

**“HACIA UNA ARMONIZACIÓN DEL
DERECHO CONVENCIONAL DE LOS
CONTRATOS INTERNACIONALES
CONTENIDO EN LAS CONVENCIONES DE
ROMA DE 1980 Y MÉXICO DE 1994”**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

:

Marcelo Echeverría Muñoz.

Christian Maldonado Álvarez.

PROFESOR GUÍA: Sr. Mario Ramírez Necochea

Santiago, Octubre de 2004

..	1
INTRODUCCION .	3
1. PARTE GENERAL . .	5
1.1. ASPECTOS GENERALES DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO CIVIL. .	5
1.1.1. EL CONTRATO EN EL DERECHO CIVIL CHILENO . .	5
1.1.2 LOS CONTRATOS EN LAS LEGISLACIONES INTERNACIONALES . .	7
1.2 EL CONTRATO INTERNACIONAL. .	10
1.2.1 GENERALIDADES. .	10
1.2.2 LA INTERNACIONALIDAD DE LOS CONTRATOS. .	11
1.2.3 LA DOCTRINA EXTRANJERA. . .	12
1.2.4 ALGUNAS LEYES EXTRANJERAS. .	16
1.2.5 EL CONCEPTO DE CONTRATO INTERNACIONAL EN LA LEGISLACION CHILENA. .	17
1.2.6 EL CONCEPTO DE CONTRATO INTERNACIONAL EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CHILENA. . .	19
1.2.7 DEFINICION PERSONAL. . .	21
1.3 PRINCIPIOS GENERALES QUE REGULAN LA CONTRATACION INTERNACIONAL	23
1.3.1 LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD COMO PRESUPUESTO ESENCIAL DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES .	23
1.3.2 LAS SOLEMNIDADES DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES . .	28
1.3.3 LOS CONTENIDOS DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES .	31
1.3.4 LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES . .	34
2. LAS CONVENCIONES DE ROMA Y MEXICO: DOS ESFUERZOS TENDIENTES A LA UNIFICACION DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES .	37
2.1 LA CONVENCION SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES CELEBRADA EN ROMA EL 19 DE JUNIO DE 1980 . .	37
2.1.1 Antecedentes Históricos .	37
2.1.2 La Elaboración de la Convención . .	38
2.1.3 ASPECTOS FORMALES DE LA CONVENCION .	39

2.1.4 ASPECTOS DE CONTENIDO DE LA CONVENCION DE ROMA. . .	46
2.2 LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADA EN MEXICO EL 17 DE MARZO DE 1994 . . .	52
2.2.1 Antecedentes Históricos . . .	52
2.2.2 La Elaboración de la Convención . . .	54
2.2.3 ASPECTOS FORMALES DE LA CONVENCION . . .	54
2.2.4 ASPECTOS DE CONTENIDO DE LA CONVENCION INTERAMERICANA . . .	60
3. HACIA UNA ARMONIZACION DEL DERECHO CONVENCIONAL DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES. . .	69
3.1 PRESENTACION. . .	69
3.1.1 FUENTES PARA NUESTRA ARMONIZACION. . .	70
3.1.2 NATURALEZA DE NUESTRA ARMONIZACION. . .	70
3.1.3 OBJETO DE NUESTRA ARMONIZACION. . .	71
3.2 LA DIVERSIDAD DE ORDENAMIENTOS JURIDICOS EN MATERIA CONTRACTUAL. UN PROBLEMA PENDIENTE. . .	71
3.3 LAS NORMAS DE LOCALIZACION. DIFICULTADES Y SOLUCIONES. . .	73
3.4 EL ROL DE LA AUTONOMIA. ¿AMPLIARLO O RESTRINGIRLO? . . .	75
3.5 EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN RELACION CON LAS LEYES INTERNAS DE LOS PAISES Y LAS NORMAS IMPERATIVAS . . .	77
3.6 LA FORMA Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. . .	78
3.7 MATERIAS COMPRENDIDAS EN EL DERECHO APLICABLE. QUÉ INCLUIR Y QUÉ DEJAR FUERA . . .	80
3.8 ¿DEBEMOS CONSIDERAR DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONTRATOS LAS REGLAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL? . . .	81
CONCLUSIONES GENERALES . . .	85
BIBLIOGRAFIA . . .	89
ANEXOS . . .	91
ANEXO 1. CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES . . .	91
ANEXO 2 . . .	101
ANEXO 3 . . .	107

ANEXO 4 . .	109
ANEXO 5 . .	134
ANEXO 6 . .	134
ANEXO 7. .	135

“A mis padres, a mis hermanos y a todos aquellos que me han acompañado en estas jornadas M.E.M.” “A mi Madre, a mis hermanos y en especial para ti, papá. Todos siempre en mi mente C.M.A.”

INTRODUCCION

Desde hace décadas que el comercio internacional ha experimentado un explosivo aumento en el número de sus transacciones. Ello debido entre otras muchas razones, a la globalización de los mercados, la apertura de las fronteras que facilitan el acercamiento entre partes situadas en distintos países y a una cada vez mayor número de necesidades que no pueden ser satisfechas sino mediante un vínculo de carácter internacional.

Este auge del comercio internacional ha contado con un vehículo concreto: el contrato internacional. Nacido en el seno de las prácticas y usos mercantiles, su vastísima aplicación desde la segunda mitad del siglo XX ha hecho necesaria la creación de regulaciones sea en el derecho interno de los países como en el derecho de los tratados.

El derecho internacional privado ha dedicado grandes esfuerzos para conceptuar, caracterizar, clasificar y atribuirle sus efectos esenciales al contrato. Pero sin lugar a dudas que el problema más relevante en esta materia es la determinación del derecho aplicable al contrato internacional.

Largos y dificultosos han sido los esfuerzos por dotar al derecho de los contratos internacionales de una normativa armónica que se concilie con los distintos ordenamientos internos.

En los inicios de la segunda posguerra se comenzó a reconocer de pronto que el orden internacional pudiese sobreponerse en materias consideradas como de orden público, para toda la humanidad, surge el tema de la participación y de la responsabilidad internacional, no solo atribuible en cabeza de los Estados, sino en cabeza de los individuos.

Lo anterior junto a instrumentos jurídicos insuficientes en muchos casos. Incertidumbre acerca de la legislación aplicable, del contenido y del alcance de sus preceptos, algunas veces barreras lingüísticas; son algunos de los retos con los que se confrontan los contratantes. Las mismas normativas nacionales pertinentes para la regulación de la contratación mercantil internacional a menudo se consideran fragmentarias e inadecuadas cuando no obsoletas o contradictorias.

Esto junto al tema de la apertura económica y la búsqueda de la seguridad jurídica justifican de manera más que suficiente la preparación de un ordenamiento jurídico internacional de carácter regional primero, pero que luego llegue a ser universal.

En ese sentido el logro más ampliamente reconocido es el Convenio de Roma de 1980 sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales. Dicho convenio, el cual pretendía desde su creación ser de aplicación universal, ha sentado bases para la elaboración de otro documento nacido en el seno de la OEA que quiso elaborar las normas que regularían la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales. Esta fue la Convención Interamericana firmada en México en 1994. Lamentablemente, la aceptación de ambas convenciones no ha sido todo lo amplia que se hubiera querido, lo que es más patente en el caso de la Convención de México. Esto nos da algunos indicios que nos llevan a afirmar que estas normativas distan de ser perfectas, pero no por ello no son perfectibles.

El presente trabajo tiene como objeto de análisis el contrato internacional. Hemos elaborado una parte general en que se elaboran los lineamientos de los que es el contrato, en primer lugar en el derecho chileno, y en segundo, enunciaremos brevemente las definiciones que diversas

legislaciones internas extranjeras han dado al contrato. En seguida nos dedicaremos al estudio del contrato internacional desde el punto de vista doctrinario. Aspectos como los principios que gobiernan los contratos internacionales (autonomía de la voluntad, locus regit actum), los hemos incluido en mayor detalle pues consideramos que sirven de base para el entendimiento de los capítulos posteriores. En los capítulos siguientes estudiaremos las convenciones ya señaladas, poniendo especial énfasis en los aspectos de contenido que ilustran para la determinación del derecho aplicable. En el capítulo final, nos hemos propuesto elaborar nuestra propia teoría acerca de lo que sería necesario para tender a una armonización del derecho de los contratos internacionales. Finalmente, se agrega un apartado de anexos con los textos completos del Convenio de Roma y sus protocolos interpretativos, las resoluciones de las CIDIP en que se promueve la creación de un derecho común en materia de contratación internacional, la Convención de México y los Principios que ha elaborado el UNIDROIT en este ámbito, los cuales hemos considerado debido a su cada vez mayor influencia y aplicación en el comercio internacional.

1. PARTE GENERAL

1.1. ASPECTOS GENERALES DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO CIVIL.

1.1.1. EL CONTRATO EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

1.1.1.1. Definiciones.

En nuestro derecho civil han sido muchos los autores que se han dedicado a la tarea de definir lo que es el contrato. Así, Arturo Alessandri Rodríguez lo define “como la convención generadora de obligaciones o bien, el acuerdo de las voluntades de dos o más personas destinado a crear obligaciones.”¹

Jorge López Santa María, por otro lado, da un concepto más simple de contrato como “un acto jurídico bilateral o convención que crea obligaciones”.² Con esta definición

¹ Alessandri Rodríguez, Arturo: *De los Contratos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1940. pág. 3

² López Santa María, Jorge: *Los Contratos. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I Segunda Edición. 1998. pág. 15

se atiende al vínculo, elaborado por la doctrina clásica, entre la convención y el contrato, como una relación de género a especie.

Similar definición nos entrega otro autor que señala que contrato “es la convención destinada a producir obligaciones.”³

En nuestro derecho positivo se da una definición de contrato -la cual ha sido ampliamente criticada por una abrumadora mayoría de la doctrina y cuyo debate no es tema del presente trabajo-, en el artículo 1438 del Código Civil, el cual establece 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”.

En todas las definiciones anteriormente dadas tenemos como gran elemento vinculante a la voluntad; se atribuye a la voluntad de los contratantes un poder soberano para engendrar obligaciones. El consentimiento de las partes es fuente de las obligaciones contractuales y a la vez, medida de dichas obligaciones. La intención de las partes domina, así, la formación, génesis o nacimiento del contrato y también sus efectos o consecuencias. En posteriores capítulos reasumiremos el tema de la voluntad referido a los contratos internacionales.

1.1.1.2 Características del contrato

En términos generales podemos señalar las características que en nuestra doctrina se han dado del contrato; en primer lugar, como señala Alessandri Rodríguez, es necesario y basta que exista un acuerdo de voluntades de dos o más personas que genere obligaciones, además éstas voluntades no tienen que ser necesariamente contrapuestas; tampoco es necesario, según el mismo autor, que el contrato sólo deba crear obligaciones y que éstas sean de efecto transitorio o temporal, pues si así lo afirmáramos, no podríamos decir que ciertos actos como el matrimonio, las capitulaciones matrimoniales o el contrato colectivo de trabajo son a su vez, contratos. Por el contrario, estos ejemplos sirven para afirmar que en ciertos casos los contratos dan origen a una situación jurídica permanente.⁴ En similares términos lo expresa Ramón Meza Barros al decir que el “contrato abarca todo concierto de voluntades tendiente a crear obligaciones, tanto en el campo de los derechos patrimoniales como de los derechos de familia, sin atender a sus resultados transitorios o perdurables.”⁵

1.1.1.3 El Contrato y su función social

El contrato como institución, entonces, escapa del ámbito meramente económico y entra de lleno en una esfera netamente social. Existen esferas tales como el transporte, el trabajo, la educación, la cultura, y otras más las cuales implican en muchas ocasiones

un efecto social o de relación de cooperación, las que necesitan irremediablemente

³ Meza Barros, Ramón: *De las fuentes de las obligaciones*. Tomo I Editorial Jurídica de Chile Octava Edición, 2000 pág. 9

⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo: *op. cit.* pág. 5

⁵ Meza Barros, Ramón: *op. cit.* pág. 10

de contratos para poder desenvolverse

1.1.1.4 La fuerza obligatoria de los contratos

En capítulos posteriores trataremos el tema de la obligatoriedad en el ámbito de los contratos internacionales. Mientras tanto, esbozaremos los aspectos generales que servirán de base para una mejor comprensión ulterior.

Existe un conocido aforismo en el ámbito del derecho que resume este principio: nos referimos al *pacta sun servanda*, que en su acepción literal quiere decir “los pactos deben observarse”, es decir, y en pocas palabras, lo acordado obliga a las partes.

