales. Por eso volvemos a destacar la importancia del acuerdo expreso de las partes sobre las circunstancias que modificarán el instrumento original, y establecer el límite de variación permitida, antes de que se resuelva el contrato.

F. PRINCIPIO DE LA BUENA FE:

No existe hoy una norma positiva dentro del ordenamiento jurídico inglés que imponga el deber de las partes de contratar de buena fe, reconocido hasta el siglo XVIII en el su Derecho Mercantil. Esta posición deriva de la idea que los negocios se rigen por el “juego duro”, por lo que los tribunales tienden a plantear la idea de que las partes deben responder por sí mismos; corolario de la amplia libertad contractual con que cuentan para definir y acordar el contrato que decidan celebrar.

La regla de la equidad, entonces, sólo protege de las situaciones más extremas, de donde surgió la necesidad de contar con el *promissory estoppel*.

Sólo a partir de fines del siglo XIX aparecen doctrinas que establecieron el deber de buena fe en las negociaciones preliminares.

Se ha manifestado esta evolución en la jurisprudencia, pero evitando establecer el principio como regla general, ante el temor de que pueda atentar contra la certeza de los contratos; considerándolo más bien la aplicación de una condición contractual implícita.

Excepcionalmente, recibe una aplicación más firme en los contratos llamados de *ubirremai fidei*, esto es, aquéllos que exigen una total y completa buena fe, como es el caso de los contratos basados en la confianza, o de seguros, en que se exige a los asegurados una revelación total de sus circunstancias al asegurador, so pena de no recibir beneficio alguno.

G. LEY QUE RIGE EL CONTRATO:

Bajo el Derecho inglés los contratos se rigen por el *proper law of contract*, su “ley propia” o “ley adecuada”, regla flexible que se adapta a los términos del contrato, la situación de sus partes y demás circunstancias que lo rodean; salvo que las partes hayan determinado de antemano la ley que se le aplicará, distinguiéndose así de los dos criterios tradicionales de la *lex loci contractus* y la *lex loci solutionis*.

1. Lex Loci Contractus:

La ley del lugar donde se celebra el contrato fue la regla general en Inglaterra hasta 1865, y en todo Estados Unidos de Norteamérica, hasta 1954. Otorga la ventaja de la certeza, tan importante para las transacciones comerciales; pero también presenta varios inconvenientes:

a) Podría fijarse el lugar de celebración del contrato de manera fraudulenta, con el único fin de darle validez a un instrumento que de otro modo sería nulo.

b) El lugar de celebración puede ser algo fortuito, sin tener una verdadera conexión con las cláusulas del contractuales.

c) Cuando las partes negocian las tratativas preliminares desde países diferentes, mientras éstas no concluyan, será imposible determinar el lugar de celebración del contrato y por ende no se sabría qué ley aplicar a las mismas tratativas.

d) Puede resultar imposible definir el lugar de celebración del contrato. Por ejemplo, si se envía una carta con una oferta desde un país (A), luego una carta aceptación desde otra (B), pero antes que llegue al oferente (en A), éste manda una carta de retractación. Si para la legislación del país del oferente (A), la sola expedición de una manifestación de voluntad la hace vinculante y para la legislación del país del aceptante (B), la vinculación nace con la recepción; para el oferente no habría contrato, pero para el aceptante sí, y regido por la legislación de su país.

2. Lex Loci Solutionis:

La ley del lugar donde se cumple el contrato, implica una conexión sustancial y no fortuita donde se cumple el contrato entre éste y el Derecho aplicable, pero su aplicación práctica puede ser muy difícil, debido a la falta de respuesta ante:

a) Contratos bilaterales según los cuales cada parte tiene que cumplir su obligación en un país diferente.

b) Obligaciones alternativas en cuanto al lugar en que deben cumplirse, como un *debenture* (bono) que sea pagadero en uno u otro país, a elección del acreedor.

3. Doctrina del Proper Law of Contract:

Esta doctrina de la ley propia del contrato, o ley más adecuada, se formula de manera concreta en el siglo XIX, junto a las doctrinas de la libertad contractual de Bentham, aunque se aplicaba este criterio mucho antes. En efecto, “el Derecho inglés siempre ha suscrito la noción de que, tal como las partes son libres para estipular las cláusulas de su contrato, son igualmente libres para establecer el Derecho que regirá a las obligaciones que emanan de él.”⁶⁶

En 1938 se aplicó expresamente esta posición al resolver el caso de Mount Albert Borough Council con Australian Temperance Society y General Mutual Life Assurance Society. En éste, Lord Wright señaló que, al determinar las obligaciones contractuales, los tribunales ingleses deben aplicar la ley propia del contrato, pues el Derecho inglés “ha rehusado considerar como concluyente cualquier criterio rígido o arbitrario como el *lex loci contractus* o *lex loci solutionis*, tratando la materia atendiendo a la intención de las partes, que se deberá determinar en cada caso de acuerdo a los términos del contrato, la situación de las partes, y los demás elementos en conjunto.”⁶⁷

Esta determinación puede ser subjetiva u objetiva. Desde un punto de vista subjetivo, siguiendo la Teoría de la Intención del jurista Albert Dicey, se busca la voluntad de las partes, “el derecho que las partes pretendieron aplicar”, como lo expresó el mismo Lord Wright en una sentencia posterior (en el juicio entre Vita Food Products Inc. y Unus

⁶⁶ Diwan, Paras y Peeyushi, *Private International Law. Indian and English*, Ed. Deep and Deep Publications, Nueva Delhi, India, 1998, pág. 506.

⁶⁷ Citado por Diwan, Paras y Peeyushi, ob. cit., pág. 506.

Shipping Co. de 1939).

Sin embargo, esto sólo operaría ante una determinación expresa o de las partes, cuya ausencia puede interpretarse como la falta de planteamiento por las partes de este aspecto, por lo que mal podría encontrarse una voluntad común al respecto, procediendo entonces una aplicación de la regla desde un punto de vista objetivo, siguiendo la Teoría de la Conexión Real o Sustancial.

Se aplicará entonces “el sistema legal en referencia al cual se celebró el contrato, o con el cual la transacción tenga su más cercana y real conexión”, según lo formuló Lord Simonds en el Consejo de Estado, en juicio de Bonython con el Commonwealth de Australia de 1951; convirtiéndose en la posición casi invariable de los jueces ingleses a partir de 1961, cuando fue acogido por la Cámara de los Lores.

a) Razonamiento para determinar la ley propia del contrato o su ley más adecuada:

1º Elección expresa:

Si hay una elección expresa de las partes en cuanto al derecho aplicable al contrato, se evita el problema de buscarlo. Lo mismo cuando no se alega la aplicación de derecho extranjero ante tribunales ingleses.

Vemos un claro ejemplo en el juicio de 1967 entre Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. y N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale, en torno a un contrato celebrado entre suizos y daneses para transportar carbón desde Estados Unidos a Bélgica, a Holanda y a Alemania. Se resolvió de acuerdo a las leyes inglesas, a pesar de no tener conexión alguna con ellas, salvo la cláusula compromisoria que fijaba Londres como lugar de arbitraje. Puesto que ninguna de las partes solicitó la aplicación de otra legislación ante la sede arbitral, se sometió al Derecho que la rige.

La pregunta que surge es si las partes son absolutamente libres para elegir cualquier ley (que no contraría la ley del foro) aunque no tenga conexión alguna con el contrato. Se les otorga libertad, claro, pero eso no significa que puedan someterse a una legislación extranjera con el único objetivo de eludir las disposiciones del ordenamiento jurídico con el que efectivamente tienen relación, contrariando la buena fe con que deben actuar en todo momento. De ahí que la jurisprudencia tienda a obviar la elección expresa de ley, cuando ésta carece de toda conexión real o sustancial con el contrato, para evitar que se convierta en un medio de evasión de sus obligaciones o prohibiciones legales (caso Boissevain con Weil de 1950).

En principio, sería necesario permitirles a los contratantes someterse a la ley de cualquier lugar con el que tengan vínculos financieros, comerciales, u otros, aún cuando no necesariamente sean relevantes para el tribunal. Por ejemplo, una misma compraventa internacional puede abarcar varios contratos que se desarrollarán bajo diversas jurisdicciones, a partir del embarque de la mercadería hasta su recepción por el comprador final. Un caso con estas características se planteó en 1971 entre Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. y Compagnie d'Armement Maritime S.A., resolviéndose

que la conveniencia de que estos acuerdos se sometan a una ley propia, y no dependan de factores como la ley del lugar de embarco o desembarco de los bienes, la residencia o nacionalidad de las partes, o el lugar donde se concluya el contrato.

Destacamos, eso sí, que esta libertad contractual opera bien en los contratos internacionales, cuyas partes están en situaciones similares. Pero si presentan una pronunciada disparidad será necesario proteger al más débil, previniendo la elección cuando están en juego normas laborales o de protección al consumidor. La ley inglesa de Suministro de Bienes (Cláusulas Implícitas) de 1973 prohíbe a las partes estipular una ley distinta cuando es aplicable la inglesa, a fin de precaver

No estaremos ante una elección de ley propia cuando las partes incorporan legislación extranjera al contrato, señalando, por ejemplo, que las responsabilidades civiles se determinarán según las reglas del Código Civil francés. En este caso, las disposiciones mencionadas simplemente se entienden incorporadas como cláusulas contractuales, no como normas legales.

La diferencia práctica reside en el hecho que, si la legislación francesa se considerara la ley propia del contrato, se aplicaría tal como rige al tiempo de la ejecución del contrato, con las modificaciones que haya sufrido hasta entonces. En cambio, si se entiende incorporada al contrato, permanece invariable desde el momento de su celebración, aún cuando las mismas normas ya hayan sido modificadas o derogadas dentro de su propio ordenamiento jurídico. Esto es, constituye uno más de los acuerdos de los contratantes, limitado a aquellas normas a que hace referencia, tal cual eran en ese momento, sin que adquiera un carácter de generalidad que se expanda al ordenamiento jurídico del cual provienen.

2º Elección implícita:

Cuando las partes no expresen su voluntad de someterse a determinada ley, ésta debe deducirse de sus cláusulas, condiciones y naturaleza, con el fin de hallar la verdadera intención de las partes.

Como regla general, se entiende que si otorgan jurisdicción a los tribunales de otro país, se someten a su ordenamiento interno.

En cuanto a las cláusulas compromisorias, hay fallos divergentes. Existe jurisprudencia que declara aplicable el derecho del país donde deba llevarse a cabo el arbitraje, aún cuando ésta sea su única relación. Para otros fallos, la cláusula compromisoria debe considerarse sólo como uno de los factores entre otras circunstancias relevantes del instrumento; llevándose a cabo el proceso donde decidieron las partes, y quedando por determinar el derecho que aplicarán los árbitros.

Otra forma de dilucidar la ley propia del contrato es que, ante dos opciones, rija aquélla bajo la cual el instrumento será válido, en oposición a otra que lo declararía nulo, bajo el supuesto de que los contratos se celebran para que operen válidamente. Sin embargo, los tribunales ingleses han aplicado este argumento con cautela, especialmente si estiman que esa legislación puede carecer de todo vínculo aparente con el instrumento, o cuando los contratantes están en una desigualdad evidente.

Este camino choca con la visión más objetiva, de donde surge la tercera fase del razonamiento del juez para determinar la normativa aplicable.

3º La conexión más cercana y real:

De acuerdo con la Teoría de la Conexión Real y Substancial, cuando no exista una intención expresa, el juez deberá aplicar la legislación que tenga mayor relación con los distintos elementos del contrato, buscando la que un hombre razonable habría elegido al contratar, pudiendo tomar en consideración las eventualidades ocurridas después de su celebración.

Principalmente toma en cuenta el lugar de celebración o ejecución del contrato, de residencia o establecimiento comercial de las partes, o la naturaleza y materia del contrato.

Cuando los tribunales seguían una posición subjetiva para determinar el el *proper law of contract*, solían emplearse presunciones como la *lex loci contractus* (ley del lugar de celebración), la *lex loci solutionis* (ley del lugar de ejecución), la *lex situs* (ley de ubicación del bien) si el contrato recaía sobre un inmueble, o la ley correspondiente a la bandera del barco en los contratos de transporte marítimo. Hoy en día, la posición objetiva imperante las ha abandonado en pos de un análisis que tome en cuenta todos los elementos en juego, a pesar de que se consideren de todas maneras como uno de éstos.

En la práctica surge el problema de que las circunstancias objetivas pueden apuntar a más de un país, vinculando al contrato a varios ordenamientos jurídicos, igualmente aplicables. Ergo, nuevamente vuelve a la interpretación y valoración subjetiva que le dé cada juez a los elementos del contrato.

b) Ventajas y Desventajas de esta Doctrina:

Es una de las mayores contribuciones de los juristas ingleses al estudio del conflicto de leyes, ya que se puede aplicar a todo tipo de contratos y materias (salvo excepciones), además de someter las obligaciones de todos los contratantes al mismo ordenamiento jurídico.

Como desventaja, cuando las partes no hayan elegido expresamente la ley del contrato, pueden llegar a un juicio sólo para definirlo; pudiendo llegar distintos jueces a posiciones absolutamente contrapuestas en un mismo caso, incluso evaluando el contrato objetivamente. Es por esto que, con la mira en la certeza jurídica, los jueces han permitido a las partes una gran libertad para escoger su ley propia con el fin de promoverlos a hacerlo, y expresamente. A la vez, esto ha generado la necesidad de proteger a consumidores y trabajadores de los abusos a que se encuentran expuestos con esta modalidad.

4. Normas Escritas y Codificadas:

Por regla general, no se aplican a los contratos ingleses las leyes escritas o en códigos,

sean nacionales o no, excepto las normas procesales o aquellas que formen parte de la ley propia del contrato.

Sin perjuicio de ello, hay ciertas leyes que deben aplicarse, leyes “que toman precedencia” (“overriding statutes”). Dentro de esta categoría cabe la Ley de Protección al Empleo, de 1978, cuya finalidad es evitar que las partes evadan las normas laborales, acordando regirse por una ley propia distinta, como garantía de proteger los beneficios otorgados a los trabajadores.