En nuestro ordenamiento jurídico dicho importantísimo principio se encuentra acogido en el artículo 1545 del Código Civil que expresa “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”.

Pero claramente no es el Código Civil chileno el único que reconoce positivamente el principio *pacta sun servanda*. Tenemos ejemplos en el derecho comparado como el Código napoleónico de 1804 (art. 1134-1), el código civil español de 1889 (art.1901), el código civil italiano de 1942 (art.1372), el código civil peruano de 1984 (1361-1), etc.

1.1.1.5 El dominio del contrato

No podemos dejar de reconocer que el ámbito del contrato es vastísimo. Su aplicación es de uso masivo, de acuerdo al cada vez mayor número de necesidades a las que debemos enfrentarnos. El contrato es requerido una y otra vez dentro de disciplinas como el derecho público, el derecho privado, y por supuesto, el derecho internacional. En materia de tratados, éstos son verdaderos contratos entre Estados. Alessandri nos dice que el campo más fecundo es dentro del derecho privado, incluyendo dentro de éste no sólo lo estrictamente patrimonial, sino también el derecho de familia. Sin embargo, el mismo autor nos deja en claro que entre los contratos pertenecientes al derecho de familia y los meramente patrimoniales existe una diferencia fundamental, cual es que los contratantes en los primeros, están imposibilitados para alterar los efectos que les atribuye la ley, ni la duración que ésta les fije, ni tampoco pueden celebrar otros contratos que los expresamente contemplados en la ley.⁶

1.1.2 LOS CONTRATOS EN LAS LEGISLACIONES INTERNACIONALES

1.1.2.1 Generalidades.

El estudio de los contratos se ha abordado de distintas formas en las diversas legislaciones internacionales, con el fin de delinear sus características esenciales, los elementos que lo conforman y los efectos que le otorgan su forma que le es propia en relación a las demás instituciones de derecho privado. Hemos creído del todo útil incluir

⁶ Alessandri Rodríguez, Arturo. *op. cit.* pág. 7

este número en atención a que nos entregarán un marco dentro del cual situaremos lo que nos interesa, cual es, el tema del contrato internacional. Tener en cuenta los distintos ordenamientos internos nos dará una mejor perspectiva de esta manifestación de la voluntad negocial, llamada contrato.

1.1.2.2 Código Civil Francés.

Esta gran obra jurídica, de tan amplia influencia en el derecho civil europeo continental así como latinoamericano, define lo que es el contrato en su artículo 1101 como “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 así definido tiene como objeto la prestación (el dar, hacer o no hacer alguna cosa), lo que es lo mismo que decir el conjunto de derechos y obligaciones que emanan de la relación jurídica contractual. Recordemos además, una diferencia fundamental con los derechos americanos –con exclusión del common law--, cual es el efecto de transferir derechos reales por el solo hecho de celebrarse que tiene el contrato francés (sin que para la transferencia del dominio se requiera de posterior tradición), y que es el llamado efecto real del contrato.

1.1.2.3 Código Civil Alemán.

El Código Civil Alemán no dedica un artículo específico para definir el contrato, a pesar que contiene una sección completa a las obligaciones contractuales en el libro segundo. Anteriormente, es puesto como encabezado en el título tercero de la sección tercera llamada “Negocios Jurídicos”, que a su vez es parte del libro primero. Esta mención preliminar (§145 y siguientes), en todo caso, se refiere específicamente a la formación del consentimiento. En cambio, en el libro segundo (§305 y siguientes), hace un análisis más pormenorizado de las obligaciones contractuales, pero siempre subordinando este tipo de obligaciones al concepto mucho más amplio y que se contempla en el derecho alemán del “negocio jurídico”. Señalemos que este concepto ha sido acogido tanto en las doctrinas italiana así como alemana dentro de los actos voluntarios del hombre. Frente al tradicional concepto de acto jurídico, podemos decir que caracteriza al negocio jurídico el hecho de que los efectos por él producidos son los queridos por su autor o por las partes, de tal modo que dichos efectos surgen como consecuencia inmediata y directa de la voluntad. En cambio, en el acto jurídico no siempre los efectos producidos vienen unidos a la voluntad de las partes.⁷

1.1.2.4 Código Civil Italiano.

El derecho italiano también nos entrega una definición de contrato en su artículo 1321: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”. Existe una diferencia fundamental con la definición legal francesa, pues el objeto del contrato para la ley italiana es la “relación jurídica”, y no la prestación. Asimismo, debemos señalar que la definición de más arriba es dada desde el punto de vista económico, pues excluye de la definición las relaciones jurídicas que no

⁷ Vial del Río, Víctor: *Teoría General del Acto Jurídico*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Segunda Edición. 1991. pág. 29.

sean patrimoniales, como los que se celebran dentro del ámbito del derecho de familia.

1.1.2.5 E.E.U.U.: Restatement of the law of contracts y Código Uniforme de Comercio.

El Restatement of the law, editado por el American Law Institute es una de las obras jurídicas de mayor relevancia en el derecho mundial, pues aglutina toda la normativa norteamericana en materia de derecho privado, comentándola, ilustrándola con casos ficticios y reales ocurridos en las cortes norteamericanas y relacionándola con otras ramas del derecho.⁸ Uno de sus libros más significativos es el Restatement of contracts, second, que data del año 1971 y que en su parágrafo 1 llamado “Contrato definido” señala que “un contrato es una promesa o un conjunto de promesas para cuyo incumplimiento la ley da un recurso o el comportamiento al cual la ley en alguna forma reconoce como un deber.” Lo interesante de esta definición es que ha sido formulada desde el punto de vista de los efectos del contrato, más que en sus elementos que lo identifican de otro acto jurídico. Además identifica el contrato con la promesa. Como el término es usado en el Restatement en esta materia, tanto “contrato” como “promesa” denotan el acto o actos de prometer. Pero, a diferencia del término “promesa”, “contrato” se aplica sólo en aquellos actos los cuales tienen un efecto legal como se establece en la definición dada. De esta manera, la palabra “Contrato” es común y más propiamente usada también para referirnos a la obligación legal resultante o a todo el complejo de relaciones legales resultantes. Por lo demás, el código uniforme de comercio §1-201(11), define contrato en términos de una “obligación legal y total que resulta del acuerdo de las partes”, lo que nos confirma que para el derecho de Estados Unidos, el contrato equivale a la obligación misma.

1.1.2.6 Código Civil Argentino

El código civil argentino define el contrato en su artículo 1137 señalando que “habrá contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos.” El derecho argentino, al igual que nuestro derecho, considera al contrato como fuente de obligaciones. Asimismo, carece de efecto real, pero además en esencia es exclusivamente patrimonial, en oposición a otros no patrimoniales como los llamados actos jurídicos de familia. La definición del artículo 1137, aunque no lo hace expresamente, distingue el contrato de la convención, dentro de una relación de género a especie, pero en un doble sentido. En primer lugar, permite afirmar que la convención es el acto jurídico destinado a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, mientras que el contrato es la convención destinada a crear derechos y obligaciones. Pero además se le da una significación patrimonial, al decir que el objeto del contrato debe ser de naturaleza pecuniaria, mientras que la convención puede tener como objeto una prestación que no sea apreciable en dinero. Esto se desprende, además, de la lectura del artículo 1169 que establece que la prestación objeto de un

⁸ En palabras de J.H.C. Morris es “el más impresionante, exhaustivo y valorable trabajo...que se ha producido jamás en cualquier país, lenguaje y tiempo”. Citado por Antonio Boggiano en *Contratos internacionales*. Ediciones de palma. Buenos Aires.1995. 2ª edición. pág. 3

contrato debe ser susceptible de apreciación pecuniaria.

1.1.2.7 Código Civil Peruano

Hemos incluido este cuerpo legal, debido en primer lugar a que es uno de los más recientes códigos civiles de nuestro continente, pero además porque ha innovado en el sentido de incluir en él un libro especialmente dedicado al derecho internacional privado (Libro X). La definición de contrato la da el artículo 1351 que señala que “el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. Esta definición, tal como lo hace el derecho argentino, da al contrato un carácter eminentemente patrimonial.

Hemos aquí señalado los lineamientos básicos que nos permitirán adentrarnos aún más en el tema que nos atañe. Ciertamente que un estudio acabado del tema de los contratos excede el presente trabajo. Sin embargo, hemos creído necesario este esquema preliminar a fin de aclarar ciertos conceptos previos en el tema que nos ocupa.

1.2 EL CONTRATO INTERNACIONAL.

1.2.1 GENERALIDADES.

Una vez llevada a cabo la Revolución Industrial comenzó la masiva internacionalización de las relaciones entre particulares de diferentes Estados, tanto en materia política como económica y social. Antes, durante el siglo XIX y comienzos del XX la noción de “contratos internacionales” no era usada por los autores, quienes solamente hablaban de “conflictos de leyes relativos a contratos”. El estatuto especial de “contratos internacionales” se le otorgó a los respectivos contratos con el auge de los intercambios económicos internacionales que siguió a la segunda gran guerra, y el rápido crecimiento que éstos experimentaron durante la segunda revolución industrial y el período de descolonización. El aumento del número y valor de las operaciones de transferencia de mercaderías, servicios, dineros y créditos, junto con el auge del comercio internacional, llevaron a abrir un espacio de debate entre los autores y juristas, acerca de la suficiencia del concepto tradicional de contrato, y a la vez, a tratar de obtener de forma más precisa el concepto de contratos internacionales.

Dar un concepto propiamente tal de contrato internacional no había generado un interés en la doctrina. Lo anterior pudo deberse a que no eran tan comunes las contrataciones internacionales, y éstas sólo pertenecerían a un tema de clasificación entre contratos celebrados dentro de un país y aquellos celebrados con algún integrante extranjero. Sin embargo, de a poco ha ido creciendo un interés por este tema.

Algunos autores aluden al concepto que tratamos en nuestro trabajo, de forma tangencial al tratar los temas de autonomía de la voluntad o del fraude a la ley.

Una noción que comúnmente se encuentra en los textos, es que un contrato

internacional es todo acuerdo bilateral de voluntades generador de obligaciones, que contiene algún “elemento internacional”. Esta última frase es importante en nuestro estudio, ya que, si todas las relaciones jurídicas fueran internas, sin elementos extranjeros, bastarían los respectivos ordenamientos estatales para regularlas.

Para que la contratación sea internacional requiere de esos elementos internacionales, pero a la vez estos deben ser relevantes. Los contratos internacionales pertenecen al ámbito privado internacional, por ello abarca tanto a las personas como a instituciones y a Estados siempre que todos ellos actúen en él a título particular.

1.2.2 LA INTERNACIONALIDAD DE LOS CONTRATOS.

Entender la “internacionalidad” de un contrato requiere analizar diversas soluciones. En el ámbito normativo convencional interno de cada Estado pueden diferir los criterios para catalogar la “internacionalidad” de un contrato. Del mismo modo en convenios multilaterales que tratan sobre contratación internacional, como por ejemplo, la Convención de Viena (ONU) sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (hecha en Viena, Austria, el 11 de abril de 1980, art. 1) dice que aplica sus principios “a los contratos celebrados entre partes que tienen sus establecimientos en Estados diferentes (si tales Estados son Partes Contratantes de la Convención), o cuando las normas de derecho internacional privado prevén la aplicación de la ley de un Estado Contratante. Para la aplicación de este instrumento no se tendrán en cuenta, ni la nacionalidad de las partes, ni el carácter civil o comercial de ellas o del contrato, solamente la calidad de Estado Parte de la Convención”.

En la Convención de Roma (hecha en Roma el 19 de junio de 1980) sobre La Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, su ámbito de aplicación va dirigido a las situaciones que involucren un conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales. Al respecto, la elección por las partes de una ley extranjera (acompañada o no de la de un tribunal extranjero) no es suficiente por sí, para catalogar de “internacional” el contrato, si el resto de tales elementos (por ejemplo: lugar de celebración, de negociación, de ejecución, etc.) se encuentran localizados en un solo país.

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México), establece 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 vínculos de conexión más estrechos con más de un Estado Parte”. No obstante la laxitud de la segunda hipótesis, queda claro que la voluntad de las partes no es suficiente para “internacionalizar” el contrato.

Los principios de UNIDROIT no adoptan expresamente ninguno de estos criterios. Para ellos existe la presunción de que el concepto de “internacionalidad” debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, para que únicamente queden excluidas de dicha calificación aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad.

En resumidas cuentas la internacionalidad de un contrato involucra factores tales como la ley elegida por las partes contratantes, o las normas de derecho internacional

que los rija, la residencia habitual de estas mismas, o el domicilio de sus establecimientos, entre otras cosas. Todos estos factores se analizarán durante el desarrollo del trabajo para ver su influencia en la categoría de –internacional- que se le da a estos contratos.

1.2.3 LA DOCTRINA EXTRANJERA.

La doctrina extranjera utiliza un abanico de criterios que van desde el económico hasta el jurídico. Incluso algunos caen en el error de mirar a los contratos sólo en el ámbito comercial dejando de lado los de carácter civil o de trabajo, ya que, miran solamente el tema del comercio internacional.

Un pionero en la materia y por tratar en forma detallada y seria este tema, es que sus opiniones son fundamentales en materia de contratos internacionales, es el profesor BATIFFOL. Su trabajo más antiguo respecto de los contratos internacionales es “Los conflictos de leyes relativos a los contratos”, publicado por primera vez en Francia en 1938, si bien no habla ni define un contrato internacional, como la mayoría de la doctrina, su obra y su labor es un pilar fundamental para analizar el tema. Esto es tan así porque la mayoría de la bibliografía consultada para este trabajo tanto general como especializada nos dan de referencia su obra.

En su opinión involucra un criterio económico como jurídico para catalogar de internacional a un contrato; así declara que “un contrato es internacional cuando pone en juego los intereses del comercio internacional (criterio económico) y los elementos de conexión del contrato se encuentran repartidos en diferentes estados (criterio jurídico)”⁹. Esta definición es acogida por la jurisprudencia francesa y además por el artículo 1472 y 1492 del Código de Procedimiento Civil francés; el primero enuncia su característica esencial al afirmar que: “Es internacional el arbitraje que pone en juego los intereses del comercio internacional”, y el segundo al definir al contrato internacional como “aquel que afecta el interés del comercio internacional o bien la operación que sobrepasa el marco de una economía interna, creando un flujo de bienes, divisas o servicios a través de las fronteras”.

A nuestro parecer la definición de Batiffol es incompleta y errónea, pues trata a los contratos en general dentro del juego de los intereses del comercio, y sólo si dicho comercio

es internacional el contrato lo es. Su obra trata el concepto de contrato internacional en forma tangencial al hablar sobre la determinación del Derecho aplicable en materia comercial y los límites a la autonomía de la voluntad. Si bien los contratos comerciales prácticamente son la mayoría, Batiffol en su definición deja fuera a los contratos civiles y de trabajo. Su concepto además resulta incompleto, pues no precisa cuándo el contrato pone efectivamente en juego los intereses del comercio internacional. Para lograr un buen concepto de contrato internacional el solo criterio jurídico es insuficiente ya que atribuye una importancia similar a todos los elementos de conexión.

⁹ Batiffol, Henri Lagarde, Paul. *Droit International Privé*, Editorial Dalloz, Paris, 1980, Tomo II pág.276.

Otro autor es OLE LANDO. Activo interventor en la elaboración de la Convención de Roma de 1980 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. Es un fiel representante de los sistemas escandinavos de derecho Internacional Privado, es uno de los grandes especialistas extranjeros en los contratos internacionales. Su criterio para catalogar de internacional a un contrato se rige por dos factores a considerar copulativamente: “cuando las partes tienen el lugar de sus negocios en diferentes Estados”... “y bienes, servicios y /o dineros tienen que cruzar una frontera para que el contrato sea ejecutado”.¹⁰

El autor norteamericano WILLIAM REESE, que fue relator del Segundo Restatement on the Conflict of the Laws, sostiene que “los contratos internacionales”, son contratos con elementos económicos o jurídicos en dos o más Estados nacionales. Dichos contratos se pueden concretar entre Estados, entre un Estado y un particular, o exclusivamente entre particulares”¹¹.

Nuestro trabajo al igual que la postura de este autor estará orientado a demostrar cómo diferentes derechos se podrían aplicar para regir los diversos aspectos de los contratos internacionales. Respecto a esto último podemos agregar que los contratos tienen formalidades que se rigen por la ley del lugar, que en cuanto a las partes rige la ley personal, y en cuanto a sus efectos opera la autonomía de la voluntad.

La amplitud de la noción dada por este autor, no la seguimos por ser muy amplia. Nosotros lo que buscamos es un concepto intermedio entre estas visiones amplias y las delimitadas a ciertos aspectos como los comerciales.

El Restatement es una recopilación de jurisprudencia norteamericana y no una ley. Sin embargo, es una obra que goza de gran prestigio y es de consulta permanente en la práctica de Estados Unidos.

GEORGES DELAUME. La visión de este autor representa para la gran mayoría de la doctrina una excepción, pues su trabajo lo ha llevado a dar un concepto amplio de contrato internacional. Su trabajo lo ha hecho basado tanto en el sistema jurídico francés como en el norteamericano. Uno de sus artículos llamado “¿Qué es un contrato internacional? Un dilema norteamericano y francés”¹², se dedica a analizar la jurisprudencia de ambos países. Sabemos que la generalidad de la doctrina no ha dado un concepto general de los contratos internacionales, y en cuanto a la jurisprudencia francesa, sabemos que ésta sigue los mismos términos que Battifol, en cuanto a que son internacionales los contratos que ponen en juego los intereses del comercio internacional.

G. Delaume al analizar la jurisprudencia norteamericana, señala que un contrato es internacional cuando reúne los siguientes elementos: que las partes sean de diferentes

¹⁰ Lando, Ole. *The Conflict of Laws of Contracts. General Principles*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1980, tomo I, pág. 286.

¹¹ Reese, William: *Internacional Contracts*. Parker School of foreign and Comparative Law, 1981, pág. 4.

¹² Delaume, Georges. *What is an international contract? An American and Gallic Dilemma*. en: *International and Comparative Law Quarterly*, 1979, págs.258 y ss.

nacionalidades, que las negociaciones y ejecución hayan tenido lugar en diferentes países, y que el contrato este referido al comercio internacional.

IRINEU STRENGER. Siguiendo los postulados de Batiffol este autor brasileño se refiere exclusivamente a los contratos internacionales de comercio, sosteniendo que ellos son “todas las manifestaciones bi o plurilaterales de la voluntad libre de las partes, objetivando relaciones patrimoniales o de servicios, cuyos elementos se vinculan con dos o más sistemas jurídicos, por fuerza del domicilio, nacionalidad, sede principal de los negocios, lugar del contrato, lugar de ejecución o cualquier otra circunstancia que exprese un nexo indicativo del Derecho aplicable”.¹³

Esta noción otra vez es excesivamente amplia, en relación a los elementos objetivos que debe reunir un contrato internacional los asimila a la vez, y solo hace referencia al ámbito del comercio internacional; por eso también deseamos esta posición.

M. VIRGOS SORIANO. Analizando el hecho de que debe existir un conflicto de leyes para que opere la Convención de Roma acerca del Derecho aplicable a los contratos internacionales de 1980, este profesor español señala que un contrato internacional requiere y debe suponer de por medio y para tales efectos un movimiento de personas, bienes, cosas, servicios o pagos a través de las fronteras internacionales. La internacionalidad de un contrato es una noción que no se puede circunscribir en términos muy concretos y la labor de cada juez en su caso será apreciarla teniendo en cuenta todos los factores que están involucrados para que un contrato sea internacional.¹⁴

QUINTÍN ALFONSÍN. Este jurista uruguayo ha tenido mucha influencia en Chile, pero tampoco ha dado una visión más restringida ni directa al concepto de contrato internacional. Aún más, no usa tal denominación, sino lo que hace es contraponer a los contratos nacionales los extranacionales. “Los primeros tienen todos sus elementos

nacionales y afectan, por consiguiente, a una sola sociedad nacional; tal un contrato entre personas que pertenecen a la sociedad uruguaya, celebrado en la sociedad uruguaya y que

debe ejecutarse enteramente en la sociedad uruguaya. Estos contratos nacionales se rigen por el orden jurídico nacional correspondiente (...) En cambio, el contrato extranacional no tiene todos sus elementos nacionales ni afecta exclusivamente a una sociedad nacional; tal un contrato entre personas que pertenecen a la sociedad A, celebrado en la sociedad B y que debe ejecutarse en la sociedad C”¹⁵.

Lo que nos da este autor es una definición negativa, indicando que será calificado como internacional, aquel contrato que “...no tiene todos sus elementos nacionales ni afecta exclusivamente a una sociedad nacional...”.

¹³ Strenger, Irineu. *Contratos Internacionais do Comercio*. Sao Paulo, 1986, pág. 92.

¹⁴ Virgos, M. citado en: González Campos, Julio y otros. *Derecho Internacional Privado*, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pág. 208-210

¹⁵ Alfonsín, Quintín. *Régimen Internacional de los Contratos*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950, pág. 7

Encontramos en esta postura algunos elementos que adoptaremos más adelante para conceptualizar los contratos internacionales. Pero debemos hacer un reparo en cuanto a la denominación de contrato “extranacional”, ya que, esta palabra alude inevitablemente al domicilio de las partes, que para nosotros no es un elemento suficiente para que un contrato sea internacional, y también porque da la idea de que dicho acuerdo no tiene conexión con ningún ordenamiento nacional.

Con el mismo inconveniente se presenta la postura de esta autora argentina llamada BERTA KALLER DE ORCHANSKY. Según ella un contrato extranacional (no habla de

internacional) es aquel destinado a ser cumplido en un lugar distinto a aquel en que fue

celebrado. Puede tratarse de un contrato extranjero para ser cumplido en la República, o

celebrado fuera del territorio nacional sin indicarse cuál será el lugar de cumplimiento.

“Desde un punto de vista teórico, la presencia de un elemento no nacional debe transformar el contrato en extranacional; es suficiente que uno de los elementos –personal, real o conductista- aparezca conectado con una sociedad distinta de la local, para que la relación jurídica devengue en extranacional”.¹⁶

Pero aquí se presenta el mismo problema con el autor anterior en el sentido de darle valor a uno solo de los elementos (domicilio de la celebración debe ser extranacional al del cumplimiento) no es suficiente para que el contrato sea internacional, necesita la intervención de otros factores.

WERNER GOLDSCHMIDT. Este profesor argentino tiene una concepción en términos más claros y directos que su par Alfonsín. Para Goldschmidt “un contrato es internacional si su lugar de celebración o su lugar de cumplimiento o el domicilio de una de las partes en el momento de la celebración se halla en el extranjero.”¹⁷ Se trata de la misma concepción de Alfonsín pero aceptando la denominación de “internacional”, que es la que universalmente hoy se está imponiendo en doctrina. Pero su posición nos merece la misma objeción en cuanto a no considerar los demás elementos que interfieren para que un contrato sea internacional.¹⁸

ANTONIO BOGGIANO. Con un criterio jurídico este profesor argentino señala que un contrato es internacional tanto si en su celebración y ejecución se vincula a varios sistemas jurídicos por los domicilios de oferentes y aceptantes, como si su ejecución es multinacional.¹⁹

La posición de este autor argentino logra conjugar más elementos y es una de las

¹⁶ Kaller de Orchansky, Berta. *Derecho Internacional Privado*. Editorial De Palma, Buenos Aires, 1990, pág. 399 y 400

¹⁷ Goldschmidt, Werner. *Derecho Internacional Privado*. Quinta Edición, De Palma, Buenos Aires, 1985, pág. 393.

¹⁸ La opinión de estos autores ya fue citada en el trabajo: Maluenda Parraguez, Rodrigo. *Los Contratos Internacionales en el Derecho Chileno*. Memoria de Prueba, 1995. págs. 10-15.

bases para desarrollar nuestro trabajo.

RONALD HERBERT. Este profesor uruguayo, abordando un criterio económico, entiende que un contrato es internacional cuando el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes afecten directamente a más de una economía nacional.²⁰

Se recoge también una conceptualización pero económica de los contratos internacionales. En este sentido, se sostiene que no porque los establecimientos de los contratantes estén situados en diferentes países el contrato que ellos han concluido debe calificarse como internacional, sino que el contrato interesa a la economía de dos países diferentes. Esta circunstancia es la que cuenta económicamente. Sobre esto último agrega BRUNO OPPETIT que: “a esta extensión del ámbito de acción del comercio internacional corresponde la aparición, o el perfeccionamiento, de instrumentos jurídicos que una terminología nueva tiende a englobar bajo el vocablo de “contratos económicos internacionales”, indicando con ello el carácter más comprensivo del concepto contractual y dando importancia más a la sustancia misma del contrato que a sus elementos formales.²¹

Respecto al tema anterior y como lo recogió el artículo 1492 del Código de Procedimiento Civil francés de 1981, el contrato internacional sería aquel que afecta el interés del comercio internacional o bien la operación que sobrepasa el marco de una economía interna, creando un flujo de bienes, divisas o servicios a través de las fronteras.