También existen las leyes o códigos que por sí establecen que, de no mediar acuerdo expreso de las partes, no se aplican aún cuando la ley propia del contrato en cuestión sea la ley inglesa. De esta manera buscan evitar poner trabas que desalienten a las partes a fijar como lugar de arbitraje Inglaterra, y específicamente Londres; y su legislación inglesa como ley propia del contrato. Ejemplo de esto es la Ley de Términos Injustos de los Contratos, de 1977.

H. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA FORMACIÓN DEL CONTRATO:

En este proceso se presentan diversas figuras, las cuales se entienden reguladas por el ordenamiento jurídico inglés como se detalla a continuación.

Consideration:

Deberán contar con él aquellos contratos cuya ley propia sea la inglesa, y no sean solemnes o estén celebrados “bajo sello”.

Oferta y Aceptación:

Las distintas legislaciones contienen criterios diferentes en cuanto al momento en que producen efecto la oferta y la aceptación, por lo que resulta imprescindible determinar cuál de las alternativas regirá esta materia, entre la ley del lugar de contratación, la ley propia del contrato o la ley propia putativa, aquella que habría sido la ley propia de haberse concluido su celebración (cuando no se materializa).

Esta última alternativa, presenta la ventaja de mantener la cuestión bajo el mismo régimen legal al que se somete la validez esencial del contrato; aunque se ha sugerido que la solución más justa para las cuestiones que surjan en torno a la formación del contrato, será aquella que tome en cuenta cual de las partes entabla la acción que da inicio al juicio respectivo, considerando así la posición de demandante y demandado en esta decisión.

Validez Formal:

Se considera suficiente cumplir con las formalidades establecidas por la ley del lugar de celebración, siguiendo el Principio de *lex locus regit actum*. Ahora bien, siendo este factor muchas veces incierto o fortuito, ¿es obligatorio o es facultativo someterse a su legislación? Para los juristas ingleses, la respuesta es que para ser formalmente válido, debe celebrarse el contrato siguiendo lo dispuesto por su ley propia, sin perjuicio de las leyes que además se le apliquen obligatoriamente, como el Estatuto de Fraudes de 1677 y la Ley de Propiedad de 1925, entre otras.

Validez Sustancial:

La opinión mayoritaria en este campo es que sólo depende de la ley propia del contrato.

Ilegalidad:

Al determinar que un contrato o una de sus cláusulas es ilegal, debemos tener presente que:

a) Si lo es en virtud de su ley propia, no tendrá aplicación en Inglaterra, ya que la jurisprudencia ha razonado que, dado que las partes son libres para elegir su ley propia, se les aplicará aún cuando les perjudique.

b) Si es ilegal en virtud de una ley o del orden público inglés, tampoco podrá aplicarse en Inglaterra, aún cuando sea válido según su ley propia.

c) No debería ser determinante para Inglaterra la ilegalidad en virtud de la *lex loci contractus*, en vista de las necesidades del comercio internacional, y que el lugar de celebración puede ser incierto o fortuito.

En general, para los jueces ingleses no es válido un contrato cuya ejecución sea ilegal según la *lex loci solutionis*, aún cuando sea legal según su ley propia. Sin embargo, para varios autores sólo rige esta regla cuando la ley propia es la inglesa, pero no cuando sea extranjera y el contrato deba ejecutarse en un tercer país.

I. FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO:

El contrato se entiende celebrado una vez enviada la aceptación al oferente, aún cuando éste no la haya recibido, siguiendo la Teoría de la Expedición. Se opone así a otras legislaciones para las cuales el contrato sólo estará concluído cuando el oferente reciba la aceptación.

Precisando, la aceptación debe ser incondicional para que se forme el consentimiento, por lo que no es suficiente el silencio.

Si la aceptación incluye nuevas estipulaciones, constituye una contra-oferta, cuya aceptación queda en manos del primer oferente.

Una opinión diferente y excepcionalmente se vio en el caso de Gibson con Manchester City Council (en 1972). Aquí, Lord Denning de la Corte de Apelaciones señaló que es erróneo pensar que todos los contratos debían analizarse bajo estas premisas preestablecidas, sino que se tenía que “revisar tanto la correspondencia como un todo, así como el comportamiento de las partes, para ver si las partes han llegado a acuerdo sobre todo lo que es esencial.”⁶⁸

En relación a estos elementos esenciales, citamos al Juez John Hicks, quien extrajo seis propuestas de la sentencia de la Corte de Apelaciones inglesa, en el juicio de Pagnan S.p.S. con Feed Products Ltd., de 1987, para resolver el caso de Hescorp Italia S.p.A. con Morrison e Impreglio, en 2000:

- Se debe analizar toda la correspondencia que se dio entre las partes, en su conjunto, para poder determinar si dentro de ella se perfeccionó un contrato.
- Incluso logrado un acuerdo, puede no existir la intención de que sea vinculante mientras no se cumpla cierta condición.
- Asimismo, se puede acordar que el contrato sólo será vinculante después que se alcance un consenso sobre alguna cláusula.
- Al contrario, las partes pueden quedar vinculadas desde ya, aún restando estipulaciones por acordar o formalidades que cumplir.
- En relación a estas materias, si las partes no llegan a acuerdo no se invalida el contrato, salvo que así sea inviable.
- Por último, no estaremos ante un contrato cuando no exista consenso sobre alguna de las materias que para las mismas partes sea esencial.

Junto a los elementos anteriores, es imprescindible la intención de las partes de crear esta relación jurídicamente vinculante, lo cual exige un acuerdo sobre los aspectos y certeza suficiente que exige la ley para estimarlo completo. Además, esta intención debe manifestarse en forma objetiva, pues las partes no pueden presentar pruebas al respecto (explicitado en este sentido por Lord Wilberforce en el juicio de Reardon Smith Lane Ltd. con Hansen-Tanger en 1976).

Por último, para poder demandar la ejecución de un contrato, además de las condiciones mencionadas, será necesario demostrar la existencia del *consideration* del contrato, salvo que éste se haya celebrado como escritura; distinguiendo con ello los contratos obligatorios de las promesas informales, sin fundamento.

Durante el proceso de la formación del consentimiento, podemos encontrarnos ante las siguientes situaciones:

⁶⁸ Atkinson, Daniel, *Formation of Contract*, Abril 2000, citado de la página web www.atkinson-law.com, consultada el 20 de octubre 2003.

1. Invitación a negociar:

Sólo forma parte de las tratativas preliminares, distinguiéndose de la oferta que sí es aceptada debe cumplirse en los mismos términos en que se planteó. Para diferenciar si es una expresión de voluntad constituye una invitación o una oferta, debemos examinar la intención del emisor, siempre que aparezca razonable de acuerdo a las circunstancias (sentido en el cual se falló el caso de Hannah Blumenthal en 1983); sin perjuicio de los nombres que pueda recibir, como cotización o estimación, según sea el caso.

2. Contra Oferta:

Para la mayor parte de la jurisprudencia que, si la aceptación agrega otras condiciones a las ofrecidas, el consentimiento se formará tanto sobre la base de la oferta como de la contra oferta.

Esta contra oferta puede dar inicio a una “Batalla de Formularios” entre las partes, es decir, una discusión en torno a si son parte del contrato las estipulaciones propuestas por el primer oferente o por el aceptante en la contraoferta; ya que ambas pueden seguir proponiendo cláusulas, provocando una “batalla” en torno a definir sobre cuales hubo consenso y sobre cuales no.

La tendencia actual se inclina por la Teoría del “Último Disparo”, esto es, favorece al contratante que haya enviado la última respuesta (o “disparó último”), como se dio en el caso de Buttler Machine Tool Co. con Ex Cell-O Corporation, el año 1979. Esta solución, con todo, dependerá de la validez que reciba por el derecho que se aplique para resolver el asunto, por lo que se afirma que el único medio absolutamente seguro para evitar dudas sobre las condiciones que se aplican al contrato, es no concluirlo mientras la otra parte no haya aceptado todas las condiciones que haya propuesto. Sin embargo, la celeridad que exige esta actividad hace difícil llevarlo a la práctica.

3. Aceptación Implícita:

Salvo que se haya estipulado que no habrá contrato hasta que esté incluido en un instrumento escrito, se ha considerado que su ausencia no obsta a la existencia de un contrato vinculante, cuando así se desprenda de la conducta de las partes (en este sentido, se cita el caso de Percy Trentham con Archital Luxfer de 1992).

J. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS:

La Ley de Compraventa de Mercaderías de 1979 regula este acto de manera específica, definiéndolo y estableciendo, principalmente, sus requisitos de formación, capacidad,

objeto, precio, condiciones y garantías, sus formalidades, efectos y ejecución, la transferencia del riesgo, los derechos y obligaciones de las partes, su incumplimiento y las consecuencias que de él derivan.

1. Concepto:

Como ya lo enunciamos en el Capítulo I, la ley inglesa define el contrato de compraventa en el artículo 2 de la mencionada ley, como “un contrato por el cual el vendedor transfiere, o acuerda transferir, la propiedad de los bienes al comprador, por un *consideration* en dinero, llamado precio”.

Enseguida, distingue entre contrato de compraventa y acuerdo para vender. En el primero, se transfiere la propiedad del bien, mientras que si este efecto pende de un plazo o una condición que deba cumplirse después de la celebración del contrato, estaremos ante un acuerdo para vender, que se convertirá en una compraventa una vez que se cumpla el plazo o condición, y se realice la transferencia del bien.

En consecuencia, cuando el vendedor no es dueño de la cosa, ni vende por él ni con su consentimiento, “el comprador no adquiere un mejor derecho que el que tenía el vendedor, salvo que el dueño de los bienes, por su comportamiento, esté impedido de negar el permiso del vendedor para venderlos.” (Artículo 21 (1) de la Ley de Compraventa de Mercaderías.)

En suma, la adquisición de propiedad de parte del comprador es un elemento determinante para calificar el acto de compraventa, pero no es una consecuencia necesaria del acto en sí. Si se da, el acto pasa a constituir un contrato de compraventa. Su definición entonces coincide con aquélla del Derecho francés, pero se distingue de ella en que la transferencia de propiedad para el Código Civil Francés es una consecuencia necesaria del acto, sin diferenciarse del “acuerdo para vender”.

2. Formalidades:

Queda claro que no es un elemento determinante de acuerdo con el artículo 4º, el cual señala que, sea que se celebre al alero de ésta u otra ley, “puede realizarse por escrito (con o sin sello), o de palabra, o parcialmente por escrito y oralmente, o puede estar implícito en la conducta de las partes.”

En todo caso, aclara que se excluyen de esta regla los contratos celebrados por corporaciones, cuyos actos se rigen por leyes especiales.

3. Efectos:

Celebrada la compraventa, el vendedor debe entregar los bienes y el comprador aceptarlos y pagar por ellos, según los términos del contrato. Así lo dispone el artículo 27 de la ley, que inicia la Parte IV, “Ejecución del Contrato”.

La Parte III trata los “Efectos del Contrato” en torno al traspaso de propiedad que se

produce entre el vendedor y el comprador. Para que se dé este cambio de propietario, tienen que estar determinados los bienes sobre los cuales verse el acto. Además, sólo se producirá este efecto en el momento acordado por las partes, para lo cual hay que recurrir a las cláusulas contractuales, al comportamiento de las partes y las circunstancias del caso.

Los bienes pasarán a ser propiedad del comprador en el momento mismo de celebrarse el contrato, siempre y cuando no aparezca una intención diferente de las partes (artículo 18), cuando no esté sujeto a condiciones, recaiga sobre bienes determinados y susceptibles de entregarse, y las fechas de pago o entrega sean posteriores a la contratación,

Si el vendedor asume la obligación de realizar algún acto para que puedan entregarse los bienes, no habrá transferencia de dominio hasta que lo cumpla y el comprador tenga noticia de ello. Lo misma regla rige cuando, para determinar el precio, la mercadería deba ser pesada, medida o probada.

Cuando se entregan los bienes al comprador con el fin de que los aprueba, los venda o se pacten otros términos similares, adquirirá su propiedad cuando “signifique su aprobación o aceptación”, o lleve a cabo otro acto a raíz de la transacción. También se producirá este efecto si el comprador no da cuenta de su decisión, pero retiene los bienes sin dar noticia de su rechazo en el tiempo fijado para ello, o dentro de un plazo razonable.

La venta por descripción de bienes indeterminados o futuros, cuando se ajusten a las características descritas y estén “en estado de entrega”, pasan a ser parte del contrato incondicionalmente, y su propiedad se transfiere al comprador. Lo mismo cuando la entrega se a un transportista, depositario o “custodio”, nombrado o no por el comprador, con el fin de que llegue a éste, sin que el vendedor se reserve el derecho de disponer de estos bienes.

Otro elemento importante ya expuesto, es que en la venta de cosa ajena (cuando tampoco se haga por el dueño o con su consentimiento) el comprador no adquiere un mejor derecho sobre el bien que aquél que tenía el vendedor, salvo que el comportamiento del dueño le impida negar la facultad del vendedor de vender la cosa y transferir con ello su dominio.

Las ventas sujetas a leyes especiales pueden permitir que el dueño aparente de ciertos bienes, disponga de ellos como si fuera el verdadero propietario.

4. Riesgos de la Cosa Vendida:

Son de cargo del comprador una vez que se le ha traspasado la propiedad del bien, aún cuando no se haya hecho entrega material de éste. En este aspecto, vemos que se diferencia de nuestra legislación, en que el modo de adquirir de los bienes muebles, por regla general, implica la entrega, y sólo entonces el riesgo deja de ser del vendedor.

El artículo 20 de la Ley de Compraventa de Mercaderías, en su numeral segundo, detalla que cuando la entrega se ha atrasado por culpa de una de las partes, será de su cargo toda pérdida que no hubiese ocurrido de no ser por este factor; con excepción de

las obligaciones o responsabilidades asumidas “como depositario o “custodio” (*custodier*) de los bienes de la otra parte.”