La crítica que nos merecen estas últimas dos visiones es que se circunscriben sólo al ámbito comercial, en específico lo ve como un tema económico y así quedan fuera materias propias a tratar en contratos civiles y contratos de trabajo.

1.2.4 ALGUNAS LEYES EXTRANJERAS.

En determinadas leyes extranjeras y tratados que hemos podido consultar, como el Convenio de Roma de 1980, el Restatement (Second) on the Conflict of Laws, el Código Español y el Código Argentino, no se definen en forma explícita los contratos internacionales, pero ya hemos dicho que se tratan en forma tangencial; y también se toca

explícitamente pero en un sentido comercial, en el Código de Procedimiento Civil francés.

El Restatement (Second) on the Conflict of Laws, al igual que su antecesor no define al contrato internacional sino que da soluciones a los conflictos de leyes que se presentan en este ámbito, aplicando entre otros principios el de los “vested rights”, o derechos

¹⁹ Citado en Hargain-Mihalt. *Contratación Mercantil Internacional en el MERCOSUR*. Buenos Aires. Ediciones B. de F. 1993. pág. 7.

²⁰ Herbert, Ronald: En memoria de prueba *Regulación jurídica del MERCOSUR respecto de los contratos internacionales*. Autor: María Teresa Ripoll S., Profesor Guía Don Avelino León Steffens, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2001.

²¹ Oppetit, Bruno. *L'arbitrage et les contrats internationaux de longue durée*, *Revue de L'arbitrage*, 1976, pág.91

adquiridos, y el de la relación más estrecha, o “the most significant relationship”.²²

Donde si se ha tratado lo que se entiende por contrato internacional es en la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994. En este sentido, la Convención entiende que un contrato es internacional cuando las partes tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte; que la Convención se aplica a contratos celebrados en, o en que sean parte, Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes del contrato la excluyan expresamente; y que, cualquier estado Parte, puede, al momento de firmar, ratificar o adherirse a ella, declarar a qué clase de contratos se aplicará la misma (art. 1).

1.2.5 EL CONCEPTO DE CONTRATO INTERNACIONAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

Como ya hemos dicho, que en nuestra legislación y al igual que en muchas otras aun no se ha definido lo que son los contratos internacionales, es que hemos sacado de algunas de ellas algunos elementos para comenzar a construir un concepto de contrato internacional. Estas leyes son las siguientes:

1.2.5.1 El Código Civil.

En nuestro Código Civil no encontramos una definición ni expresión de “contrato internacional”. Sin embargo, encontramos normas más relacionadas con la contratación internacional y que son:

“Artículo 16: “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 a las leyes chilenas.”

“Artículo 17: La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento.

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese”.

“Artículo 2411: Los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero darán hipoteca sobre bienes situados en Chile, con tal que se inscriban en el competente Registro”.

En ninguno de los tres artículos citados anteriormente aparece la expresión

²² Ramírez Necochea, Mario. *Manual de Derecho Internacional Privado*, Editorial Conosur, 1994, págs. 52 y 53.

“contratos internacionales”, aunque sí se hace alusión a los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile y, a que se arreglaran a las leyes chilenas como una manifiesta forma de solucionar algún conflicto de leyes que surja en esta materia.

1.2.5.2 El Código de Comercio.

No agrega mucho este texto legal en cuanto a conceptuar a los contratos internacionales, no usa dicha expresión. Sólo se preocupa de la regulación de los efectos que tienen en Chile los contratos celebrados en el extranjero. Así lo vemos en el artículo 113: “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 deba 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 cualquiera 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”.

La última parte de esta disposición nos muestra uno de los factores de conexión de las normas de conflicto y es aquí donde se apoya la doctrina de la autonomía de la voluntad para proclamar el primer reconocimiento legislativo chileno sobre la misma.

1.2.5.3 El Código de Bustamante.

Este Código de Derecho Internacional Privado tampoco se preocupa de dar un concepto de contrato internacional, incluso al tratar de los contratos los separa en civiles y comerciales dándoles disposiciones apartes y tratándolos en capítulos distintos.

1.2.5.4 El Decreto Ley N°2.349 de 1978.

En su artículo 1° inciso 1° dispone: “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”.

Este cuerpo normativo chileno nos da por primera vez una noción general de contrato internacional, pero sin definirlo aun expresamente. Sólo, se limita a declarar que los pactos destinados para que los contratos internacionales queden sujetos al Derecho extranjero, son válidos. Y que, el ámbito de aplicación de este decreto ley no se extiende a todos los contratos internacionales como esperamos definirlo sino que vuelve a caer en las mismas objeciones planteadas a la doctrina extranjera, ya que, según se desprende del propio artículo presenta una doble limitación: en cuanto al objeto (“negocios u operaciones de carácter económico o financiero”) que sería comercial; y en cuanto a los sujetos que los celebran (“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”) dejando fuera a los particulares.

1.2.5.5 La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

En esta Convención se delimita el ámbito de aplicación de los contratos internacionales a la compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes. Tampoco da una definición de contrato internacional y si se pudiera presumir alguna ésta tendría el problema de que el texto legal sólo atiende un ámbito comercial, y no saldría otra definición que las ya expuestas anteriormente al tratar la doctrina extranjera.

1.2.5.6 Otros textos legales.

En nuestro ordenamiento jurídico existen otros cuerpos normativos que, no dando un concepto de los contratos internacionales, se encuentran relacionados con ellos de forma tangencial por la materia que rigen. Estos serían entre otros: la Convención Interamericana sobre reglas Generales de Derecho Internacional Privado, el Decreto Ley 600 sobre Inversión Extranjera, el Decreto Ley 1263 sobre Administración Financiera del Estado y la Ley 18.840 del Banco Central de Chile.

1.2.6 EL CONCEPTO DE CONTRATO INTERNACIONAL EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CHILENA.

Tanto en nuestra legislación como en la doctrina civilista no se ha dado concretamente un concepto de contrato internacional. Al igual como ocurre en la generalidad de la doctrina extranjera nuestros principales autores no usan la denominación de -contrato internacional-, y solo se limitan a analizar disposiciones relativas al tema como lo son el artículo 16 del Código Civil en materias puramente civiles, y el artículo 113 del Código de Comercio en materias comerciales.

En nuestra doctrina del Derecho Internacional Privado, tampoco se utilizaba la denominación de contrato internacional, y tradicionalmente sólo se hablaba de conflictos de leyes que surgían en materia de contratos.

A pesar de lo tratado, el hecho de que no se haya usado la denominación de contrato internacional no quiere decir que se desconozca el tema o que no se haya tratado como un tema de fondo

Se puede decir que las dos grandes normas que rigen esta materia en nuestros Código Civil (artículo 16) y Código de Comercio (artículo 113), a los contratos celebrados en el extranjero para ser cumplidos en Chile, son tan claras en cuanto a dar la solución cuando se produzca un conflicto de leyes, sólo por el hecho de que la ley trataba directamente el principal factor de ellos, a saber, la celebración en otro país para producir efectos en Chile. Por ello, los autores concentraban su principal por estudiar directamente cuál era la ley aplicable en esa situación de conflicto, distinguiendo para eso entre los contratos celebrados en Chile y los celebrados en el extranjero, sin abordar el tema de

fondo cual era analizar los elementos que hacen que un contrato sea internacional.

Hoy en día, nuestra doctrina nacional del Derecho Internacional Privado ha ido evolucionando junto a la internacional recogiendo la expresión de contrato internacional, pero tampoco ha existido un interés acabado por llegar a dar una definición de este. Sobre este punto, se le ha aludido al tratar el fraude a la ley en materia de contratos: “los contratos que efectivamente pueden escapar a las disposiciones de la ley interna son los contratos internacionales, o sea, aquellos que por sus elementos de hecho interesan a varios sistemas jurídicos.”²³

Así también como un límite a la autonomía de la voluntad se ha usado sin definirlo, estableciendo que para que ella proceda el contrato debía ser internacional, o sea, debía contener elementos internacionales relevantes. No basta un elemento extranjero establecido en forma fraudulenta. Esta posición al exigir que el elemento sea relevante ya involucra que no cualquier elemento extranjero convertirá el contrato en internacional.

Dar un concepto de contrato internacional para muchos resultaría fácil desde el punto de vista de una clasificación de los hechos. Por eso la doctrina se ha mostrado desinteresada en dar un concepto de contrato internacional.

Además, según lo expuesto hasta ahora, los contratos presentan un carácter

patrimonial cuyos elementos se encuentran dispersos espacialmente y que por lo mismo se interrelacionan con diversos ordenamientos jurídicos. Según una posición formal, un contrato es internacional cuando se somete a la ley aplicable mediante una regla de conflicto que así lo permita, sin perjuicio, del rol de la voluntad de las partes que también es fundamental. En cambio, desde un punto de vista sustantivo, el contrato es internacional en la medida que está regulado por normas específicas, distintas de aquellas que se contemplan para los contratos internos.

Un trabajo que resume los elementos que transforman a un contrato en internacional en el ámbito del Derecho aplicable a los contratos, es el que más se acerca a la definición que buscamos del contrato internacional. En él se sostiene que “un contrato tiene el carácter de internacional si se dan las siguientes circunstancias:

En cuanto al contrato mismo, que el lugar de su celebración corresponda a un sistema distinto de aquel en donde deba cumplirse o surtir sus efectos; o bien, que tenga por objeto el flujo de bienes y servicios desde o hacia Chile, comprometiendo así los intereses del intercambio internacional, y

En cuanto a las partes, que al menos una de ellas sea un extranjero o un chileno con residencia y domicilio en el extranjero y cuyo centro principal de negocios se encuentre en el extranjero.”²⁴

Para él la necesidad de que estos requisitos objetivos y subjetivos se cumplan copulativamente, no está bien determinado aún en el estado actual del Derecho

²³ Guzmán Latorre, Diego. *Tratado de Derecho internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pág. 521.

²⁴ Morales Érrazuriz, Guillermo. *Selección del Derecho que rige el contrato en el Derecho Internacional Privado*. Memoria de Prueba, U. de Chile, 1985. pág. 76.

chileno.

Nosotros creemos que, para lograr una buena definición de contrato internacional, debemos rechazar también esta posición por cuanto ninguno de los requisitos planteados en cuanto a las partes es el único necesario para que el contrato sea internacional.

Jurisprudencia Chilena.

Hemos encontrado que la Corte Suprema ha estimado –basándose en los textos de disposiciones similares que contenían los códigos que sirvieron de base a la redacción de nuestro actual artículo 17 del Código Civil- tener en cuenta la contratación internacional aplicando el principio del *locus regit actum*. Así le ha dado en nuestra legislación un sentido amplio que se aplica a toda clase de actos y contratos, y que se refiere tanto a los instrumentos públicos como a los privados. Ésta posición podríamos hacerla extensiva hoy en día a los contratos internacionales.

Para concretar esta interpretación extensiva conviene citar dos sentencias de la Corte Suprema, de 1927 y 1931, en que se dice: “Que del artículo 17 del Código Civil se desprende que la forma de los instrumentos públicos que se otorgan en país extranjero se determina por la ley del lugar en que se extendieron y se refieren a todo acto o contrato, conforme a los principios de derecho internacional privado”.

1.2.7 DEFINICIÓN PERSONAL.

Con todo lo expuesto y analizado hasta este momento, tendríamos los elementos suficientes para llegar a la conclusión que en nuestro Derecho positivo la categoría de contrato internacional, es utilizada y reconocida pese a que aún no se la ha definido expresamente en términos generales.

Este problema de no estar definido expresamente no sólo afecta a nuestro Derecho positivo sino que es un problema generalizado entre los sistemas jurídicos del mundo ya que no existe una noción uniforme de lo que es un contrato internacional. Así tenemos distintas interpretaciones para lo que es un contrato internacional, interpretaciones que varían según nos enfrentemos a factores territoriales, o de nacionalidad de las partes contratantes. Por ejemplo, de acuerdo con la teoría soviética, un contrato es internacional sólo cuando una de las partes es extranjera.

De acuerdo a un criterio económico se la relaciona con un modelo de operación económica, de comercio internacional, en el cual se deben individualizar sus elementos configuradores y precisar aún más la disciplina jurídica a la cual debe someterse.

No basta para ser internacional según la definición dada por la doctrina en general que deban estar presentes uno o varios elementos de extranjería o de internacionalidad en relación a un país, la residencia de las partes en distintos Estados, la distinta nacionalidad de los contratantes, la relación más estrecha con algún Estado, la celebración del contrato en el extranjero, su cumplimiento en el extranjero, etc. Teniendo en cuenta como trata el tema nuestro Derecho y, según lo analizado más arriba, creemos que el elemento que más interfiere y por lo mismo el que confiere el carácter de internacional a un contrato es que su ejecución, ya sea, total o parcial, sea hecha en un

país diferente de aquel en que el acto fue celebrado.

Aunque alguno o todos los elementos del contrato sean nacionales o internacionales, lo que determina su internacionalidad es su ejecución total o parcial en otro Estado.

Así podríamos concluir que los contratos internacionales son “aquellos acuerdos de voluntades tanto bilaterales o plurilaterales generadores de obligaciones que sean celebrados en un país determinado por las partes contratantes -no importando ni siendo esencial la distinta nacionalidad de las partes contratantes-, para tener efectos total o parcialmente en otro distinto”.

Llegamos a esta conclusión a pesar de la renuencia generalizada de la doctrina extranjera a no conceptualizar el contrato internacional. También gracias al tratamiento que le han dado todos los autores a esta materia reforzado por las posiciones de Lando y de Delaume, citadas precedentemente, que si bien no conceptualizan concretamente a los contratos internacionales, o lo hacen en forma excesivamente amplia, a la hora de determinar la ley aplicable a los contratos internacionales, distinguen según la ejecución de los mismos entre contratos celebrados en Chile para ser ejecutados en el extranjero, los celebrados en el extranjero para ser ejecutados en Chile y aquellos celebrados en el extranjero para ser ejecutados también en el extranjero, pero en los cuales alguna de las partes pide su cumplimiento en Chile.

Aunque de las disposiciones del DL 2349 y de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, podría desprenderse que la nacionalidad de las partes o el lugar en el que tengan el principal asiento de sus negocios es en realidad el elemento que confiere un carácter internacional al contrato, estos elementos no son los determinantes. Así por ejemplo: “si una empresa extranjera que tiene el principal asiento de sus negocios en el extranjero, celebra un contrato en Chile con el Estado, a través de un mandatario, sobre bienes que se encuentran en Chile y que se va a cumplir en su integridad en Chile, dicho contrato no es internacional, y no autoriza la elección de un tribunal o Derecho extranjero.

Lo mismo ocurre si se trata de una compraventa de mercaderías celebrada en Chile por una empresa extranjera sobre bienes que se encuentran situados en Chile y que se cumplirá en su integridad en nuestro país. Se trata solamente de un acto jurídico interno en el que ha intervenido un extranjero, al igual que si un norteamericano hubiera comprado un paquete de cigarrillos en un kiosko”.²⁵

La concepción a la cual hemos llegado no mira la nacionalidad de las partes o el valor de las prestaciones involucradas, sino al ámbito en el que aquellas deben ejecutarse. En ambos casos rige la ley chilena y no se plantea ningún problema de Derecho Internacional Privado.

Con todo lo analizado precedentemente y teniendo claro el rumbo de nuestro trabajo con una conceptualización del contrato internacional, procederemos a continuar con el esquema ya definido.

²⁵ Maluenda Parraguez, Rodrigo: *op. cit.* págs. 22 y 23.

1.3 PRINCIPIOS GENERALES QUE REGULAN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

1.3.1 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PRESUPUESTO ESENCIAL DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

1.3.1.1 Conceptos y generalidades

Ampliamente reconocido en todos los ordenamientos internacionales, el principio de autonomía de la voluntad aparece de distintas maneras cuando lo enfrentamos al contrato, teniendo así la particularidad de no ser un concepto único y restringido, sino que abarca todo un abanico de vínculos con el contrato.

La autonomía de la voluntad así vista nos impedirá dar una definición que sea lo suficientemente sólida como para desechar cualquier otra. Sin embargo, podemos conceptualizarla describiendo sus aspectos más importantes, según la doctrina nacional, haciendo ciertos alcances de doctrina extranjera.

Jorge López Santa María nos señala que la autonomía de la voluntad es una “doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes”. El mismo autor, haciéndose eco de lo afirmado por Jaques Flour en su obra “Cours de droit civil”, la califica como “fuente y medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce”.²⁶

Siguiendo a otro autor nacional, pero esta vez a Ramón Meza Barros, éste da una definición del principio, cuando señala que a través de la autonomía de la voluntad, “las partes son libres de señalar las proyecciones del contrato, su duración y en general, sus efectos. El legislador sanciona el acuerdo de voluntades, reputándolo una ley para los contratantes.”²⁷

La autonomía tiene estrechos vínculos con la libertad contractual, al punto tal que en ocasiones llegan a confundirse. Para no adentrarnos innecesariamente en esta cuestión doctrinaria, dejaremos a un lado esta distinción centrándonos en el concepto mismo de autonomía. Sin embargo, esto no siempre es así, pues el concepto de autonomía de la voluntad es más amplio que el de libertad contractual, ya que abarca todos los ámbitos del hombre donde una declaración de voluntad es manifestada de manera libre y espontánea, incluyendo, v.gr., los actos jurídicos unilaterales.²⁸ Hecha esta aclaración previa podemos abocarnos a determinar los ámbitos en que se mueve la autonomía.

²⁶ López Santa María, Jorge. *op. cit.* Tomo I. pág. 233

²⁷ Meza Barros, Ramón: *op. cit.* pág. 25

En doctrina, se reconocen varios ámbitos en los cuales la autonomía se hace sentir y que ayudan a dar las bases de una eventual definición:

Autonomía para obligarse. Es decir, cada persona legalmente capaz tiene plena libertad para decidir si celebra o no determinado contrato, o con determinada persona o personas.

Autonomía al momento de celebrar un contrato. Que determina que las partes son libres para elaborar las cláusulas del contrato y aceptarlas o no al momento de celebrar el contrato mismo. V.gr. contratos innominados.

Autonomía para modificar las cláusulas. Una vez que el contrato ha entrado en vigor, si una parte o ambas deciden modificar alguna cláusula del contrato, podrán hacerlo siempre que no se cause un perjuicio a la contraparte, o a terceros, ni sea contraria a la ley ni el orden público, según las reglas generales.

Autonomía para dejar sin efecto el contrato. En nuestro derecho se le llama resciliación al acto por el cual las partes dejan sin efecto un contrato por el mutuo acuerdo de las partes contratantes (art.1567 inc. primero del Código Civil). Las limitaciones son las mismas que la letra anterior.

Con estos lineamientos es, entonces, posible llegar, si no a una definición de la autonomía de la voluntad, sí a un concepto que comprenda los aspectos antes mencionados, siempre dentro del ámbito contractual. Así, diremos que autonomía de la voluntad es aquel principio jurídico que permite a las personas celebrar libremente cualquier tipo de contrato esté o no expresamente contemplado en la ley; modificar, dejar sin efecto o crear cláusulas de mutuo acuerdo; y finalmente extinguir el contrato por el acuerdo de las partes, todas las anteriores, siempre que no vayan en contra de los derechos de terceros, la ley y el orden público según las reglas generales.

1.3.1.2 La autonomía de la voluntad y los contratos internacionales

Como lo señalamos al inicio de este capítulo, este es un principio de esencial importancia en el ámbito internacional, y el cual, a pesar de su longeva vida, aún goza de la más amplia aceptación. A pesar que con el tiempo se han ido matizando sus alcances, y ampliando el ámbito de su aplicación, acorde con el acelerado avance del comercio internacional, gran motor de evolución en la materia de contratos internacionales.

El aspecto más destacado en el ámbito internacional en lo que a autonomía se refiere, y que por lo demás ha dado origen a amplios debates y análisis por la totalidad de los tratadistas, es el tema de la elección de ley por las partes. Es decir, al momento que las partes celebren un contrato calificado como internacional éstas tendrán la libertad de elegir expresa o tácitamente una ley a la cual el contrato estará sometido, pero no sólo en su contenido, sino además en los aspectos formales, en la capacidad y en la determinación del tribunal que será competente para conocer de las controversias que se susciten entre las partes. El tratadista argentino Antonio Boggiano precisa aún más el

²⁸ Es así como tenemos los actos jurídicos unilaterales de la oferta, la aceptación, la donación. En cuanto a la ordenación del testamento se afirma que el testador no posee una autonomía absoluta, pues se ve limitado por las asignaciones forzosas.

concepto al decir que “la autonomía permite a las partes elegir el derecho que estimen más conveniente y derogar las normas imperativas internas para contratos puramente locales, aún del mismo derecho elegido.”²⁹ Este es un aspecto muy delicado, pues el espectro de libertad de elección que se otorga a las partes puede ser muy amplio, lo que conllevaría que, por ejemplo, un contratante venezolano y su contraparte alemana celebran un contrato en Chile que va a tener efectos en Argentina, se sometiera el contrato a la ley brasileña. Esto sería si llevamos a un extremo la libertad de elección.

En la práctica, se deben sopesar diversos factores de conexión que conecten el contrato, o las partes, o sus efectos a determinado país, para que, utilizando el principio de proximidad, lleguemos a una elección de ley que sea razonada. Luego profundizaremos en el tema de la relación más próxima y la localización a propósito de las Convenciones que han sido objeto de este estudio.

En opinión de algunos autores, es criticable la concepción de autonomía referida a la elección por las partes de la ley a la cual se deberá someter el contrato.

Una crítica que se hace es que no corresponde a las partes elegir la ley que regirá sus relaciones, sino que es un atributo de la ley el elegir que relaciones gobierna. Esto es resultado de la autoridad misma de la ley. Según esta lógica, un contrato no podrá generar obligación alguna sin una ley que lo sancione. En último término, el afirmar que la ley aplicable emana del mismo contrato, acarrearía la problemática de averiguar a qué ley se sujeta el acuerdo de las partes que ha hecho aplicable determinada ley que ellos han elegido.³⁰

Otra crítica que se hace ante una interpretación literal del principio y derivada también del presupuesto de que las partes eligen la ley aplicable así como una cláusula cualquiera del mismo es que este tipo de interpretación acarrearía una serie de inconvenientes tales como el hecho –que ya señalamos cuatro párrafos más arriba- de que la ley elegida no tenga vínculo alguno con la situación; o puede suceder que se elija una ley en forma condicional, excluyendo sus disposiciones futuras; o podrán escoger arbitrariamente ciertas disposiciones de una ley, rechazando otras que podrían perjudicarles; o derechamente, no someter el contrato a ley alguna.³¹

Discrepamos de estas críticas a pesar que no podemos dejar de reconocer el peligro de una interpretación literal del principio, ya lo indicamos precedentemente, pero es precisamente por esa razón que se ha hecho necesaria la fijación de límites a la autonomía de la voluntad, límites tendientes a eliminar los eventuales efectos nocivos de esta interpretación literal.

Una de las críticas más utilizadas es la incertidumbre que se generaría al someter a la mera voluntad de las partes el derecho que los regirá. Sin embargo, en este punto adherimos a lo expresado por Antonio Boggiano al afirmar que, por el contrario, “la

²⁹ Boggiano, Antonio. *op. cit.* pág. 39

³⁰ Guzmán Latorre, Diego. *op. cit.* pág. 518

³¹ Batiffol, *Droit International Privé*, DE.1967. pág. 618

autonomía permite la certeza y previsibilidad del derecho aplicable desde el momento de su elección (autonomía conflictual) o de su incorporación o elaboración de cláusulas particulares (autonomía material). Las partes pueden ajustar su conducta a esas reglas convenidas anticipadamente.” Si a esto le sumamos el hecho de que la autonomía permite una autorregulación que sea útil al contrato y también que la elaboración de una *lex contractus* más flexible, se adaptará a cada una de las circunstancias que sobrevengan, lo que en definitiva configura un principio de equidad derivada de la autonomía, tenemos al fin que “los principios de previsibilidad, seguridad, utilidad y equidad se complementan como fundamentos de la autonomía de las partes.”³²

1.3.1.3 Los límites a la autonomía de la voluntad

Puede resultar contradictorio el imponer límites a una doctrina que se basa fundamentalmente en la idea de libertad. Sin embargo, se hace necesario el establecer ciertas barreras, las cuales en todo caso, no vulneran la voluntad, ni la privan de su carácter libre, sino que solamente apuntan a lograr una estabilidad en las relaciones contractuales internacionales. Así expresado, podemos señalar principalmente tres límites a la autonomía de la voluntad:

El orden público:

Las normas de aplicación exclusiva, así también llamadas “Mandatory rules”, “peremptory rules”, “lois de police” o “règles d’application immédiate”.