CAPÍTULO V. LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO UNIFORME DE COMERCIO DE EEUU

A.- INTRODUCCIÓN:

El Código Uniforme de Comercio (UCC) es el resultado del esfuerzo por armonizar la legislación comercial de los cincuenta estados de Estados Unidos de Norteamérica, iniciado en 1942 por el Instituto de Derecho Americano (*American Law Institute*) y la Conferencia Nacional de Comisionados para Leyes Uniformes de Estados (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*), ambos organismos no gubernamentales.

En el proceso, intervinieron abogados, jueces, profesores, asesores y miembros de distintos comités de juristas, de todos los estados del país.

En 1953 se promulgó la primera versión del código en Pennsylvania, y hoy es ley en cuarenta y nueve de los cincuenta estados del país (con pequeñas variaciones). El estado de Louisiana ha adoptado la mayor parte de sus disposiciones, pero es difícil compatibilizarlas con su legislación comercial, basada en el Derecho Civil y el Código de

Napoleón, más que en el Common Law, a diferencia de todos los demás estados.

Mientras el Segundo Restatement de los Contratos se les aplica cuando dicen relación con servicios y compraventas de inmuebles, el UCC rige los contratos de compraventa de bienes muebles, en un intento por abarcar de manera conjunta todas las fases de la transacción comercial. Asimismo, busca uniformar la normativa de las transacciones relativas a cheques, acciones, títulos mobiliarios y otros documentos comerciales.

Destaca en él la intención de otorgar libertad de acción a las partes estableciendo normas para suplir su voluntad, y la tendencia a los comerciantes de los consumidores.

El UCC está conformado por un Comentario General a modo de introducción, para proseguir con once artículos que abarcan materias relativas a la venta y compraventa, el arrendamiento, los instrumentos negociables, los depósitos bancarios y cobranzas, la transferencia de fondos, las letras de crédito, la venta de inventario, el certificado de depósito en bodega, conocimientos de embarque y otros documentos, los títulos mobiliarios para operaciones de inversión, valores de inversión y transacciones aseguradas.

Cada artículo está dividido en partes que comprenden varias secciones (con una estructura similar a los artículos de nuestras leyes), y cada sección cuenta con un Comentario Oficial que la explica, da cuenta de sus modificaciones y las razones detrás de éstas.

B. DEFINICIONES:

El artículo 1-201 “Definiciones Generales” entrega la interpretación que debe darse a ciertos conceptos usados en este cuerpo legal, en atención a su contexto y “sujetos a definiciones adicionales contenidas en los artículos siguientes de esta Ley, que sean aplicables a Partes y Artículos específicos”.

Así, el contrato es “la obligación legal total, que resulta del acuerdo de las partes bajo esta ley y cualquier otra regla legal aplicable” (artículo 1-201 (11)). A diferencia del Derecho inglés, identifica al contrato con la obligación, pero condicionada a que emane del acuerdo. Cambia el orden de la definición inglesa (“un acuerdo entre dos o más personas, que crea una obligación de hacer o no hacer un acto determinado”), y al hacerlo modifica su sentido, pues el contrato deja de ser el acuerdo que cumple con ciertas condiciones, y pasa a ser la obligación.

En todo caso, el acuerdo (*agreement*) mantiene su importancia, definida como “la negociación entre las partes tal como se desprende de su lenguaje o por implicancia de otras circunstancias, incluyendo las tratativas, usos comerciales o ejecución del mismo. El que el acuerdo tenga consecuencias legales será determinado por las disposiciones de esta ley, si son aplicables, y si no, por la Ley de los Contratos” (Artículo 1-201 (3)).

El artículo 2 abarca el tema de la compraventa, otorgando definiciones, normando su forma, formación, modificaciones, las obligaciones contractuales, la buena fe y el

incumplimiento, entre otros.

De acuerdo al artículo 2-106 (1), los términos “contrato” y “acuerdo” están limitados a la venta presente o futura de bienes, salvo que del contexto se desprenda una definición más amplia. La “venta” comprende el traspaso de un derecho del vendedor al comprador, por un precio. La “venta presente” es la “compraventa que se cumple con la celebración del contrato.”

La compraventa, tal como se encuentra regulada por este cuerpo legal, recae sobre bienes muebles, exceptuando el dinero con que se pagará el precio, los valores de inversiones y las cosas semovientes.

Dentro los “bienes” se incluye a los animales no nacidos, los cultivos y otras cosas que se encuentren fijas a un inmueble, siempre que puedan ser separadas del éste (artículo 2-105 (1)). De ahí que el artículo 2-107 (2) permita su venta, aún si siguen adjuntas al tiempo de contratar, pero que deban separarse en virtud del contrato, sea por el comprador o por el vendedor. En todo caso, de acuerdo al Comentario Oficial de la disposición, el bien debe ser claramente identificable como mueble antes de la celebración del contrato.

La exclusión del dinero de la definición de bienes muebles, no se extiende a la moneda extranjera o a la venta de dinero cuando ésta sea la mercadería sobre la cual recae la compraventa, y no como medio de pago.

C. REQUISITOS DE FORMA:

Encontramos su regulación en la Parte 2 del artículo 2, “Forma, Formación y Reajuste del Contrato”.

En primer lugar, establece como requisito para poder hacer valer en juicio un contrato de compraventa de mercaderías cuyo valor equivalga a quinientos dólares o más, la necesidad de que exista constancia escrita de su celebración, y que esté firmada por la parte contra quien se hace valer, por su agente o representante.

De acuerdo al Comentario Oficial, con esto se refiere solamente a que lo escrito “ofrezca una base para creer que la prueba verbal se basa en una transacción verdadera”⁶⁹. De hecho, lo único que debe indicar es la cantidad de dinero o bienes en que se haya acordado el precio en el contrato, incluso si no es exacta pero se podrá exigir hasta el monto expresado; y se puede omitir toda otra cláusula.

En suma, los requisitos mínimos de esta “nota” son:

- Debe constituir una prueba escrita de la compraventa de mercaderías, aunque esté “escrita con lápiz grafito en una libreta de borrador”⁷⁰.

⁶⁹ *Uniform Commercial Code. 2002 Edition. Official Text and Comments*, American Law Institute y National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Estados Unidos, Ed. West Group, 2002, pág. 63.

- - Requiere estar “firmada”, esto es, tener cualquier autenticación que identifique a la parte contra quien se hace valer (artículo 1-201 (39)), la cual puede ser simplemente las iniciales de quien lo suscribió. En última instancia, queda en manos del tribunal decidir si la parte contra quien se quiere hacer valer el contrato, le puso un símbolo como firma, con la intención de autenticar lo escrito.
- - El valor o precio tiene que estar especificado. En todo caso, según el Comentario Oficial del artículo, puede aceptarse la falta de precio en un contrato de compraventa cuando las partes se han referido a éste como el precio de mercado, o cuando consta en una lista publicada de precios y se haya contratado en atención a ésta.

Para los comerciantes, el Código establece que basta que la parte a quien se le exige el cumplimiento del contrato haya recibido una confirmación escrita de éste en un plazo razonable, salvo que entregara una objeción escrita de su contenido, dentro del plazo de diez días desde su recepción.

Puede convenirse cuál será un tiempo razonable, “siempre que no sea irrazonable” (artículo 1-204 (1)); lo que dependerá de la naturaleza, el objeto y las circunstancias del acto, decisión que toma el juez en definitiva.

Esta falta de formalidades necesarias para celebrar el contrato de compraventa, se ve acentuada con lo dispuesto por el artículo 2-201 (3). Éste permite que un contrato que no cumpla con los requisitos establecidos para poder hacerse valer en juicio, de todos modos pueda ser válido y obligatorio, cuando estemos ante las siguientes circunstancias:

- - El vendedor ha iniciado sustancialmente la fabricación de los bienes objeto de la compraventa, o ha asumido obligaciones para producirlos especialmente; y no son adecuados para la venta según su actividad comercial.
- - Si la parte demandada por el incumplimiento reconoce judicialmente la celebración del contrato de compraventa, se le puede exigir hasta el monto que reconoce.
- - Cuando se haya efectuado y aceptado el pago o la entrega de los bienes.

Así llegamos a la regla general para la formación de este contrato del artículo 2-204, esto es, que “puede realizarse de cualquier modo suficiente para mostrar acuerdo, incluyendo la conducta de ambas partes que reconozca la existencia de tal contrato.” Sólo podrán variar sus efectos legales según la forma en que se celebró, en caso de producirse un conflicto contractual.

D. FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO:

Para el artículo 2-206 “Oferta y Aceptación en la Formación del Contrato”, se entenderá que una oferta para contratar está abierta a una aceptación que se formule de cualquier modo, por un medio razonable y considerando las circunstancias; excepto en aquellos

⁷⁰ *Uniform Commercial Code. 2002 Edition. Official Text and Comments*, ob. cit., pág. 63.

casos en que se establezca expresamente lo contrario.

El hecho que el destinatario de la oferta inicie la realización de lo propuesto de un modo que pueda entenderse inequívocamente como aceptación, obliga al oferente a quien se le notifique de ello dentro de un lapso de tiempo razonable (artículo 2-206 (2)). De esta manera se busca proteger a ambas partes, dejando a salvo a quien recibe una oferta, una vez que empieza a ejecutar actos o hechos en atención a ella, convirtiendo a la oferta en irrevocable. En efecto, “cualquier medio razonable de aceptación será considerado válido, salvo que el oferente haya dejado que en claro que no será aceptable”⁷¹. Al no enumerar taxativamente los medios con que puede expresar su voluntad, permite que la norma se adecue a los avances que puedan presentarse en el campo de la comunicación.

La aceptación puede no ser pura y simple, conteniendo cláusulas adicionales o diferentes a las propuestas, las que se interpretan como una proposición dirigida al primer oferente. Para que no integren el acuerdo, el destinatario de la oferta deberá condicionar su aceptación al asentimiento a estas nuevas condiciones.

Entre comerciantes, por otro lado, las cláusulas agregadas por el aceptante pasan a formar parte del contrato, salvo en los casos en que la oferta esté limitada expresamente a la aceptación a sus términos, o las nuevas condiciones modifiquen sustancialmente el contrato (es decir, sean inesperadas o perjudiquen a la otra parte si se incorporan sin su conocimiento), o se notifique la objeción a éstas en un tiempo razonable a contar de la recepción de la aceptación (artículo 2-207).

E. CONSIDERATION:

Lo define el artículo 3-303 (b) del Código Uniforme de Comercio, como “cualquier *consideration* suficiente para apoyar un contrato simple”, esto es, dar o hacer algo, o abstenerse de ello.

En caso que falte, el contrato se entenderá celebrado sobre la base de un *consideration*, cuando la obligación acordada tenga como fuente un “título o valor” (artículo 3-303 (a)), por ejemplo, una promesa de realizar algo, en la medida en que ésta se ha cumplido; un instrumento negociable o una obligación irrevocable contraída por un tercero.

La diferencia entre valor y *consideration* es mínima, pero será determinante cuando se cuestione la validez del contrato, cuyo cumplimiento no podrá exigirse por vía judicial si no cuenta con un *consideration* ni se pueda deducir que se celebró en razón de un “valor”.

En el Common Law, por excepción, los contratos bajo sello no requieren este elemento; pero el artículo 2-203 ha “abolido expresa y totalmente el efecto del sello”⁷² para los contratos de compraventa. En la misma línea, dispone que fijar un sello en un

⁷¹ *Uniform Commercial Code. 2002 Edition. Official Text and Comments*, ob. cit., pág. 68.

escrito que “evidencia un contrato de compraventa o una oferta de venta o compra de bienes”, no lo convierte en un instrumento sellado, ni se le aplicarán sus normas.

Sin perjuicio de lo anterior, si es la voluntad de los contratantes, el sello servirá para autenticar documentos y constituir ofertas firmes o irrevocables, por el término que ellas mismas determinen. Además, las leyes estatales pueden disponer que hacerlo equivalente a la firma, cuando le otorgan el carácter de prueba de autenticidad del instrumento, de su origen, o de la existencia prima facie de un *consideration*.

Actualmente se observa en EEUU una tendencia a dejar el requisito del *consideration*, “resultado de decisiones y leyes que dan valor a tipos de promesas cuya legitimidad ha estado en duda bajo la Doctrina del *Consideration*: contratos de opción, oferta a firme, transacciones de deudores, modificación de contratos y el dominio completo del *promissory estoppel*.”⁷³

F.- HARDSHIP:

A diferencia del derecho inglés, la legislación norteamericana define de manera precisa los efectos que tiene el cambio de circunstancias en los contratos.

El artículo 2-615 del UCC excusa al vendedor de la demora o falta de entrega de toda o parte de la mercadería objeto del contrato, y no la considera un incumplimiento contractual, cuando “lo acordado se ha hecho impracticable por la ocurrencia de una contingencia, cuya no ocurrencia era un supuesto básico sobre el cual se celebró el contrato, o por conformarse de buena fe a cualquier regulación u orden gubernamental aplicable, extranjera o nacional, aunque posteriormente resulte o no ser nula” (artículo 2-615 a)

En caso que el supuesto que ha variado “sólo afecte parte de la capacidad de llevar a cabo la obligación del vendedor, deberá distribuir su producción y las entregas entre sus clientes”, que podrá ser de “cualquier manera que sea justa y razonable” (artículo 2-615 b). Además, debe “notificar oportunamente al comprador que habrá una demora en la entrega, o que ésta no se realizará, y de la cuota estimada que estará disponible para él, cuando deba distribuir de acuerdo al párrafo b)” (artículo 2-615 c).

A pesar de ser un concepto más amplio que el de fuerza mayor, el hecho que los tribunales han sido reticentes al aplicar esta norma cuando no se deba a una imposibilidad de ejecución, y que no permita adaptar el contrato, sino que sólo produce su terminación, lo hace más limitado que el *hardship*.