La conexión objetiva entre el contrato y el derecho elegido por las partes: Este límite en especial ha sido criticado debido a que no se requeriría como condición una conexión de esta índole. Si las partes así lo hicieren, se sujetarían a un requisito que desnaturizaría el principio en su esencia. En definitiva las partes carecerían de autonomía.

Reconocemos que no puede utilizarse este límite como un elemento que restrinja o vulnere la voluntad de las partes. Sin embargo, y en un sentido exclusivamente práctico, no podemos a su vez, dejar de reconocer la utilidad de que exista una conexión objetiva entre el contrato y el derecho elegido, pues de esa forma, el derecho elegido estará en una inmejorable posición frente a otros derechos para sancionar dicho contrato.

d) El fraude a la ley: Se dice, y con justa razón, que las partes sólo podrán disponer la aplicación de un derecho extranjero cuando se trate ciertamente de un contrato internacional. Pero al llevar a cabo dicha elección, se puede dar lugar a un fraude a la ley a fin de evitar o burlar ciertas disposiciones que les resulten perjudiciales. “No se trata, pues, de permitir a las partes eludir a voluntad la ley que les corresponde, sino de aplicar a hechos diferentes, reglas diferentes.”³³

1.3.1.4 La autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado chileno.

³² Boggiano, Antonio. *op. cit.* pág. 40

³³ Guzmán Latorre, Diego. *op. cit.* pág. 521

Como norma básica para afirmar el reconocimiento que hace la ley chilena a la autonomía de la voluntad, se reconoce unánimemente al art. 16, inciso segundo del Código Civil, la cual, a propósito del estatuto de la situación física de los bienes: “Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño”. Nosotros entendemos que, no obstante que la norma se refiere a los bienes, no podemos desentendernos del hecho que en nuestra legislación no existe una norma de carácter general que regule de manera expresa lo que ocurre con la voluntad de las

partes en materia de elección de ley. Esta norma deberemos vincularla además, con los artículos 1545, que se refiere a la fuerza obligatoria de los contratos y el 1560, sobre la interpretación de los mismos. Otra norma de nuestro ordenamiento que recoge el principio de autonomía de la voluntad es el artículo 113 del Código de Comercio que establece: “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 deba 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 cualquiera 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”.

Expresado en tales términos, es indudable que este artículo hace un reconocimiento inequívoco del principio de autonomía de la voluntad. Entendemos que la redacción de la parte final del artículo es insuficiente para comprender en ella todo lo que el principio implica, por lo que el problema no queda totalmente solucionado.

Debemos además señalar lo expresado en el preámbulo del Decreto Ley N° 2.349, sobre los contratos internacionales para el sector público, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1978, y que dice lo siguiente:

“Considerando:

1° Que constituye una práctica comercial generalizada, cuya aplicación alcanza a nuestro país, que en los contratos internacionales relativos a negocios y operaciones de carácter patrimonial que el Estado o sus organismos, instituciones y empresas celebran con organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras, cuyo centro principal de negocios se encuentra en el exterior, se inserten estipulaciones en virtud de las cuales se les sujeta a determinada legislación extranjera, se sometan las controversias que de ellos pudieran derivarse al conocimiento de tribunales extranjeros...

2° “Que, dentro del sistema jurídico chileno, tales estipulaciones son lícitas y en esta virtud tienen frecuente aplicación en los contratos celebrados entre particulares, siendo de advertir, además, que ellas están consagradas en el Código de Derecho Internacional Privado aprobado en la Sexta Conferencia Internacional Americana, el que rige en nuestro país desde 1934”.

Finalmente, haremos referencia a lo señalado en el Código de Bustamante, ratificado por Chile, pues en éste, en su artículo 166 dice: “Las obligaciones que nacen de los

contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este Código.” Lo que se reconoce aquí, al igual que lo hace el artículo 1545 del Código Civil, es el poder jurídico de las partes para auto-normarse en un contrato, y que esas normas tengan fuerza obligatoria.

1.3.2 LAS SOLEMNIDADES DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

1.3.2.1 El principio *locus regit actum*.

En esta sección entraremos al estudio de los aspectos formales que deben observarse en un contrato para que éste pueda ser válido, centrándonos en un principio de suma importancia y de plena aplicación práctica, cual es el principio *locus regit actum*.

Los requisitos de forma de un contrato o requisitos externos o formalidades son aquellas solemnidades externas a que se sujetan los actos para reputarse válidos, en oposición a los requisitos de fondo, que tienen relación con el tema de la capacidad, la voluntad, el objeto y causa del contrato.³⁴

Hecha esta distinción previa, diremos que las solemnidades o formas de los actos, son determinadas por la ley a que se sujeta el respectivo acto o contrato. Es en este aspecto donde hace su aparición el principio ya señalado de *locus regit actum*, la cual significa que la forma de un acto o contrato se regirá por la ley del país en el cual ha sido otorgado o celebrado dicho acto o contrato.

La aplicación de este principio, sin embargo, no ha sido uniforme en la historia del Derecho Internacional Privado, pues en sus orígenes, no se hacía distinción alguna entre los requisitos de forma y de fondo de un acto, englobando en este principio, entonces, todo el conjunto de actos jurídicos. Según Batiffol, fueron los antiguos comentaristas los que le dieron al principio este campo de dominio, para tratar de someter en forma general el conjunto de los actos jurídicos a la ley del lugar en que éstos se otorgan o celebran.³⁵ Esta situación cambió a partir del siglo XVI, momento desde el cual se reservó la aplicación del principio a la forma y el principio de la autonomía de la voluntad, al fondo.³⁶

Batiffol, analizando el tema, determina el por qué los elementos de forma deben someterse a una ley determinada, mientras que las reglas de fondo no siguen la misma suerte. El autor fundamenta esta distinción y la diferencia en su tratamiento basado en que, por una parte las reglas de forma deben cumplirse inmediatamente; mientras que en el caso de los elementos del fondo, las partes tienen un conocimiento muy general e insuficiente de las normas que los regulan, pues lo más seguro es que las partes no han consultado la ley respectiva que somete a estos elementos del fondo. Es más fácil para ellas consultar la ley del lugar en que se otorga o celebra el acto o contrato y también les

³⁴ Guzmán Latorre, Diego: *op. cit.* pág. 513.

³⁵ Batiffol. *op. cit.* pág. 257

³⁶ Loussaurn, Ivonne. *Droit International Privé*. Editorial Sirey, París, 1979. pág. 467

será más práctica su aplicación.

Por otro lado, Batiffol da como un segundo fundamento el que las normas que realmente interesan a las partes son las de fondo, las que apuntan al contenido de la relación jurídica, normas que las partes pueden someter a una ley distinta al lugar en que se celebró en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Las reglas de forma sólo les interesan a las partes pues les permite celebrar un contrato válido.³⁷

1.3.2.2. Las solemnidades. Generalidades.

El principio *locus regit actum* se aplica a todo el espectro de la solemnidades, agrupadas en dos categorías: las formalidades *ab solemnitate*, que propiamente se les da el nombre de solemnidades y las exigidas por vía de prueba.

Según nuestro ordenamiento, las partes son libres para celebrar un acto mediante un instrumento público o privado, sin embargo, la misma ley exige que los actos revistan ciertas solemnidades para que sean válidos. Además, la misma ley limita el valor probatorio de los instrumentos privados, cuando las leyes chilenas exigieren instrumento público para pruebas que han de rendirse y producir efectos en Chile (artículo 18 del Código Civil).

Se ha dicho, en atención a lo expuesto, que la aplicación del principio *locus regit actum* es facultativa, pues se permitiría a las partes elegir entre diversas formalidades, siempre y cuando sean reconocidas por el ordenamiento en que vayan a hacerse valer. Es el caso, por ejemplo, en que dos chilenos celebran un contrato en el extranjero mediante un instrumento público. Las partes podrán elegir entre celebrarlo ante el funcionario competente del país en que se celebra, o ante el cónsul chileno de ese país. En ambas situaciones, si se cumplen los requisitos para la elaboración de instrumentos públicos, éste instrumento tendrá plena validez en nuestro país y podrá hacerse valer por vía de prueba, aunque las formalidades observadas por el funcionario del país extranjero vayan en evidente contradicción con lo que exige el ordenamiento chileno.³⁸

1.3.2.3 La forma de los actos en el derecho chileno.

En varias disposiciones de nuestra legislación se ha encontrado lo que según muchos es la consagración expresa del principio *locus regit actum*. Sin embargo, en nuestra opinión, tal consagración no es del todo satisfactoria, aunque debemos reconocer que en este sentido el legislador chileno ha establecido ciertas líneas generales dentro de las cuales se puede llegar de manera interpretativa, por la doctrina y por la jurisprudencia, a la aplicación del principio con cierta holgura.

Para empezar, en el Código Civil encontramos varias normas que en gran parte

³⁷ Batiffol: *Traité élémentaire de Droit International Privé*. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 4° ed. Paris, 1967. pág. 615. Diego Guzmán agrega una tercera razón: "si la leyes referentes a la forma de los actos se proponen asegurar la exteriorización de la voluntad, parece lógico que esta voluntad pueda manifestarse válidamente en la forma del lugar donde se expresa. Dicha voluntad toma forma en tal momento. El acto instrumental es, en cierto modo, su fotografía." *op. cit.* pág. 514.

³⁸ Maluenda Parraguez, Rodrigo: *op. cit.* pág. 86

reconocen el principio señalado. Tenemos el artículo 17 que establece: “La forma de los instrumentos públicos se determina por la Ley en que hayan sido otorgados.” En su segundo inciso precisa aún más el concepto de solemnidades al distinguir que “la forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese.”

Por otro lado, el artículo 18 se dedica a la fuerza probatoria de los instrumentos otorgados en el extranjero al disponer: “En los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas.”³⁹

Además, hay una disposición relacionada con el tema del derecho sucesorio, contenida en el artículo 1027 que reglamenta el valor en Chile de los testamentos otorgados en el extranjero: “Valdrá en Chile el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciera constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria”.

En la Ley de Matrimonio Civil aparece otra regla que la doctrina reconoce como consagración del principio y está contenida en el inciso 1° del artículo 15 de dicho cuerpo legal al disponer: “El matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno”.

Dijimos anteriormente que la consagración en nuestro ordenamiento del principio no es del todo satisfactoria. Eso lo basamos en el hecho que las disposiciones anteriormente citadas tienen plena aplicación pero sólo referidas a las situaciones o actos contemplados en dichas disposiciones. Fuera de estas hipótesis no existe una regla de carácter general. Es por ello que la doctrina y la jurisprudencia se han hecho eco de este inconveniente y han aplicado la integración para salvar el vacío existente, en cuanto la aplicación del principio a otros actos jurídicos.

La Corte Suprema ha estimado que el principio *locus regit actum* tiene en nuestra legislación un sentido amplio que se aplica a la generalidad de los actos y contratos, y además, que tiene plena aplicación tanto en los instrumentos públicos como en los privados. Se han citado los artículos 16 y 17 del Código Civil para llegar a esta conclusión.

En todo caso, la doctrina ha debatido la interpretación de la Corte Suprema, sobre todo en lo que se refiere al artículo 16, sobre si es o fundamento para la aplicación del principio. Unos afirman que el inciso segundo del artículo 16 consagra el principio de manera general. Dicen estos autores que el reconocer la validez de un acto o contrato celebrado en el extranjero es lo mismo que decir que los requisitos para el valor del

³⁹ Creemos necesario complementar lo dispuesto en este artículo con lo que establecen los artículos 1698 y siguientes sobre la prueba de las obligaciones y además con lo dispuesto en los artículos 342 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, referido a los instrumentos.

contrato se arreglan a las leyes del país en que se otorgan.⁴⁰

En la posición contraria, encontramos la opinión que afirma que la interpretación antedicha no puede ser la única para el inciso segundo del artículo 16, pues se entiende que a pesar que dicha disposición reconoce el valor de los actos celebrados válidamente en el extranjero, en ninguna parte dispone que el valor de dichos actos ni tampoco sus formas, han de sujetarse a las leyes del lugar en que el acto se ha celebrado.⁴¹

Nosotros creemos que, a pesar que efectivamente la disposición del artículo 16 no somete en ninguna parte el valor de un acto o contrato, ni sus formas a la ley del lugar en que se celebra, es más acertado afirmar que la aplicación de dicha norma se debe interpretar de la primera forma, fundamentalmente por el sentido que se le dio originariamente al principio, el cual englobaba todos los actos jurídicos, fueran de forma o fondo, los cuales se sometían todos a la ley del lugar en que se celebraban.⁴²

1.3.2.4 Código de Bustamante.

El Código de Derecho Internacional Privado no contiene normas expresas que consagren el principio *locus regit actum*, ni que regule las formas de los actos jurídicos. Sin embargo, da algunas normas específicas, referidas a ámbitos determinados que poseen cierta aplicación general. En todos estos casos, la regla que da el Código es la preferencia por la ley del lugar. Como ejemplos de ello tenemos que regirá la ley del lugar en cuanto a la forma de constituir personas jurídicas (art.32); a la forma del matrimonio (art. 38); las formalidades del pago (art. 170); a la forma del giro, endoso, fianza, intervención, aceptación y protesto de una letra de cambio (art.263), etc.