⁷² Fried, Charles, ob. cit., pág. 195.

⁷³ Fried, Charles, ob. cit., pág. 60.

G. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CONTRATO:

El mismo Código Uniforme de Comercio establece que se aplicará supletoriamente al acuerdo de las partes, quienes pueden decidir someter sus derechos y obligaciones a la legislación de otro estado o país, si su transacción tiene una “relación razonable” con él. Si no, se aplicará este cuerpo legal a los contratos que presenten una “relación apropiada” con alguno de los estados en que rige.

Sin embargo, cuando alguna de sus disposiciones determine cual es la ley aplicable, un acuerdo en contrario sólo tendrá efecto en la medida que esté permitida por la ley (incluyendo las reglas de conflicto de leyes). Esto limita, por ejemplo, las transferencias de fondos y el derecho de los acreedores en relación a bienes vendidos.

El Comentario Oficial del artículo 1-105 (que establece las condiciones expuestas) explica que la “relación razonable” que debe tener el contrato con el lugar cuya ley se elige para regirlo, implica que debe llevarse a cabo bajo aquella jurisdicción, una parte significativa de su celebración o ejecución.

Cuando la transacción se lleva a cabo en alguno de los estados donde es ley, se aplicará a falta de acuerdo al respecto. Por otro lado, la interposición de una demanda contractual en una de estas jurisdicciones, no conlleva la aplicación automática de su ley sustantiva, porque esta sola circunstancia no necesariamente crea una relación “apropiada” con el lugar. Por ejemplo, si las partes contrataron sobre la base de otra ley, o en los lugares de celebración y de ejecución del contrato rige una misma legislación, contraria a las disposiciones del Código.

Las transacciones que tengan relaciones significativas con un estado que ha promulgado el Código, y al mismo tiempo con otras jurisdicciones, transacciones “multiestados”, necesitan una resolución judicial que defina con cuál de ellas tiene una relación “apropiada”, para lo cual el juez no estará ligado por precedentes producidos otros contextos.

El UCC no pretende establecer reglas para solucionar el conflicto de leyes en estados que no lo han promulgado, pero tampoco prohíbe o limita su aplicación cuando las partes contratantes lo acuerden. Si dispone que la elección de la ley aplicable por las partes deberá atenerse a las limitaciones legales en ciertas materias (artículo 1-105 (2)).

Por lo tanto, puede establecerse su aplicabilidad más bien por razones prácticas, como que abarca la materia en cuestión exhaustivamente, busca uniformar criterios y, en gran medida, constituye una mera reformulación de la ley mercantil y el acuerdo de la comunidad empresarial, que trasciende fronteras estatales y nacionales.

CAPÍTULO VI. LOS CONTRATOS EN LA LEGISLACIÓN DE INDIA

A. INTRODUCCIÓN:

¿Cuál es la importancia de esta materia? Pues bien, hoy parecen superados los resabios de la visión colonialista que imperó en Occidente por largos años, que consideraba a Oriente un mundo no sólo lejano, sino que sin relación alguna con su realidad, y totalmente incomprensible.⁷⁴ Con la creciente interconexión, dentro del constante proceso globalizador, ya “las distancias no son impedimento para una creciente vinculación, así como tampoco lo son las diversas culturas, lenguas o costumbres que antes separaban irremediablemente. Ya no hay argumentos que justifiquen el desconocimiento entre los pueblos y todo radica en la voluntad política de promover el acercamiento.”⁷⁵

⁷⁴ En palabras de Rudyard Kipling: “*Oh, East is East and West is West, and never the twain shall meet, till Earth and sky stand presently at God’s great judgement seat.*”

⁷⁵ Artaza Rouxel, Mario (Director Ejecutivo de APEC para el año 2004), *El Foro de Cooperación América Latina-Asia del Este*, en *Revista Diplomática* Nº 88, Julio – Septiembre 2001, Santiago de Chile, pág. 27.

Esta voluntad se presenta hoy entre los gobiernos de Chile e India. En 2003, India le presentó a Chile una propuesta de Acuerdo de Alcance Parcial, sobre el cual se ha aprobado el inicio de conversaciones entre ambos países. A partir de ello, se han iniciado las conversaciones entre los sectores público y privado, y las negociaciones entre los países, con el fin de que el Presidente de la República viaje a India en enero de 2005 para afinar los detalles del acuerdo.⁷⁶

A pesar de ser culturas tan dispares, ambas comparten la idea que la promoción del comercio internacional puede favorecer su desarrollo de manera significativa, siendo ambas naciones miembros de la Cámara Internacional de Comercio de París (ICC) y de la OMC, con lo que se configura un marco jurídico en cierta medida común, sobre el cual negociar.

Un acuerdo de estas características beneficiará a ambas partes. A India, por el poder adquisitivo de los chilenos, la puerta que le abriría a sus productos a la región de América Latina, promover inversiones chilenas y *joint ventures* entre ambos países; considerando a este país como un buen socio comercial, dado su bajo nivel de riesgo, su transparencia, competitividad y alto desarrollo en infraestructura.⁷⁷

Para Chile, por su parte, los beneficios son aún mayores, ya que los aranceles que pagan sus productos para ingresar a India superan con creces el 6% de arancel promedio que pagan las importaciones en este país, sumado al hecho que India no tiene acuerdos de libre comercio.

El mercado potencial se presenta inmensamente atractivo, con “una clase de consumo cercana a los 350 millones de habitantes (...) con ingresos per cápita entre los US\$ 1.350 y más de US\$ 6.500 (...) con conocimientos y hábitos de consumo occidentales”⁷⁸, bastante favorable para las exportaciones de vino, salmones y frutas de climas templados.

Desde su Independencia en 1947, India ha sido un país altamente proteccionista, con el objeto de desarrollar la industria interna y su política de autosuficiencia. Sin embargo, a partir de 1991, ha empezado a abrirse al mundo. Además, un acuerdo con Chile no tendría que oponerse a la protección de su agricultura, ya que puede permitir la libre entrada de frutas chilenas durante el invierno indio, que corresponde al tiempo de las cosechas chilenas.

Por último, la rebaja de aranceles disminuiría la traba que presenta la distancia y ausencia de líneas de fletes directas, al mismo tiempo que un aumento en el intercambio comercial puede originar la creación de transportes más expeditos entre ambos países.

Para finalizar, basta destacar el aumento de las exportaciones a India de un 23,7% entre los años 2002 y 2003, alcanzando un monto cercano a los US\$ 222 millones, y un intercambio comercial de US\$ 292,7 millones.⁷⁹

⁷⁶ Diario *El Mercurio*, *Cuerpo B Economía y Negocios*, 5 de mayo de 2004.

⁷⁷ Entrevista realizada a Su Excelencia K. P. Ernest, actual Embajador de India en Chile.

⁷⁸ Vildósola, Patricia, *India, Dirección Obligada*, *Cuerpo A de la Revista del Campo*, diario *El Mercurio*, 3 de mayo de 2004, pág. 6.

B. DEFINICIONES CARACTERÍSTICAS:

Su regulación está contenida en el *Indian Contract Act* o Ley del Contrato de India de 1872, modificada en 1997. Éste lo define y fija sus formalidades, abarcando también los requisitos de la oferta y la aceptación, el *consideration*, la capacidad y el consentimiento de las partes, su cumplimiento e incumplimiento, los contratos condicionales, las garantías que pueden acceder a los contratos, junto a los demás aspectos que digan relación con esta materia.

Al igual que el Uniform Commercial Code, especifica el sentido en que deben entenderse los conceptos que usa, “a menos que de su contexto aparezca la intención contraria”, en su artículo 2 “Cláusula de Interpretación”.

Entiende el contrato como “un acuerdo legalmente obligatorio” (artículo 2 h)), siguiendo al Derecho inglés (para el cual el contrato es “un acuerdo entre dos o más personas, que crea una obligación de hacer o no hacer un acto determinado”) más que al UCC, (el contrato es “la obligación legal total, que resulta del acuerdo de las partes bajo esta ley y cualquier otra regla legal aplicable”).

De esta manera, un contrato siempre es un acuerdo, aunque no todo acuerdo llega a ser un contrato; estableciéndose una relación género-especie.

Define el acuerdo en su artículo 2 e) como “toda promesa y todo conjunto de promesas que constituyen un *consideration* para la otra”, de un modo menos técnico que el UCC, para el cual es el producto de la negociación de las partes.

Nuevamente encontramos una relación género-especie, esta vez entre acuerdo y promesa.

La promesa es el resultado de una oferta de una parte y su aceptación por otra. El artículo 2 b) nos dice que “cuando la persona a quien se le hace la oferta asiente a ello, se dice que la oferta ha sido aceptada. Una oferta, cuando es aceptada, se convierte en una promesa.” Aquí entonces generalmente se dará la misma negociación a que se refiere el UCC, antes de acceder a una propuesta.

En conclusión, el contrato será toda oferta o conjunto de ofertas aceptada, que constituya un *consideration* para la otra parte, y sea legalmente obligatoria.

En cuanto al requisito de ser obligatorio el acuerdo, según la ley, para así constituir un contrato, requiere que se cumpla con las condiciones del artículo 10: “Todos los acuerdos son contratos si se hacen con el libre consentimiento de partes competentes para contratar, por un *consideration* legal, con un objeto legal y que no estén expresamente declaradas nulas.”

Entre los contratos cuya ejecución no puede exigirse según la ley, o nulos (artículo 2

⁷⁹ Fuente: ProChile, Dirección de Promoción de Exportaciones, dependiente de la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

)), se encuentran aquellos que tienen por objeto restringir el comercio (artículo 27), o que se contrapongan a las políticas públicas (artículo 24). Para la jurisprudencia, se produce esta contraposición, por ejemplo, al comerciar con un enemigo del Estado, prohibición que estaría por sobre aquélla que impide restringir el comercio. Esta regla se manifiesta en la sentencia de 1902, *Janson con Minas Consolidadas Driefontein*, al fallar que un súbdito del Rey no podía, sin su permiso, comerciar con un enemigo, quien le debía lealtad al gobierno con que estaban en guerra. De hecho, durante ésta es ilegal tanto contratar como cumplir un contrato anterior, cuando la otra parte es un ciudadano de un Estado en conflicto bélico con India.

Ahora bien, aquellos derechos que ya fueran exigibles al estallar la guerra, no desaparecen con ella, pero se suspende su ejecución hasta que cesen las hostilidades (Hermann con Charlesworth, 1905).

Estas reglas suponen que, de no existir, transacciones comerciales entre ambos países podrían promover o impulsar la economía del país enemigo y perjudicar la propia.

Así, una disposición interna tiene directa influencia en las compraventas internacionales del país, al otorgar, por ley, consecuencias expresas y obligatorias en su comercio a su situación política, más allá de los efectos prácticos a raíz de los problemas logísticos que se producen.

La jurisprudencia india ha desarrollado de manera especial, algunas materias en el ámbito contractual, como la capacidad y las formalidades.

Son partes capaces para contratar, en virtud de la Ley del Contrato, no sólo personas individuales, sino que también empresas (siempre que su acta de constitución no lo prohíba o restrinja), mujeres casadas (antes incapaces legalmente) y miembros de una familia hindú extensa (unida), ya sea contratando por la familia como unidad, o fuera de ella. (Así se estableció en las sentencias de 1992 y 1985, en los juicios del Comisionado del Impuesto a la Renta con Chandrakanta Manilal Shah y con Ratanchand Darbarilal, respectivamente.)

“La familia más que el individuo era la unidad social en la India antigua. La familia (no el individuo) era dueña de propiedades”⁸⁰, a cuya cabeza se encontraba el hombre de más edad de ésta (similar al pater familias del Derecho Romano). Esta concepción se mantiene hasta el día de hoy, y aunque sean cada vez más frecuentes las familias nucleares (compuestas sólo por una pareja y sus hijos), especialmente en zonas urbanas; la sociedad conserva una estructura conformada por la familia extendida de naturaleza patriarcal o *joint family*. Consiste en un grupo familiar formado por tres o más generaciones que descienden de un mismo tronco común, unidos por un lazo sanguíneo paterno, que vive bajo un mismo techo y participa, en conjunto, de las actividades sociales y económicas, en beneficio mutuo.

Las leyes recogen esta tradición y la regulan bajo el prisma de la realidad que constituye. De ahí que el derecho de propiedad, por ejemplo, se refiera no sólo a individuos, y que su sucesión varíe según si el fallecido perteneciera o no a una familia

⁸⁰ Ramakrishnan, V., *Guía Actualizada de Leyes de India*, 15 de enero de 2003, pág. 2 de la página web <http://www.llrx.com/features/indian2.htm>, consultada el 3 de febrero de 2004.

extendida; y que la ley permita que la familia extendida, como unidad, pueda ser parte en los contratos.

En cuanto a las compañías o empresas, la Ley de Empresas de 1956 regula aquéllas registradas bajo su amparo o de alguna de las leyes que la precedieron.

En su artículo 46 establece que, para que se obligue a una empresa, el contrato debe celebrarse por alguien que actúe “bajo su autoridad”, cumpliendo con las formalidades que se requerirían para celebrar el mismo entre particulares, al igual que para modificarlo o dejarlo sin efecto.

Con este tipo de contratos no surge responsabilidad personal alguna, y una cláusula que se la otorgue al signatario, sólo tendrá efecto si ambas partes contratan bajo el entendido que involucran responsabilidades individuales (Montgomery Litho Ltda. con Maxwell, Escocia, 2000).⁸¹

La formalidad de los contratos como requisito de validez, no exige que consten por escrito (Corte Suprema en Tarsem Singh con Sukhminder Singh, 1998), salvo que la ley lo establezca específicamente, como en el caso de los cheques, según la Ley de Instrumentos Negociables (o títulos de crédito).

La ley también puede requerir que el acuerdo se realice en presencia de testigos o que se inscriba, como lo exige la Ley de Transferencia de Propiedad para las hipotecas y compraventas de bienes inmuebles de un valor mayor a cien rupias.

Un contrato incluso puede estar implícito en el comportamiento de una persona, sin siquiera tener que expresarse verbalmente. Un ejemplo cotidiano se da al tomar un microbús y pagar el boleto al chofer, celebrando así un contrato de transporte de pasajero.

C. CONSIDERATION:

La ley india exige que, salvo excepciones, el contrato cuente con un *consideration* legal, elemento característico del Common Law y presente en la ley inglesa y estadounidense, como hemos visto.

1. Concepto:

Se ha definido como “el precio por el cual se compra la promesa del otro” (Sir Frederick Pollock), y “la recompensa dada por una parte a la otra con que contrata” (Blackstone).

Reiteramos el concepto tradicional del Common Law, para el cual “un *consideration* con valor legal puede consistir en un derecho, interés, ganancia o beneficio perteneciente a una parte; o algún detrimento, pérdida o responsabilidad dada, sufrida o asumida por la otra.” (Curie con Misa, 1875)⁸².

⁸¹ Singh, Avtar, *Introduction to Company Law*, Ed. Eastern Book Company, Lucknow, India, 2001, pág. 50.

El derecho indio lo define en la Ley de los Contratos, artículo 2 d): “Cuando, por la voluntad del promitente, la persona a quien se le hizo la promesa, o cualquier otra persona, ha hecho o se ha abstenido de hacer algo, o promete hacer o abstenerse de hacer algo; tal abstinencia o promesa es el *consideration* de su promesa.”

Por lo tanto, tiene que deberse a la voluntad del promitente, puede provenir de la persona a quien le ha prometido o cualquier otra; y consistir en un hecho, una abstinencia o una promesa; sea pasado, presente o futuro.

A diferencia de la legislación inglesa, que hace obligatorio al acuerdo respaldado por un *consideration* o por una escritura (salvo los contratos simples, que sólo son válidos en el primer caso); para la legislación india éste será vinculante sólo si cuenta con un *consideration*.

2. Elementos:

a) Elemento Volitivo:

Debe ocasionarse a partir de la voluntad de quien se beneficia con él, y no de quien la realiza, ni por petición de un tercero.

b) Elemento Material:

Puede consistir tanto en un hacer como en un abstenerse de hacer, en atención a su definición legal.

c) Elemento Temporal:

De acuerdo al artículo 2 d), puede ser pasado, presente o futuro.

(i) Consideration Pasado: Es anterior a la promesa, pero siempre por voluntad del futuro promitente. Por ejemplo, si una persona encuentra el perro de otra, quien en razón de ello promete entregarle una suma de dinero, el hecho pasa a ser un *consideration* válido, y la promesa, exigible.

Por regla general, no es válido el *consideration* debido a la mera voluntad de quien lo lleva a cabo. Sin embargo, el derecho indio se aparta del inglés y otorga validez a las obligaciones contraídas por quien se ha beneficiado por un acto voluntario pasado, y que en razón de ello se comprometiera posteriormente (artículo 25 N° 2).

(ii) Consideration Presente o Ejecutado: Consiste en la obligación cumplida por una de las partes del contrato, que constituye el *consideration* para la otra, quien aún debe cumplir su parte del acuerdo.

(iii) Consideration Futuro o a Plazo: Cuando ambas partes se comprometen recíprocamente, a cumplir después de la celebración del contrato o en determinada fecha posterior, se dice que el *consideration* es futuro o a plazo.

⁸² Chandiramani, Nilima, 2000, ob. cit., pág. 27.

d) Elemento Personal:

Se refiere al traspaso del *consideration* de quien debe realizarlo, a un tercero. El Derecho Inglés moderno, a partir del fallo Tweddle con Atkinson, de 1861, basado en el principio “Res Inter Alios Acta” (*doctrine of Privity of Contract* o principio del Efecto Relativo de los Contratos), determinó que el *consideration* sólo puede provenir de quien se verá beneficiado con el acuerdo, porque si lo realiza otra persona dejará de ser parte en el contrato, y no podrá exigir su cumplimiento.

En el caso citado, los padres de una pareja de novios acordaron mutuamente que, después del matrimonio, le entregarían una suma de dinero al novio. Sin embargo, realizado el matrimonio, ambos padres murieron sin cumplir con lo pactado, ante lo cual el ahora marido exigió el cumplimiento del acuerdo a sus herederos. Cambiando la jurisprudencia de la Corte del Rey (establecida en 1677 con el fallo de Dutton con Poole), el tribunal resolvió que, aunque el demandante era el beneficiario del acuerdo, al no ser parte en éste carecía de derecho a demandar su cumplimiento. Esto es, dada su falta de *consideration*, no se hizo parte del contrato, quedando sólo entre los padres.

En cambio, la definición de *consideration* contenida en la Ley de los Contratos de India, contempla la posibilidad de que provenga de “la persona a quien se le hizo la promesa o de cualquier otra persona”.

En relación a esto, se cita frecuentemente el juicio de Chinnaya con Ramaya, de 1882, sobre una mujer que transfirió un inmueble a su hija, en *consideración* de lo cual ésta prometió pagar una suma de dinero anualmente al hermano de su madre. Al no cumplir fue demandada por su tío, y el tribunal estimó que la entrega de la propiedad por su madre, aún cuando no formara parte de la obligación, constituyó *consideration* suficiente para crear un contrato; y el beneficiado, quien no constituyó el *consideration*, era parte del contrato y de las obligaciones derivadas de éste.

3. Características:

a) No necesita ser proporcional:

Un contrato es válido si cuenta con un *consideration*, aunque no sea proporcional o adecuado; como la promesa de vender una cosa a un precio muchísimo menor que el de mercado.

Sin embargo, la falta de proporcionalidad se tomará en cuenta por el juez cuando se cuestione el libre consentimiento de quien realizó tal *consideration*.

b) Debe ser real:

No se exige que sea proporcional, pero sí real y no insustancial. De ahí que no sea suficiente la promesa de no aburrir a la otra parte que se obliga (White con Bluett).

c) Si es una donación de caridad:

No puede exigirse el cumplimiento de una mera promesa de contribuir a una obra de caridad, sin *consideration*. Sin embargo, si la persona a quien se le hizo la promesa, contrajo obligaciones confiando en ella, sí puede compelerse a su cumplimiento. Así se resolvió el caso de Kedar Nath con Gorie Mahomed, en que la promesa de cierta cantidad de dinero para la construcción de la municipalidad de Calcutta, determinó el comienzo de su construcción.

Estamos así ante otra aplicación del *estoppel* de promesa (Capítulo II D. d))

d) En caso de ser el cumplimiento de un deber existente:

Para que constituya un *consideration* válido, debe prometerse algo más de lo que ya estaba legalmente obligado a hacer.

e) Si es la promesa de cumplir con una obligación contractual preexistente:

Si el acreedor de una obligación existente, promete después pagar más de lo ya estipulado como contraprestación a la obligación, no puede exigirse el cumplimiento de esta nueva promesa, pues carece de *consideration*.

f) Si es la promesa de cumplir una obligación contraída por un tercero:

Puede ser un *consideration* válido para un contrato futuro. En el caso de Gopal y Cía. Ltda. con Hazarilal y Cía., la Corte de Apelaciones del Estado de Madhya Pradesh estableció que un acuerdo por el cual una persona promete hacer algo a lo cual ya se había comprometido bajo un contrato diferente con otra parte, origina un nuevo contrato (entre estas partes diferentes) pues existe *consideration* suficiente para ello.

g) Si es la promesa de pagar menos de lo que debe:

No requiere de *consideration* según el artículo 63, quedando cumplida la obligación con el pago menor.

En Inglaterra, con el caso Pinnel se fijó la regla de que no constituye *consideration* el pago o la promesa de pagar menos de lo ya debido. En consecuencia, el acuerdo basado en éste no es válido, y sigue pendiente la parte impaga de la primera deuda.

Se exceptúan los siguientes:

Pago en especie: Cuando la obligación es alternativa, y su pago puede consistir tanto en una suma de dinero como en un bien mueble determinado, la promesa es válida aún cuando el valor del bien sea menor que la suma de dinero.

Pago antes de plazo: Si se acepta el pago parcial de una deuda, antes del vencimiento del plazo otorgado, se entiende la obligación como cumplida.

Pago parcial por un tercero: Si el acreedor lo acepta como pago de la deuda contraída por la otra parte, no puede exigirse después el saldo insoluto, considerándose válido y completo el pago.

Convenio con los acreedores: Cuando los acreedores acceden a recibir sólo un

porcentaje de sus créditos, tal acuerdo es un contrato válido.

Doctrina del *estoppel* de promesa (*promissory estoppel*): Impide que una persona se retraiga de lo prometido, cuando otra persona ha actuado en virtud de ello (analizado en el Capítulo II D. d).

4. Acuerdos que No Necesitan Consideration:

Por regla general, establecida en el artículo 25, todo acuerdo sin *consideration* es nulo, principio que recoge la jurisprudencia (Kamta Prasad con Mainpuri de 1997, por ejemplo). Sin perjuicio de lo anterior, establece tres casos de excepción, por lo que legalmente serán contratos sin consideración, los siguientes:

a) Promesa en razón de amor filial o afecto:

Debe ser a favor de un pariente cercano, en virtud del afecto que se tengan, por escrito y registrarse el documento en que conste la promesa.

En el juicio de Raj Lucky Dabee con Bhotnath Mookerjee, un marido, con el objeto de que su mujer accediera a vivir separados, estipuló, en un documento registrado, pagarle sus gastos de residencia y manutención. Sin embargo, cuando la mujer quiso hacer efectivo este acuerdo, el juez lo declaró nulo por falta de *consideration*, pues no nació del amor o afecto, como está dispuesto, sino que a consecuencia de las disputas y peleas entre los cónyuges.

b) Compensación por servicios realizados voluntariamente:

Si quien se benefició con servicios pasados, promete después compensarlos, puede exigirse su cumplimiento.

c) Promesa de pagar una deuda prescrita:

Siempre que conste por escrito, esté firmada por el deudor o su representante, y quien prometa pagar la deuda prescrita lo haga expresamente y no sólo la reconozca (Tulsi Ram con Ram Singh).

D. DOCTRINA DEL EFECTO RELATIVO DE LOS CONTRATOS:

Conocida en India como doctrina de *Privity of Contract*, (“el contrato sólo obliga a las partes”), se refiere a que únicamente nacen derechos y obligaciones entre las partes, y sólo a ellos puede exigirse su cumplimiento.

Este principio es claro en el Derecho inglés, pues desde el momento en que aparece el *consideration*, sólo quienes de relacionen a través de ella podrán ser partes del

contrato.

Como vimos anteriormente, el Derecho indio establece una regla distinta, ocasionando diversas interpretaciones judiciales en torno a las relaciones entre las partes y terceros ajenos al contrato, al permitir que el *consideration* provenga de un tercero, sin especificar si un tercero también tiene derecho a demandar el cumplimiento de un contrato que contenga estipulaciones establecidas en su beneficio.

En efecto, el Principio del Efecto Relativo de los Contratos admite excepciones:

a) Beneficiado por el contrato: Si a través del contrato se otorgan derechos a un tercero, éste puede exigirlos. Así, en 1997, en Klaus Mittelbachert contra East India Hotels Ltd., se resolvió que el hotel debía pagar los perjuicios causados al huésped, aún cuando el contrato de alojamiento no se haya celebrado con él, sino que con su empleador.

b) Comportamiento, reconocimiento o confesión: Si una de las partes, por medio de su comportamiento, reconocimiento o confesión, admite que un tercero tiene derecho a demandarlo, opera la regla del *estoppel* de promesa y podrá requerirlo (Ver Capítulo II D. d).

Acuerdo familiar para solventar los gastos de un matrimonio o alimentos: Cuando tiene por finalidad proveer a un tercero, éste puede exigirlo por derecho propio, como beneficiario. De aquí que se admitan, por ejemplo, demandas de mujeres por el cumplimiento de estipulaciones testamentarias establecidas para su manutención, ante la división de la herencia entre los herederos hombres, aún cuando ellas no hayan suscrito la escritura de partición.

Representación: Por regla general, el representado puede demandar a quien contrató con su representante, pues es él quien celebró el contrato, a fin de cuentas, sólo que a través de su representante.

Cesión de deuda: El cesionario o a quien se transfiere el crédito, puede demandar al deudor, aún sin el consentimiento del acreedor anterior, quien fue parte del acuerdo que generó esta obligación.

Portador de un título de crédito: Puede demandar tanto al primer obligado por el título, como a los endosatarios.

Portador de una carta de embarque: Aún sin ser parte del contrato del cual proviene este instrumento celebrado entre la empresa naviera y el transportista, puede demandar el resarcimiento de las pérdidas o daños sufridos por la mercadería transportada, de acuerdo al artículo 1 de la Ley de Cartas de Embarque de 1856.

Obligaciones reales: El artículo 40 de la Ley de Transferencia de Propiedad de 1882, ordena que quien adquiere un bien raíz a título oneroso, a sabiendas que su vendedor asumió obligaciones sobre éste, mediante ciertos convenios restrictivos, también se encuentra limitado por ellos, aún cuando no haya sido parte en los convenios. Si la adquisición fuese a título gratuito, siempre podrá exigirse su cumplimiento.

Reconocimiento o *estoppel*: Cuando una persona, por sus palabras o conducta, crea una relación contractual con otro, no puede después alegar su inexistencia. En este

sentido, el artículo 28 de la Ley de Sociedades establece que una empresa está obligada a quien le conceda un crédito a un particular, en atención a su calidad de socio de la empresa, cuando se haya presentado como tal y la empresa asintiera a ello, sea por escrito, verbalmente, o de acuerdo a su comportamiento.

Seguro a favor de un tercero: Cuando se contrata un seguro para cubrir los riesgos de terceros, pueden exigir la compensación contratada a pesar de no ser partes del contrato.

E. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA:

En India lo regula específicamente la Ley de Compraventa de Mercaderías de 1930.