1.3.3 LOS CONTENIDOS DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

1.3.3.1 Como se forman los contratos internacionales. Algunas consideraciones previas.

En materia contractual, los conflictos de leyes pueden aparecer en cualquier etapa del iter contractual, incluyendo por supuesto la etapa de formación del contrato.

Como en todo contrato, la primera etapa es el período de negociación. Sin embargo, en el ámbito internacional se plantean cuestiones especiales que no surgen dentro del derecho nacional.

Es así como en el terreno de los contratos internacionales, en los procesos de negociación es frecuente que exista un intercambio de ciertos documentos conocidos como las cartas de intención, por una parte, y los gentlemen's agreement, por otra.

⁴⁰ En este sentido Clemente Fabres y Diego Guzmán. *op. cit.* pág. 515

⁴¹ En este sentido: Albónico, Fernando. *Derecho Internacional Privado*. Editorial Jurídica de Chile, 1950. pág. 87.

⁴² Es tal la interpretación general que la Corte Suprema le ha dado a la aplicación del artículo 16, que incluso ha señalado que "por su amplitud, se aplica también a la letra de cambio, en cuanto a su formación, protesto, endoso, etc."

Ambas son prácticas nacidas propiamente en el ámbito de una negociación internacional.

Las cartas de intención son documentos en los cuales una de las partes manifiesta su ánimo de llevar a cabo cierto tipo de comportamiento, pero sin que exista el ánimo de obligarse jurídicamente.

Los gentlemen's agreement, por otro lado, son documentos que dan cuenta de un acuerdo entre las partes, manifestando expresamente su intención de sacarlo de la esfera del derecho, quedando sometido solamente a la caballerosidad de las partes. En virtud de estos acuerdos, “las partes desean permanecer libres y no contraer obligación contractual alguna hasta que no se hayan discutido todos los elementos esenciales del contrato y por otra, necesitan una garantía que la otra parte continuará con la negociación, evitando así el riesgo de ver reducidas a la nada todos los esfuerzos –incluidos los financieros- hechos hasta ese momento”⁴³. Este tipo de documentos no ha sido aún ampliamente aceptado dentro del

derecho continental europeo y americano. El aspecto más criticado es el hecho de la exclusión de estos acuerdos del dominio del derecho.

1.3.3.2 La oferta, la aceptación y la formación del consentimiento.

En nuestro derecho es el Código de Comercio el cuerpo legal por excelencia que se dedica a elaborar toda una teoría de la formación del consentimiento, la cual, en opinión de la jurisprudencia, basada ésta en el mensaje de dicho Código, tiene la más amplia aplicación en los contratos civiles.

Asimismo, en diversos otros ordenamientos vemos tratada la teoría de la formación del consentimiento. Tal es el caso por ejemplo del Código de Comercio boliviano, en su art. 826 o el Código de Comercio colombiano, en su art. 845.

Empero, en el ámbito internacional y en los distintos ordenamientos internos, no existen normas generales que contemplen esta materia, a pesar de la importancia que ésta tiene.

Excepción a ello hace la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 1980, la cual no elude el tema. La Convención en este sentido se rige por el principio de esencialidad en el consentimiento.

En términos generales, diremos que el contrato será perfecto si los términos de la aceptación concuerdan exactamente con las condiciones de la oferta. Diremos que la oferta ha sido puramente aceptada. Debe existir entonces, una identidad entre la oferta y la aceptación. Por el contrario, si la aceptación, o la que se pretenda como tal, agregase elementos adicionales, ya no constituirá una aceptación pura y simple. El profesor Antonio Boggiano hace la distinción entre una aceptación que conlleva adiciones o modificaciones que constituyen una alteración sustancial de los elementos de la oferta. Si es sustancial, no hay aceptación sino contraoferta. Si no es sustancial constituirá aceptación a menos que el oferente se oponga. Si el oferente no se opone, el contrato se perfecciona con las modificaciones contenidas en la aceptación.⁴⁴

⁴³ *Dictionnaire joly pratique des contrats internationaux*. Livre III. L'elaboration du contrat international, Bourdelois, Beatrice. pág. 3

El principio de esencialidad consagrado por la Convención de Viena flexibiliza el principio de identidad antes referido, al permitir que se produzca el consentimiento, aunque los términos de la aceptación no sean idénticos a los de la oferta, siempre y cuando aquélla concuerde en sus aspectos esenciales que se han tenido en consideración por el oferente para poder celebrar el contrato.

La Convención de Viena, además, reconoce como el momento del perfeccionamiento del contrato el del conocimiento de la aceptación por parte del oferente.

1.3.3.3 Los contenidos de los contratos. La capacidad y otros elementos de fondo.

La capacidad la podemos definir como aquella aptitud que tienen las personas para adquirir derechos y ejercerlos, en el caso de la capacidad de ejercicio y de contraer obligaciones.

En nuestro ordenamiento y sólo si los efectos se van a dar en Chile, se somete a los chilenos en el tema de la capacidad, a la ley chilena, aunque sea un contrato celebrado en el extranjero (art.15 del Código Civil). En cuanto a los extranjeros, y aplicando el principio de territorialidad, también deberán someterse a la ley chilena si celebran el contrato dentro del territorio chileno (art. 14 del Código Civil). Distinto será si se trata de extranjeros que celebren un contrato en el exterior que vaya a tener efectos en Chile. En este caso, deberemos aplicar las normas de derecho internacional privado del país en que se celebre el contrato.

Existen convenios que se dedican a determinar la capacidad en ciertas áreas más específicas. Aquí mencionaremos dos: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas de 1975 (art. 1) y la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado de 1984 (arts. 2, 3 y 4).

En cuanto a los demás elementos de fondo de los contratos, se someterán a la ley que las partes hayan escogido, amparadas en la autonomía de la voluntad. Ello comprende temas como, las causales de nulidad del contrato, su ejecutoriedad. Materias tales como el objeto y causa lícitos son propias del orden público, por ende la autonomía de la voluntad no puede entrar a modificarlos.⁴⁵ Todo ello sin perjuicio de las solemnidades que imponga la ley del país en que se celebró el contrato.

Mención especial merece el tema del *dépeçage* voluntario, que entra de lleno en el ámbito de los contenidos del contrato, en estrecha relación con la autonomía de la voluntad. La pregunta a hacerse es si es lícito a las partes elegir variadas leyes que regirán en variados

contenidos del contrato, como la perfección del contrato, la interpretación, la

⁴⁴ Boggiano, Antonio. *op. cit.* pág. 101

⁴⁵ Lo dicho se ve ratificado en el Convenio de Roma (art. 7°), la Convención de México (art. 11°) y los Principios de Unidroit (art. 3.1 c)).

extinción del

mismo, etc.

En este punto cabe tener presente lo contemplado en la **Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979 (art. 9) que señala:** “ Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones”.

El inconveniente más reconocido en el tema del dépeçage voluntario es procesal en el sentido de la prueba del derecho que han escogido las partes. Se ha planteado que para evitar estos inconvenientes debería bastar la reproducción en el contrato del derecho escogido. Con ello, no se deberá probar la existencia del derecho escogido, sino que bastará la prueba de la existencia del contrato.⁴⁶

1.3.4 LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Al referirnos a los efectos de los contratos internacionales nos estamos circunscribiendo al tema del cumplimiento.

Todos los ordenamientos nacionales, incluido el nuestro, contemplan reglas específicas relacionadas con la protección legal que hace el derecho del cumplimiento de las obligaciones, y de las reglas coactivas que hacen su aparición cuando se produce el incumplimiento. Pero cuando salimos de dichos ordenamientos para adentrarnos en las reglas de derecho internacional privado, aparecen los inconvenientes

El primero de ellos, será el determinar cuál será el derecho que sancione el incumplimiento. Una vez más entra la autonomía de la voluntad como el factor que permitirá la aplicación de la ley que elijan los contratantes.

En el derecho de los tratados, sin embargo, es posible encontrar regulaciones expresas en el tema del cumplimiento y la sanción al incumplimiento:

a) Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: ésta dispone que la resolución del contrato sólo procede si media incumplimiento esencial, si es insustancial, da derecho a cumplimiento o reparación. De la lectura de los arts. 46 y 62 se concluye que las partes pueden exigir el cumplimiento específico de la obligación. Pero “el tribunal no está obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciere en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la Convención” (art. 28)

La Convención también establece el principio de cumplimiento más aproximado al específico. Si hay inexactitudes, éstas deben compensarse con dinero.

b) Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales: en su art. 10, donde enumera el ámbito de la ley del contrato, expresa que la ley aplicable según las reglas del convenio regirá: “b) el cumplimiento de las obligaciones que genere”; c) “...las consecuencias del incumplimiento total o parcial de

⁴⁶ Maluenda Parraguez, Rodrigo: *op. cit.* págs. 91 y 92.

estas obligaciones incluida la evaluación del daño...”; “d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo; e) las consecuencias de la nulidad del contrato.

c) Convención Interamericana de 1994 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales: claramente inspirada en la norma de la Convención de Roma, el art. 14 de la Convención señala que el derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en la misma, regirá “los derechos y obligaciones de las partes; la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria” y “los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones”.

2. LAS CONVENCIONES DE ROMA Y MÉXICO: DOS ESFUERZOS TENDIENTES A LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

2.1 LA CONVENCIÓN SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES CELEBRADA EN ROMA EL 19 DE JUNIO DE 1980

2.1.1 Antecedentes Históricos

El Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales ha sido la culminación de la labor armonizadora llevada a cabo por el legislador comunitario

en materia conflictual. Su conclusión fue considerada en su día una continuación de la labor iniciada en el ámbito jurisdiccional con el Convenio de Bruselas de 1968 que trataba sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, estableciendo en su Preámbulo el interés de las Partes por "proseguir", en el ámbito del Derecho Internacional privado, la obra de unificación jurídica ya emprendida en la Comunidad, especialmente en materia de competencia judicial y de ejecución de resoluciones judiciales.

A pesar de no tener su base en el art. 293 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (ex art. 220), ya que el conflicto de leyes no se encontraba entre las materias reguladas por el mismo, sigue el esquema y la finalidad contenidas en la fundamentación de los Convenios inspirados en esta norma, asegurando la armonización pretendida en los mismos. En un principio las pretensiones del Convenio eran ambiciosas, ocupándose el mismo del estatuto personal, los derechos reales, las obligaciones contractuales y extracontractuales, limitándose posteriormente en 1972 a estas dos últimas materias tal como quedó configurado el Proyecto presentado en ese año.

Este Proyecto, inspirado en el Restatement (Second) of the Conflict of Laws fue objeto de numerosas críticas tanto por la extensión de la materia como por adentrarse en las funciones de la Conferencia de La Haya, por lo que aprovechando la incorporación de nuevos Estados a la Comunidad Europea, se revisó de nuevo el texto quedando limitado, a partir de la Reunión del Grupo de Expertos de 1975, a las obligaciones contractuales.

El Proyecto de Convenio siguió siendo objeto de numerosas discusiones que finalizaron en febrero de 1979, cuando fue sometido por el Consejo de las Comunidades Europeas a una ronda de comentarios por parte de los diferentes Estados comunitarios, quedando su texto definitivo finalmente abierto a la firma el 19 de junio de 1980, acompañado por un Informe que sirve para interpretar de forma oficiosa los diferentes aspectos contenidos en el mismo.⁴⁷

2.1.2 La Elaboración de la Convención

El 8 de septiembre de 1967, el Representante permanente de Bélgica dirigió a la Comisión de las Comunidades Europeas, en nombre de su Gobierno y de los Gobiernos del

Reino de los Países Bajos y del gran Ducado de Luxemburgo, una invitación para efectuar, con los expertos de los Estados miembros y basándose en el proyecto de convenio Belgo-neerlandés-luxemburgués, la unificación del Derecho internacional privado y la codificación de las normas de conflicto de leyes dentro de la Comunidad.