1. Definición:

Su artículo 4 se refiere a la compraventa y al acuerdo de vender, y define el contrato de compraventa como “un contrato por el cual el vendedor transfiere o acuerda transferir la propiedad de bienes al comprador, por un precio. Puede haber un contrato de compraventa entre un co-propietario y otro” (artículo 4 N° 1).

Será un acuerdo de compraventa “cuando la transferencia de propiedad de la mercadería se hará en el futuro o esté sujeta a alguna condición pendiente” (artículo 4 N° 3). Cuando efectivamente se transfiera la propiedad, el acuerdo se convertirá en un contrato obligatorio.

El contrato de compraventa, en sí, transferirá la propiedad de los bienes sobre los cuales recae (artículo 19), siempre y cuando los bienes estén determinados, en estado de ser entregados, su precio fijado, el vendedor sea dueño de éstos o esté autorizado a vender por el dueño, y no se haya reservado el derecho de disponer del bien hasta que se cumplan ciertas condiciones (artículos 20 a 25).

Salvo que exista un acuerdo en contrario, el riesgo de la cosa se traspaasa al comprador al transferirse su propiedad. Entonces, cuando se den las condiciones señaladas, el riesgo será del comprador en el momento en que suscriba el contrato, aún cuando penda la entrega material del bien. Pero en caso de demora, el riesgo corresponderá al responsable de ella (artículo 26).

Cuando el objeto del contrato está conformado por bienes futuros, se entiende que el contrato es un acuerdo para venderlos. Si los bienes se pierden o destruyen sin culpa del vendedor o comprador, antes que se perfeccione el contrato, éste se anula (artículo 6).

El vendedor que no es dueño de la cosa vendida, ni vende por él o con su consentimiento, sólo transfiere al comprador los derechos que tenga sobre el bien. Pero si es un agente comercial del propietario, y con su consentimiento posee los bienes o sus títulos, la venta transfiere la propiedad del mismo modo que contando con autorización expresa del dueño, siempre y cuando el comprador esté de buena fe y al momento del

contrato ignore que el vendedor carece de ella (artículo 27).

Por último, el artículo 2 N° 7 precisa que la expresión mercadería, para este cuerpo legal, se refiere a todo tipo de bien mueble, salvo el dinero o bienes litigiosos. Incluye las acciones y participaciones, cosechas, pasto y cosas adjuntas o parte del terreno, que se haya acordado separar antes o con ocasión de la compraventa.

2. Formalidades:

La Ley de Compraventa de Mercaderías, en su artículo 5 “Formalidades del Contrato” señala que la celebración del contrato se lleva a cabo mediante la oferta de comprar o de vender mercaderías por un precio, y su aceptación, pudiendo convenirse una entrega y pago inmediatos, en cuotas, o a plazo.

La formalidad que la envuelve dependerá de la ley específica que rija al contrato en particular, con alternativas de perfeccionamiento verbal, escrito, parcialmente verbal y parcialmente escrito, o incluso que pueda deducirse del comportamiento de las partes.

F. EXTRATERRITORIALIDAD:

La Ley del Contrato de la India Presenta esta característica al extender su aplicación a la esfera internacional. Por ejemplo, si en virtud de un contrato por representación en que el mandante resida fuera del país, cuando contrata el “agente” o mandatario (con representación), lo hace por cuenta y riesgo del principal, por lo que el instrumento produce los mismos efectos que si contratara él personalmente (artículo 226), sin que el mandatario asuma obligaciones ni adquiera derechos al respecto (artículo 230). Pero puede acordarse lo contrario, de manera expresa, convirtiendo al mandatario en personalmente responsable, excepción que se presume cuando el mandante reside en el extranjero. La razón de ello radica en que tanto la costumbre mercantil como la conveniencia buscan evitar que el contratante indio tenga que ubicar al mandante extranjero, para poder demandar el cumplimiento del contrato. Siendo un elemento de la naturaleza del contrato, cabe por supuesto que sea alterado por las partes.

Para ilustrar lo anterior, vemos el caso de Industrias de Hierro y Metales Nandan con Fenesty S.A., de 1992, sobre incumplimiento contractual de la empresa extranjera Fenesty, que contrató con la empresa india IHMN, a través de un representante. El juez indio ante quien se interpuso la demanda, se declaró competente para conocer al mismo tiempo que estableció que el representante indio no estaba obligado personalmente, sólo porque así lo estipularon ambas partes expresamente, cumpliendo con las condiciones de validez de esta cláusula.

Sin perjuicio de lo señalado, si el “agente” o mandatario contrata a nombre propio y no indica que lo hace a cuenta de su “principal” o mandante, sólo resultará obligado por el contrato, personalmente, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que provengan de su relación con el mandante.

G TÍTULOS DE CRÉDITO:

Los títulos de crédito pueden derivar de distintos contratos, nacionales o internacionales.

Será nacional el título emitido y ser pagadero en India o a favor de un residente del país. La falta de alguno de estos factores lo convierte en un instrumento internacional, reglamentado en el Capítulo XVI “De la Legislación Internacional”, de la Ley de Instrumentos Negociables de 1881.

Ésta dispone que el protesto se regirá por la ley del lugar de emisión (artículo 104), salvo que sea pagadero en un país distinto, en cuyo caso se aplica la ley de éste (artículo 135). La responsabilidad del librador se rige por la ley del lugar en que se libró el instrumento (*lex loci contractus*), mientras que la responsabilidad del librado o endosatario, por la ley del lugar donde es pagadero (*lex loci solutionis*); salvo que las partes hayan acordado la aplicación de otra legislación (artículo 134).

También independiza estos instrumentos de los distintos contratos relativos a ellos, por lo que si un instrumento es librado, aceptado o endosado fuera de India, cumpliendo con la normativa india pero nulo según la ley del lugar en que se llevó a cabo alguno de estos actos, mantiene su validez en India (artículo 136).

Por último, la ley presume que la legislación extranjera es la misma que la nacional, a menos que se pruebe lo contrario (artículo 137) mediante “libros jurídicos impresos y publicados bajo la autoridad del gobierno extranjero, jurisprudencia contenida en repertorios, o testimonios verbales de expertos en esa legislación, jueces o abogados”⁸³.

H. LEY DE COMERCIO EXTERIOR:

La historia de India muestra la gran importancia que ha tenido siempre el comercio exterior para su economía de India, limitado sólo a partir de la dominación británica. En esa época, India era un importante mercado para los productos de Gran Bretaña, por lo que su importación gozaba de “Preferencia Imperial”, mientras las importaciones provenientes de otros países desarrollados, eran fuertemente desincentivadas, imponiéndoles mayores impuestos aduaneros.

La Segunda Guerra Mundial trajo consigo una escasez de divisas y menor espacio en los puertos indios, consecuencia de su obligada participación en el conflicto bélico. Esto provocó un estricto control del ingreso de productos, especialmente bienes de consumo, que se extendió en el tiempo con la Ley de Importaciones y Exportaciones de 1947. Hacia 1992, estaba prohibida, o por lo menos requería de una licencia o permiso, la importación de casi todos los bienes de consumo.

⁸³ Chandiramani, Nilima, *Law of Negotiable Instruments*, Ed. Avinash Publications, Mumbai, India, 2002, pág. 50.

La crisis económica de 1991 llevó a implementar grandes reformas en su economía, al hacer “notorio lo insostenible que eran las políticas expansivas bajo un régimen de políticas internas restrictivas que impedían el crecimiento y favorecían una estructura de producción ineficiente. También hizo más evidentes las deficiencias del sistema financiero indio.”⁸⁴

Los cambios se encaminaron hacia la eliminación de muchas de las barreras al comercio, y la apertura gradual de la economía, junto a reforzar al sector financiero. Como resultado, en los años 1998 y 1999 India tuvo un crecimiento de 6%, uno de los más altos de Asia, a pesar de enfrentar incertidumbres políticas y una difícil situación externa.

Actualmente, existe un consenso sobre la necesidad de cambios, aunque todavía restan obstáculos estructurales que salvar.

En 1992 se promulgó la Ley de Comercio Exterior (Desarrollo y Regulación). Aunque mantiene controles a la importación y exportación de bienes, al exigirles Números de Código otorgados por el Director General de Comercio Exterior, ahora son los principios de justicia natural los que determinan la cancelación o suspensión de este verdadero permiso, y no una simple decisión discrecional de la autoridad.

Comercio exterior es aquél que se lleva a cabo con otros países, por lo que esta Ley de Comercio Exterior (Desarrollo y Regulación) tendría efectos extra-territoriales, aunque no lo diga expresamente. En todo caso, la Constitución de la India en su artículo 245 inciso 2º permite disposiciones de esta naturaleza.

Su artículo 2 e) define importar y exportar como ingresar o enviar bienes hacia o desde India, respectivamente, ya sea por tierra, mar o aire.

Pero importar no es simplemente llegar a puerto, sino que también exige pasar la aduana, pues es entonces cuando entran en juego las restricciones impuestas a la importación de ciertos bienes (Tarachand con Administración de Delhi, 1961; y N.K. Bapan con Unión de la India, 1992.)

Asimismo, exportar no es simplemente sacar bienes del país, traspasando su territorio, sino que además debe ir aparejado con la importación de éstos por otro país. Por eso, el alcohol que se lleva en un avión para su consumo en vuelo, no se considera exportación, porque no tiene una destinación foránea determinada (Compañía de Almacenamiento y Distribución de Petróleo de India con Oficial de Impuestos Comerciales, 1961, Bhurma).

El artículo 3 autoriza al gobierno central para fijar las políticas de importación y exportación, restringir o prohibir el flujo de ciertos bienes, e incluso controlar su venta. La importación de ciertos bienes requerirá que el importador cuente con una licencia o permiso, sin el cual corre el riesgo de que se confisque su mercadería.

A una importación con una licencia obtenida fraudulentamente, se le aplican los principios contractuales, en atención a lo dispuesto en la Ley de Aduana de 1962. Ergo,

⁸⁴ Rag, Rajat M., en *The New India. Opportunities and Strategies for Foreign Investment*, Ed. Asia Law & Practice, Hong Kong, 1999, pág. 17.

sólo cuando se declare nulo el instrumento, dentro del procedimiento legal correspondiente, se considerará que la importación se realizó sin el permiso necesario.

Por otra parte, el artículo 18 de la Ley de Comercio Exterior prohíbe impugnar los actos u órdenes que se hayan llevado a cabo de buena fe, al amparo de este cuerpo legal.

Ahora bien, para conocer el alcance de esta “buena fe” que se exige, debemos remitirnos a la Ley General de Cláusulas de 1897, cuyo artículo 3 define conceptos contenidos en leyes posteriores (salvo que se contraponga con su contexto). Según su inciso 16, actúa de buena fe cuando “se hizo honestamente, sea de manera negligente o no.” Es decir, “requiere un cuidado y atención medios, no infalibilidad”⁸⁵.

De esta forma se busca limitar juicios contra las autoridades que deban aplicar la Ley de Comercio Exterior, donde se persiguen indemnizaciones por los perjuicios causados, cuando sean consecuencia de órdenes dadas de buena fe.

Mas, si actúan arbitrariamente, contravienen las reglas de justicia natural o se basan en consideraciones extrañas o irrelevantes, no puede sostenerse que actúan al alero de esta ley, y serán responsables ante los particulares.

⁸⁵ Markandeya, Subodh y Chitra, *Law Relating to Foreign Trade in India. Being a Commentary on the Foreign Trade (Development and Regulation) Act, 1992*, Ed. Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd., Nueva Delhi, India, 1997, pág. 50.

CAPÍTULO VII. ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO CIVIL Y EL COMMON LAW

Después del análisis realizado de las reglas contractuales basadas en el Common Law, enumeraremos algunos de los aspectos que la distinguen del Derecho Civil, y con ello, del ordenamiento jurídico chileno.

A. Doctrina del Consideration:

Tradicionalmente, el Common Law exige un *consideration* para poder crear y modificar un contrato, requisito que no existe en el sistema civil. En éste, se clasifican los actos jurídicos en solemnes, “sujetos a la observancia de ciertas formalidades requeridas, sea para la existencia misma del acto, sea para su validez, de tal modo que su omisión trae como consecuencia la inexistencia del acto o su nulidad”⁸⁶; y simples o no solemnes, que constituyen la regla general. Por lo tanto, la creación y modificación de los primeros

⁸⁶ Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico. Actos Jurídicos y Personas*, Volumen I, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1998, pág. 42.

deberá cumplir con las manifestaciones externas correspondientes, mientras que los segundos sólo precisan de la nuda voluntad de las partes.

B.- Promissory Estoppel:

Esta figura se puede asimilar a en el sistema romano a la Doctrina del Hecho Propio o *venire contra factum proprium*, aunque la regulación del estoppel presenta variantes más específicas, y opera de manera más directa, como vimos en el Capítulo IV. D.

C.- Hardship Clause:

Parece relacionarse con la fuerza mayor, ya que ambas responden a las situaciones originadas al cambio de circunstancias o *rebus sic stantibus*. Sin perjuicio de lo anterior, se distinguen en que el *hardship* opera cuando resulta más oneroso el cumplimiento de la obligación de la parte perjudicada con él, mientras que la fuerza mayor exige que el cumplimiento se haga imposible, aunque sea temporalmente.

Además, la función de la cláusula dice relación con la intención de las partes por cumplir el contrato de todos modos, permitiendo su variación; y la fuerza mayor está dentro de un contexto de suspensión o terminación del contrato, como sería la frustración en el Common Law.

El Comentario del artículo 6.2.2 de los Principios de UNIDROIT sobre la Contratación Comercial Internacional, referido al *hardship*, explica que puede presentarse de manera conjunta a la fuerza mayor, correspondiendo “a la parte perjudicada por los eventos extraordinarios decidir cuál de los recursos invocar. Si alega la fuerza mayor (*force majeure*), podría ser excusada de cumplir, mientras que si invoca la excesiva onerosidad (*hardship*), en principio lo hará con el propósito de renegociar los términos del contrato y mantenerlo en vigor, aunque adaptando las cláusulas del contrato a las circunstancias.”

En todo caso, la parte perjudicada no puede por sí determinar los efectos de la alteración de circunstancias, sino que tendrán que decidirlo las partes, de común acuerdo, o el juez competente, quien podrá resolver el contrato o adaptarlo con el fin de restablecer el equilibrio de las prestaciones.

En la doctrina chilena, y en menor medida en el Derecho positivo, encontramos figuras similares, en cuanto también se presentan ante la ocurrencia de cambios sustanciales, como el caso fortuito, la fuerza mayor, la teoría de la imprevisión y la lesión enorme. Escapa a este trabajo, eso sí, un exhaustivo paralelo entre estas figuras. Baste decir, en principio, que difieren en sus condiciones y aplicabilidad.

D. Buena Fe Contractual:

Como ya vimos, el Common Law no contiene un principio general al respecto, aunque no por ello sea menos equitativo que el Derecho Civil. En efecto, contiene diversas soluciones ante una contratación de mala fe, pero sin asumir un carácter paternalista, a partir de la importancia atribuida a la libertad contractual.

El Derecho Civil, por su parte, obliga a actuar de buena fe en la etapa precontractual, al celebrar el contrato, al interpretarlo, al cumplirlo e incluso en la etapa poscontractual, de acuerdo con la Teoría del Abuso del Derecho.

Una expresión de esta posición la encontramos en el Código Civil chileno, por ejemplo, que establece expresamente en su artículo 1546, que “los contratos deben cumplirse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino que a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”

A pesar de ser un tema latamente tratado por la doctrina, no ahondaremos más en ella en esta oportunidad, a fin de mantener una concisión que permita abarcar la mayor cantidad de aspectos en este paralelo.

E. Elección de ley Aplicable a los Contratos:

Esta práctica se encuentra reconocida legal y judicialmente bajo el Common Law, que lo regula con especial énfasis. El Derecho Civil no otorga tal grado de libertad a las partes, y nuestro Derecho, por su parte, sólo le otorga validez legal generalizada de manera indirecta, en cuanto señala que es una práctica lícita y contemplada en el Código de Derecho Internacional Privado, el someter un contrato celebrado en Chile a legislación extranjera, según lo explican los Considerandos Primero y Segundo del Decreto Ley N° 2.349 de 1978, que Establece Normas sobre Contratos Internacionales para el Sector Público; tal como expusimos en el Capítulo II. B. de este trabajo. Recordemos que este decreto sí declara expresamente válidos “los pactos destinados a sujetar al derecho extranjero los contratos internacionales, cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero, celebrados (...) en el extranjero, con el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas.

“Son igualmente válidas las estipulaciones por las cuales se haya sometido o se sometan diferendos derivados de tales contratos a la jurisdicción de tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales (...)” (artículo 1).

F. Formación del Consentimiento:

Los actos jurídicos bilaterales requieren la concurrencia de dos actos sucesivos, la oferta y la aceptación. El régimen civil clásico sigue a la Teoría de la Recepción, entendiendo formado el consentimiento cuando el oferente ha recibido la aceptación a su oferta. De esta manera, recae en el aceptante el riesgo de la transmisión escrita de su voluntad.

Para el Common Law, el contrato se habrá perfeccionado antes, cuando el destinatario de la oferta haya enviado su aceptación, en concordancia con la Teoría de la Expedición o *mail-box rule*. Ergo, será del oferente el riesgo derivado de la demora o pérdida del medio que contenga la acquiescencia (siempre que esté autorizado para ello el aceptante, expresa o implícitamente.)

G. Retracción de la Oferta:

Para el Common Law, el oferente podrá arrepentirse de la oferta realizada, impidiendo que se forme el consentimiento, cuando su retractación sea tempestiva, esto es, en cualquier momento. Por el contrario, para la generalidad los ordenamientos jurídicos basados en el sistema romanista, sólo será así cuando se retracte dentro de un lapso de tiempo razonable desde la formulación de la oferta.

En el Common Law, existe la presunción de revocabilidad que le permite al oferente retractarse en cualquier momento anterior a la formación del consentimiento, salvo que la persona a quien vaya dirigida la oferta haya otorgado un *consideration*. De acuerdo con este principio, el artículo 2-205 del Código Uniforme de Comercio de EEUU, por ejemplo, distingue entre una oferta abierta, que permite arrepentirse en cualquier momento, y la oferta firme, que es irrevocable sólo cuando el oferente se haya comprometido a ello, por escrito. Esta irrevocabilidad se extiende por el período que haya determinado el oferente, y a falta de manifestación al respecto, por un lapso razonable que no podrá exceder de tres meses a partir de la propuesta.

En la oferta abierta del Common Law, la estipulación de un plazo significa solamente que el destinatario de la oferta deberá dar una respuesta dentro de ese lapso; mientras que para el *jus civile*, corresponde a la duración de la irrevocabilidad de la oferta. De hecho, aunque no se exprese, se presume que la oferta no se puede revocar de todas maneras un período moderado de tiempo. Para el Common Law, por lo tanto, será necesario que se establezca claramente que el oferente no podrá retractarse hasta cierta fecha, obligándolo a esperar la respuesta del destinatario de la oferta hasta entonces.

En concordancia con sus fuentes, en nuestro Derecho el artículo 99 del Código de Comercio ⁸⁷ dispone que “el proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación”, aún antes que pueda formarse el consentimiento

(que requiere también el envío de la aceptación), “salvo que al hacerla se hubiera comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato sino después de desechado o transcurrido determinado plazo”, durante el cual su oferta será irrevocable.

H. Cumplimiento en Especie:

La solución tradicional de los ordenamientos jurídicos basados en el *jus civile* ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales, es que la otra parte pueda exigir su cumplimiento forzado. En cambio, en aquellos sistemas basados en el Common Law sólo excepcionalmente se da este *specific performance*, por ejemplo, en la compraventa de inmuebles.

De hecho, el Common Law tiende hacia el llamado “cumplimiento sustitutivo”, cuyo fin es compensar a la parte que ha sufrido un perjuicio derivado del incumplimiento contractual de la otra parte.

Nuestro Código Civil, por su parte, distingue entre obligaciones de dar, hacer y no hacer. La indemnización de perjuicios (que correspondería al cumplimiento sustitutivo) se exige siempre ante el incumplimiento de las obligaciones de no hacer, sólo en subsidio del cumplimiento en especie en las obligaciones de dar, y por la mora de cumplir las obligaciones de hacer. En el caso de estas últimas, además, el acreedor de la obligación incumplida puede elegir entre demandar el cumplimiento de la obligación por el deudor, por él mismo a expensas del deudor, o la indemnización “de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1553 del Código Civil. Por tanto, cuando es aplicable, el cumplimiento en especie es la primera opción para nuestra legislación civil.

Podríamos seguir enumerando otros aspectos que distinguen a ambos sistemas, pero creemos que lo expuesto denota los puntos más relevantes del paralelo que puede plantearse entre ambas, cuyo análisis más profundo dejamos para un próximo trabajo.

⁸⁷ Este cuerpo legal rige la formación del consentimiento no sólo en las convenciones mercantiles, sino que también en las convenciones civiles, al ser esta materia de aplicación general.

CONCLUSIONES FINALES

La creciente importancia que para Chile han adquirido las relaciones internacionales en el ámbito político, económico y cultural, nos llevan a reflexionar sobre la expresión de esta realidad en el Derecho. Mientras más integración y apertura económica busquen las naciones, deberán fomentar una mayor comprensión y entendimiento entre ellas, para lograr una cohesión armónica y respetuosa de las diferencias, que logre así perdurar en el tiempo.

Las políticas detrás de esta realidad dicen relación con estrategias nacionales, de bloques de países, la reafirmación del poder, pero más aún con una economía que permita satisfacer las necesidades de la población. Ya no son las ideologías los ejes principales, sino que hoy “se entiende que el buen resultado económico es fundamental para mantener relaciones pacíficas tanto dentro de las naciones como entre las naciones. Este buen resultado, esencial para la paz y la estabilidad dentro del Estado-Nación moderno, ahora pesa crecientemente sobre las relaciones entre Estados, como resultado de este nuevo escenario internacionalizado en desarrollo.”⁸⁸

La internacionalización y la globalización con fenómenos que existen y deben enfrentarse. No basta con ser un ente pasivo y neutral si se quiere buscar nuevas oportunidades para el desarrollo de un país pequeño como éste, que necesita de los mercados extranjeros si quiere aumentar su producción, y con ello, el nivel de vida de su

⁸⁸ Espinosa, Juan Guillermo, *Economía Neoliberal vs. Economía Social en América Latina*, Ed. Dolmen, Santiago de Chile, 2001, pág. 157.

gente. De ahí el esfuerzo por aumentar las transacciones internacionales e inversiones extranjeras, las cuales pueden inyectar nuevos bríos a mercados locales.

Tal es la importancia del comercio internacional, que “en los últimos veinte años, período en el que se ha ido gestando la globalización, (...) está creciendo a una tasa que es el doble del producto global, es decir a un 8%. A su vez, las inversiones extranjeras directas crecen tres veces más, al 15% por año, y dentro de las inversiones extranjeras las que se dirigen a los países emergentes crecen al 25%. Nos encontramos dentro de un proceso de competencia mundial para atraer inversiones extranjeras directas. En este *beauty contest* participan desde Cuba a China a Gran Bretaña, Brasil o Argentina.”⁸⁹

Además de impulsar estas actividades, es imprescindible resguardarse de los riesgos que también pueden traer aparejadas. Distinto es relacionarse al amparo de un mismo ordenamiento jurídico, entre partes con similar entendimiento de su acuerdo, que traspasando fronteras.

Asimismo, los contratos que forman estos acuerdos, varían si son nacionales o internacionales. Hemos visto la trascendencia de este instrumento jurídico, su historia y los diferentes conceptos que pueden englobarlo en general y en particularmente la compraventa. Se expresan diferentes maneras de entenderlo, con consecuencias jurídicas determinantes, como el que el mero contrato de compraventa transfiera o no la propiedad de la cosa, con sus efectos en el riesgo de la cosa y las obligaciones que asumen las partes.

Al abrirse a las posibilidades del comercio internacional, el contrato cambia y se ajusta a nuevas reglas, algunas internas, usualmente inadecuadas y que tampoco lo definen. Entonces buscamos en tratados y convenciones que tratan el tema, hasta esbozar una definición que puede ser aplicable generalmente, y cumpla efectivamente con determinar los elementos que lo hacen internacional.

Surge después la interrogante: ¿Cómo se rige? Existen varias respuestas, todas presentes en nuestro Derecho. En un grupo está la elección de ley, sea mediante la aplicación de normas de conflicto que sin solucionar directamente el asunto, definen qué legislación se le aplica; o permitiendo que sean las partes quienes la definan, validando la autonomía de la voluntad. En otro, encontramos los métodos directos, que establecen disposiciones uniformes o sustantivas a través de reglas nacionales, convencionales o transnacionales. Las primeras son más fáciles de dictar, pero el prisma nacional con que nacen no siempre logra las soluciones más adecuadas al plano internacional. Las normas convencionales exigen un mayor esfuerzo de las distintas partes, y todas intentarán que las normas que se acuerden les satisfagan. Algunos autores destacan en este proceso “la existencia de una tendencia hacia la convergencia de los países en cuanto a sus marcos legales (...) dado con mayor rapidez en el área financiera y de negocios (...) No obstante ello, los países latinoamericanos deben adoptar aún numerosas medidas para modernizar sus marcos jurídicos e intentar no quedar rezagados en la globalización financiera”⁹⁰ y comercial.

⁸⁹ Gómez Minujín, Facundo, ob. cit., pág. 46.

⁹⁰ Gómez Minujín, Facundo, ob. cit., pág. 65.

Por último, tenemos el Derecho Transnacional o Nueva Lex Mercatoria, la aplicación más patente de la autonomía de la voluntad creadora de un régimen jurídico ad-hoc, que se adapte a la evolución de las transacciones internacionales. De consuetudinarias, muchas de sus normas han pasado a formar parte de cuerpos legales, dándoles un cuerpo formal que uniforme las reglas que las partes acatan de todas maneras, en atención a la costumbre y conveniencia de tener parámetros convergentes, como son los intereses en juego. De esta forma, los países también atraen inversiones, ante una estructura jurídica conocida, común y precisa.

A pesar de las alternativas, la elección de ley sigue teniendo una generalizada aplicación, ante la dificultad que plantea lograr consensos legales generales y universales entre las naciones. Así, es indispensable aplicar leyes nacionales, que no siempre les serán familiares a todas las partes.

El enfoque chileno de las últimas décadas se dirige a un flujo de bienes más fluido, pero “aún cuando se proclame la libertad de comercio, la circulación de mercancías se encuentra con ciertas limitaciones legales, debido a que se moviliza dentro de regímenes y sistemas jurídicos diversos. Incluso las políticas económicas de cada país afectan el comercio.”⁹¹

La necesidad de entender a qué nos enfrentamos al contratar con partes regidas por sistemas opuestos al nuestro, nos lleva a estudiar los elementos del Common Law. Eso sí, sin limitarnos al sistema empírico, sino que ahondando en cómo se le ha entendido en distintas realidades: la inglesa, estadounidense e india; con las cuales Chile ya tiene, o está en camino de tener, fuertes alianzas económicas que originen un mayor comercio con ellas.

De su estudio, descubrimos aspectos que deberán tenerse en cuenta a la hora de negociar acuerdos o contratos. Figuras como el *consideration* y el *estoppel*, la formación del consentimiento, los efectos de la compraventa y del incumplimiento. Finalmente, formamos un paralelo básico con el sistema del Derecho Civil.

Con todas las diferencias, encontramos “una cierta unidad fundamental en el mundo del derecho, de modo que aquellas fórmulas o figuras que se consideran exclusivas coexisten en las distintas organizaciones con aspectos y características diversas, según sean los ordenamientos positivos, pero respondiendo siempre, en definitiva, a la protección de un mismo interés.”⁹² Con este pensamiento quiero concluir. Más allá de todas las variables que enfrenta cada legislador, su fin último es buscar soluciones acordes para situaciones que, en materia contractual, y más aún internacional, van a tender a ser más similares que divergentes.

Al reglamentarlas, entonces, “hay que esforzarse porque los puntos de referencias jurídicos sean claros y conocidos, a fin de lograr que el bien común resulte ventajoso para el conjunto, para la nación, para la convivencia internacional.”⁹³ No se debe legislar sólo con un punto de vista estatal, sino proyectando las interacciones con otros Estados, sus

⁹¹ Sierralta Ríos, Aníbal y Olavo Baptista, Luiz, ob. cit., pág. 9.

⁹² Ekdahl Escobar, Marina Fernanda, ob. cit., pág. 75.

entidades públicas y particulares, y las relaciones entre ciudadanos sujetos a otras leyes.

La tendencia mayoritaria hacia una apertura económica exige una apertura jurídica que la acompañe. Sólo así beneficiará efectivamente al mayor número de personas, quienes, a su vez, deben ampliar su conocimiento a los distintos ordenamientos jurídicos, para evitar los posibles perjuicios y aprovechar todas las ventajas que puede presentar la creciente interrelación existente entre ellos.

Es a este imprescindible conocimiento al que busca contribuir este trabajo, buscando internar al lector en un campo cada vez más complejo, variado, rico en matices y oportunidades.

⁹³ Sierralta Ríos, Aníbal y Olavo Baptista, ob. cit., pág. 9.

BIBLIOGRAFÍA

1. Adame Goddard, Jorge, *Estudios sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías*, Ed. Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, México, 1991.
2. Arcagni, José C., *Contratos Internacionales*, en *Contratos* (dirigido por Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz), Ed. La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 1989.
3. Artaza Rouxel, Mario, *El Foro de Cooperación América Latina-Asia del Este*, en *Revista Diplomática Nº 88*, Julio – Septiembre 2001, Santiago de Chile.
4. Atkinson, Daniel, *Formation of Contract*, abril 2000, página web www.atkinson-law.com , consultada el 20 de octubre 2003.
5. Audit, Bernard, *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de las Naciones Unidas del 11 de Abril de 1980*, Ed. Zavalia, Buenos Aires, Argentina, 1994.
6. Audit, Bernard, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, página web <http://www.cisp.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html>, consultada el 18 de agosto de 2003.
7. Baeza Torrealba, Jorge e Izwe Elgars, Matías, *El Derecho Uniforme en el Comercio Internacional*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1993.
8. Bangia, R. K., *Indian Contract Act*, octava edición, Ed. Allahabad Law Agency,

Faridabad, India, 1999.

9. Barrera Graf, Jorge, *La Reglamentación Uniforme de las Compraventas Internacionales de Mercaderías. Hacia un Derecho Internacional del Comercio*, Ed. Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, México, 1965.
10. *Black's Law Dictionary*, de Henri Campbell Black, sexta edición, Ed. West Group, St. Paul, Estados Unidos, 1998.
11. Boggiano Antonio, *Contratos Internacionales*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1990.
12. Borda, Alejandro, *La Teoría de los Actos Propios*, tercera edición revisada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2000.
13. Cámara de Comercio Internacional, *Force Majeure and Hardship. Conference Report* de 8 de marzo de 2001, Uniform Law Review 2001, París, Francia.
14. Campusano Díaz, Beatriz, *La Repercusión del Convenio de Viena de 11 de Abril de 1980 en el Ámbito de la Compraventa Internacional de Mercaderías*, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, España, 2000.
15. Chandiramani, Nilima, *Law of Negotiable Instruments*, Ed. Avinash Publications, Mumbai, India, 2002.
16. Chandiramani, Nilima, *The Law of the Contract. An Outline*, segunda edición, Ed. Avinash Publications, Mumbai, India, 2000.
17. Cohen, Nili, *Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*, en *Good Faith and Fault in Contract Law* (editado por Jack Beatson y Daniel Friedman), Ed. Clarendon Press, Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos, 2001.
18. Contreras Buzeta, Magdalena, *Hacia una Modernización de las Normas Chilenas sobre Compraventa de Mercaderías*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1996.
19. Dellafiori Morales, Enrique, *La Buena Fe Contractual*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1986.
20. Díaz, Álvaro y Ramos, Joseph, *Apertura y Competitividad*, en *Construyendo Opciones. Propuestas Económicas y Sociales para el Cambio de Siglo* (editado por René Cortaza y Joaquín Vial), Ed. Dolmen, Santiago de Chile, 1998.
21. Diez-Picazo Ponce de León, Luis, *La Doctrina de los Actos Propios. Un Estudio Crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1963.
22. Díez Duarte, Raúl, *La Compraventa en el Código Civil Chileno*, Ed. Jurídica Ediar Conosur, Santiago de Chile, 1988.
23. Diwan, Paras y Peeyushi, *Private International Law. Indian and English*, cuarta edición revisada, Ed. Deep and Deep Publications, Nueva Delhi, India, 1998.
24. Ekdahl Escobar, Marina Fernanda, *La Doctrina de los Actos Propios. El Deber Jurídico de No Contrariar Conductas Propias Pasadas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.
25. Espina Otero, Alberto y Quintana Hurtado, Alejandro, *Compraventa Internacional de Mercaderías. Análisis de la Convención de las Naciones Unidas*, Editorial Jurídica de

-
- Chile, Santiago de Chile, 1985.
26. Espinosa, Juan Guillermo, *Economía Neoliberal vs. Economía Social en América Latina*, Ed. Dolmen, Santiago de Chile, 2001.
27. Ferreira Rubio, Matilde, *La Buena Fe. El Principio General en el Derecho Civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, España, 1984.
28. Fried, Charles, *La Obligación Contractual. El Contrato como Promesa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.
29. Fueyo Lanieri, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990.
30. Garro, Alejandro M., *Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, de la página web <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/garro1.html>, consultada el 13 de diciembre de 2003.
31. Gómez Minujín, Facundo, *Efectos de la Globalización en el Mundo Jurídico. Un Enfoque Particular en el Área Financiera y de Negocios*, en *Contribuciones 3/98. El Desafío de la Globalización*, Ed. Konrad Adenauer-Stifung A.C., Buenos Aires, Argentina, 1998.
32. Gondra Romero, José María, *La Moderna Lex Mercatoria y la Unificación del Derecho del Comercio Internacional*, Revista de Derecho Mercantil, Santiago de Chile, 1973.
33. Heine, Jorge, *Chile y el Desafío de la India*, en diario *La Tercera*, página web http://www.latercera.cl/articulo/0,5819,3255_5732_48497337,00.html, 20 de enero de 2004.
34. Illescas Ortiz, Rafael, *El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su Sistemática*, en *Revista de Derecho Mercantil* N° 207, Santiago de Chile, 1993.
35. Insulza, José Miguel, *Ensayos sobre Política Exterior de Chile*, Ed. Los Andes, Santiago de Chile, 1998.
36. Jiménez, Guillermo, *ICC Guide to Export-Import Basics. The Legal, Financial and Transport Aspects of International Trade*, Ed. ICC Publishing S.A., Cámara Internacional de Comercio, París, Francia, 1997.
37. Khan, Rahmatullah, *Unification of the Law of International Sale of Goods. Issues and Importance*, en *Law of International Trade Transactions*, Indian Law Institute, Ed. N. M. Tripathi, Mumbai, India, 1973.
38. Le Pera, Sergio, *Compraventas a Distancia*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1973.
39. León Steffens, Avelino, *El Principio de la Autonomía de la Voluntad en el Derecho Civil Internacional*, en *Contratos* (coordinado por Enrique Barros Bourié), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.
40. López Blanco, José Luis, *Manual de Comercio Exterior. La Compraventa Internacional de Mercaderías*, Ed. Bancosorno, 198?
41. López Rodríguez, Ana Mercedes, *Lex Mercatoria*, página web <http://www.retid.dk/artikler/20020046.pdf>, consultada el 15 de septiembre de 2003.
42. López Santa María, *Los Contratos. Parte General*, Tomos I y II, segunda edición,

- Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.
43. Maluenda Parraguez, Rodrigo Esteban, *Contratos Internacionales*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1998.
 44. Markandeya, Subodh y Chitra, *Law Relating to Foreign Trade in India. Being a Commentary on the Foreign Trade (Development and Regulation) Act, 1992*, Ed. Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd., Nueva Delhi, India, 1997.
 45. Mattos, José Carlos S., *Economic Relations Between Latin America and Asia-Pacific. Recent Trends and Future Challenges*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, enero 1993.
 46. Melis, Werner, *Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration*, de la página web http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=12660#pg0 , consultada el 18 de marzo de 2004.
 47. Morales Errázuriz, Guillermo, *Selección del Derecho que Rige el Contrato en el Derecho Internacional Privado*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1985.
 48. Musy, Alberto M., *The Good Faith principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures*, en *Global Jurist Advances*, Volumen 1, 2001.
 49. O. Honnold, John, *Derecho Uniforme sobre Compraventas Internacionales. (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, España, 1987.
 50. Plitz, Burghard, *Compraventa Internacional. Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1998.
 51. Puelinckx, A. H., *Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall Der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances. A Comparative Study In English, French, German And Japanese Law*, de la pág. web http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_documento.php?pubdocid=128100, consultada el 22 de abril de 2004.
 52. Rag, Rajat M., en *The New India. Opportunities and Strategies for Foreign Investment*, Ed. Asia Law & Practice, Hong Kong, 1999.
 53. Ramakrishnan, V., *Guía Actualizada de Leyes de India*, 15 de enero de 2003, página web <http://www.llrx.com/features/indian2.htm> , consultada el 3 de febrero de 2004.
 54. Ramírez Necochea, Mario, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999.
 55. Ramírez Necochea, Mario, *Curso de Derecho Internacional Privado*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1999.
 56. Ramírez Necochea, Mario, *Informe para Jornadas de la OEA de Derecho Internacional*, Lima, Perú, noviembre de 2003.
 57. *Relaciones Económicas Internacionales de Chile. 1994-2000*, Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio Exteriores de Relaciones

- Exteriores de Chile, 2001.
58. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Volumen 28, 2ª parte, sección 1, Santiago de Chile, 1931.
59. Rimke, Joern, *Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with pecific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2000, de la pág. web <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>, consultada el 18 de marzo de 2004.
60. Rodríguez Grez, Pablo, *La Obligación como Deber de Conducta Típica (La Teoría de la Imprevisión en Chile)*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1992.
61. Rugman, Alan M. y Hodgets, Richard M., *Negocios Internacionales. Un Enfoque de Administración Estratégica*, Ed. Mc Graw-Hill, México D.F., México, 2000.
62. Salacuse, Jeswald W., *Transacciones Internacionales. Los Negocios en el Mercado Mundial*, Ed. Gedisa, Barcelona, España, 1993.
63. Salcedo Verduga, Ernesto, *El Uso Mercantil y su Aplicabilidad en el Arbitraje. La Lex Mercatoria*, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, 19 de Abril de 2002, página web http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/uso_mercantil.html , consultada el 27 de octubre de 2002.
64. Samper, Francisco, *Derecho Romano*, N° 204, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1975.
65. Samtleben, Jurgen, *Derecho Internacional Privado en América Latina. Teoría y Práctica del Código de Bustamante*, Volumen 1, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina.
66. Sierralta Ríos, Aníbal, *Contratos de Comercio Internacional*, tercera edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, Perú, 1998.
67. Sierralta Ríos, Aníbal y Olavo Baptista, Luiz, *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional*, tercera edición, Ed. Temis, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1998.
68. Singh, Avtar, *Introduction to Company Law*, novena edición, Ed. Eastern Book Company, Lucknow, India, 2001.
69. Singh, S. N., *The Indian Law of Sale of Goods*, en *Law of International Trade Transactions*, Indian Law Institute, Ed. N. M. Tripathi, Mumbai, India, 1973.
70. Siqueiros, José Luis, *Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, CJI/SO/IV/doc. 6/91, Río de Janeiro, Brasil, julio de 1991.
71. Somarriva Undurraga, Manuel, *Algunas Consideraciones sobre el Principio de la Autonomía de la Voluntad*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXXI, 1937.
72. Strenger, Irineu, *La Notion de Lex Mercatoria dans le Commerce International*, en *Recueil des Cours*, París, Francia, 1991.
73. Traimán, Raquel Susana, *La Regulación Legal de la Compraventa Internacional*, en *Derecho Privado Económico. Contratos y Reparación de Daños*, Ed. Universitaria, Buenos Aires, Argentina, 2000.

74. *Uniform Commercial Code. 2002 Edition. Official Text and Comments*, American Law Institute y National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Ed. West Group, Estados Unidos, 2002.
75. Van Klaveren, Alberto, *Inserción Internacional de Chile*, en *Chile en los Noventa/Presidencia*, Ed. Dolmen, Santiago de Chile, 1998.
76. Vázquez Lepinette, Tomás, *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Navarra, España, 2000.
77. Vázquez Lepinette, Tomás, *La Conservación de las Mercaderías en la Compraventa Internacional*, Ed. Tirant Lo Blanch, Navarra, España, 1995.
78. Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico. Actos Jurídicos y Personas*, Volumen 1, tercera edición, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1998.
79. Vildósola, Patricia, *India. Dirección Obligada*, en Cuerpo A de la *Revista del Campo*, diario *El Mercurio*, 3 de mayo de 2004.
80. Villarroel Barrientos, Carlos y Gabriel, en *Determinación de la Ley Aplicable a los Derechos y Obligaciones Emanados de los Contratos Internacionales*, Revista Chilena de Derecho, Volumen 17, Santiago de Chile, 1990.
81. Virgos Soriano, M., *Derecho Internacional Privado*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1983.
82. West Bradlee, Helen, *A Student's Course on Legal History*, página web <http://szabo.best.vwh.net/lex.html> , 1998, consultada el 20 de agosto de 2003.