En el estudio de la propuesta de los Gobiernos de los países del Benelux, la Comisión en 1969 llegó a la conclusión de que, al menos en algunos ámbitos específicos del Derecho Internacional privado, la armonización de las normas de conflicto facilitaría el

⁴⁷ En este sentido, ver el informe realizado por los profesores Giuliano, M. y Lagarde, P., D.O.C.E. C327 de 11 de diciembre de 1992, en: Espulgues Mota, Carlos y Hernández Martí, Juan. *Contratación Internacional*, 2ª Edición, 1999, págs. 177 y ss.

funcionamiento del mercado común.

En 1970 se decidió excluir de las negociaciones lo relativo a normas de derecho internacional privado referentes al derecho de propiedad. Así en 1972 las negociaciones se referían a una llamada “Convención sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales”. Sin embargo el crecimiento de la Comunidad Europea, impidió que se materializara dicha convención, ya que, exigía la revisión de su contenido para que fuera compatible con una comunidad mayor. Posteriormente en 1975, un grupo de expertos decidió limitar la convención a materias contractuales, debido a la complejidad en el trabajo relativo a las materias extracontractuales. De esta forma en febrero de 1979 finalizaron las negociaciones, distribuyéndose el texto de la Convención entre los estados partes del Consejo de la Comunidad Europea. A principios de 1980 el Comité de representantes permanentes de las Comunidades Europeas comenzó a trabajar en el texto definitivo de la Convención, recogiendo las observaciones realizadas por los Estados miembros y para considerar la posibilidad de otorgar la facultad interpretativa de la Convención, a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, a lo que se accedió en una reunión de los ministros de justicia de los Estados en junio de 1980, en cuya reunión se estableció que se requerirían siete ratificaciones para que la convención entrara en vigencia. El 19 de junio de 1980 la Convención fue abierta para la firma de los Estados, y con esa misma fecha se hicieron dos declaraciones conjuntas relativas a la interpretación de la convención, lo que derivó finalmente en la dictación en diciembre de 1988 de dos protocolos de interpretación de la convención.

2.1.3 ASPECTOS FORMALES DE LA CONVENCIÓN

El estudio de esta etapa de nuestro trabajo nos lleva al análisis del contenido formal de la Convención de Roma de 1980. Aquí nos referiremos a la forma en que la Convención pasa a ser recepcionada por un estado que se haga parte en el mismo, el momento en que sus normas son vigentes para el estado parte, cual es su campo de aplicación y sus materias excluidas.

2.1.3.1 Recepción de las normas de la convención en el derecho interno de un estado parte.

El artículo 28 de la Convención de Roma, deja abierta a la misma a la firma de los Estados partes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Los Estados son libres, entonces de recepcionar o no la Convención a su entera voluntad. En este artículo no se ha producido innovación, pues se sigue con los principios generales en esta materia.

La Convención se sujeta a la ratificación de los Estados partes para que ésta comience a tener vigencia. Y la manera como esta ratificación debe hacerse es mediante el depósito del instrumento de ratificación en la Secretaría General del Consejo de las Comunidades Europeas.

2.1.3.2 Vigencia.

El Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales se abrió a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 para los ocho Estados miembros de entonces ⁴⁸. Según su artículo 29, este Convenio entrará en vigor el primer día del tercer mes siguiente al depósito del séptimo instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación. Es así, como entró en vigor el 1 de abril de 1991, ya que, el 29 de enero de 1991, el Reino Unido fue el séptimo Estado en ratificar. Posteriormente, todos los nuevos miembros de la Comunidad Europea firmaron este Convenio. Para ellos la entrada en vigencia de la Convención operará desde el primer día del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

El Convenio tendría una vigencia de diez años a partir de la fecha de su entrada en vigor. Será renovado tácitamente por períodos de cinco años, salvo denuncia por parte de los Estados signatarios. Esta denuncia se formaliza mediante notificación con al menos seis meses de anticipación a la expiración del plazo de diez años o de cinco años, según los casos, al Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas. Continuando en vigor para el resto de los Estados contratantes.

Su entrada en vigor el 1 de abril de 1991, tras la ratificación de siete de los Estados parte del mismo ⁴⁹, ha supuesto el establecimiento de una serie de reglas que ayudan a determinar cual es la ley aplicable a los contratos en los casos previstos por el Convenio, eliminando las diferencias existentes en el sistema conflictual de los Estados comunitarios.

2.1.3.3 Modos de ratificación.

La presente Convención dice que el presente Convenio será ratificado por los Estados signatarios mediante el depósito de los referidos instrumentos ante la Secretaría General del Consejo de las Comunidades Europeas.

Con respecto a los Protocolos de interpretación del Convenio éstos aún no están vigentes, al no haberse cumplido los requisitos establecidos en los mismos para este menester. ⁵⁰

Sobre el tema de los Convenios de Adhesión a la Convención ⁵¹, en estos se vuelve

⁴⁸ El 19 de junio de 1980, la Convención de Roma fue firmada por los plenipotenciarios de Bélgica, República Federal Alemana, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Holanda. Posteriormente lo hicieron Dinamarca el 10 de marzo de 1981, y Gran Bretaña el 7 de diciembre del mismo año. El 10 de Abril de 1984, se firmó el Convenio de adhesión por parte de Grecia.

⁴⁹ Las ratificaciones siguieron el orden siguiente: Francia el 10 de noviembre de 1983, Italia el 25 de julio de 1985, Dinamarca el 7 de enero de 1986, Luxemburgo el 1 de octubre de 1986, Alemania el 8 de enero de 1987, Bélgica el 31 de julio de 1987 y el Reino Unido el 29 de enero de 1991.

⁵⁰ El art. 6 del Primer Protocolo requiere siete ratificaciones de Estados para los que el Convenio esté en vigor. Por su parte el art. 3 del Segundo Protocolo exige la ratificación de todos los Estados signatarios.

⁵¹ Estos Convenios de Adhesión son aquellos por los cuales se han integrado a la Convención de Roma la República Helénica en 1984, el Reino de España y la República Portuguesa en 1992, y la República de Austria, Finlandia y el Reino de Suecia en 1996.

a

repetir la norma de que serán ratificados por los Estados signatarios y que los instrumentos de ratificación se depositaran ante la Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas.

2.1.3.4 Las reservas.

La Convención permite en su artículo 22 la formulación de reservas al momento de la firma, ratificación, aceptación, o aprobación.

Esta convención permite a sus estados formular reservas sobre sus disposiciones en forma restrictiva, sólo respecto de aquellas normas específicamente establecidas por ella: Artículo 22. Reservas.- 1. Cualquier Estado Contratante, en el momento de la firma, de la ratificación, de la aceptación, o de la aprobación, podrá reservarse el derecho de no aplicar: a) El apartado 1 del artículo 7°: “Leyes de Policía. 1. Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo más estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.”

Pero la posibilidad de realizar por ejemplo, la reserva establecida por el art. 22 del Convenio no aparece apoyar la armonización que se busca con la Convención, ya que Estados como Alemania, Luxemburgo y el Reino Unido han hecho uso de la misma para excluir la aplicación del art. 7-1 del Convenio. El Reino Unido así mismo ha realizado una reserva sobre el art. 10-1 e) del Convenio en relación a las consecuencias de la nulidad del contrato⁵².

Del análisis de esta norma podemos concluir que el derecho de los Estados a formular reservas es muy restringido, ya que, sólo opera respecto de las disposiciones citadas en el artículo 22 de la Convención. Se establece además la facultad de retirar, en cualquier momento, la reserva que se haya formulado y el efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes natural siguiente a la notificación de la retirada (artículo 22 n°3).

2.1.3.5 Campo de aplicación.

El artículo 1 de la Convención manifiesta la voluntad de sus redactores de configurar un sistema jurídico básico que determine la ley reguladora de los contratos internacionales en general y válido en los Estados partes. Dicha normativa sólo dejará de encontrar

⁵² Artículo 10. Ámbito de la ley del contrato. 1. La ley aplicable al contrato en virtud de los artículos 3 a 6 y del artículo 12 del presente Convenio regirá en particular: a) su interpretación; b) el cumplimiento de las obligaciones que genere; c) dentro de los límites de los poderes atribuidos al tribunal por sus leyes procesales, las consecuencias del incumplimiento total o parcial de estas obligaciones incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo; e) **las consecuencias de la nulidad del contrato.**”

aplicación en relación a dos grupos de casos: sectores de la contratación internacional sujetos a reglas específicas contenidas en otros instrumentos jurídicos, obligaciones contractuales que surgen en ámbitos ajenos a Derecho patrimonial, como las nacidas en el marco del Derecho de sucesiones, regímenes económicos matrimoniales, obligaciones de alimentos, etc. La intención de los redactores de la Convención ha sido la de diseñar un instrumento que regule, con carácter general, los contratos internacionales en el marco del Derecho patrimonial.

La Convención de Roma se aplicará a las obligaciones contractuales en aquellos casos que impliquen un conflicto de leyes. Así lo dispone su artículo 1° número 1: “Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales”.

La Convención no define al contrato internacional, no hace distinción entre criterio económico ni jurídico, lo que considera es la consecuencia propia de la internacionalidad de una relación contractual determinada avalada por una realidad objetiva (el conflicto de leyes). Según este criterio las normas de la Convención se aplicarán a un contrato internacional sin atender a una calificación jurídica o económica, sino que a los casos que involucren a distintos sistemas normativos en la intención de solucionar conflictos.

El Convenio se aplica a las obligaciones contractuales en situaciones que impliquen un conflicto de leyes, incluso si la ley designada es la de un Estado no contratante.

La Convención de Roma no especifica a que tipo de contratos se aplica lo que nos da a entender que se aplica a todo tipo de contratos internacionales, cualquiera que sea su naturaleza, quedando fuera sólo los contratos internos y aquellos por cuya quedan excluidos de esta Convención. Esta situación le dá el carácter de tratado marco a esta Convención ya que no se refiere en forma separada a distintos tipos de contratos internacionales de derecho privado.

La Convención se aplica dentro del ámbito de las obligaciones contractuales, una norma de conflicto que puede reenviar a la aplicación del Derecho interno de uno de los Estados.

La Convención reglamenta la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, la voluntad con que las partes elijan la Ley aplicable a sus contratos. Ésta interviene en tanto que se convierte en Derecho supletorio, si las partes no han optado por el mismo de manera expresa.

El campo de aplicación de esta Convención queda restringido, ya que, las disposiciones existentes o futuras del Derecho comunitario tendrán prioridad sobre las disposiciones del Convenio, en particular, las disposiciones que, en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales.

Para precisar el ámbito de aplicación del Convenio, es necesario analizar los distintos parámetros en donde se aplicará: espacial, personal, temporal y material. Con esto tendremos un correcto deslinde de los supuestos sujetos a la normativa del Convenio y de aquellos a los que no alcanza.

Ámbito de aplicación espacial. El Convenio se aplica en todo el territorio de los Estados partes del Convenio. Así, todo órgano estatal (específicamente, los

2. LAS CONVENCIONES DE ROMA Y MÉXICO: DOS ESFUERZOS TENDIENTES A LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

jurisdiccionales) perteneciente a los Estados partes en el Convenio y que conozca de un caso relativo a contratación internacional cubierto por el Convenio, está obligado a aplicarlo.

Ámbito de aplicación temporal. El Convenio de Roma se ha ido verificando en varias fases. El 1 de abril de 1991 entró en vigor para los Estados que en tal fecha lo habían ratificado (Bélgica, Alemania, Dinamarca, Francia, Reino Unido, Italia y Luxemburgo). Posteriormente entró en vigor para los Países Bajos (1° de septiembre de 1991) y para Irlanda (1° de enero de 1992). Las reticencias de algunos Estados ante las novedades que traía el Convenio en ciertas materias llevaron a que transcurrieran más de 10 años desde su firma hasta su entrada en vigencia.

El Convenio tiene una duración limitada a diez años, pero bien se puede prorrogar tácitamente por períodos de cinco años. Cualquier Estado parte puede denunciarlo y para eso deberá seguir el procedimiento señalado en el artículo 30.3 y 4 del Convenio.

La razón de la limitación temporal es doble. La primera porque, el Convenio de Roma no es parte del Derecho comunitario ni se trata de un Convenio a cuya celebración obligue el Derecho comunitario: es un tratado libremente celebrado por los estados de las Unión Europea (Informe GIULIANO/LAGARDE, pp. 8 y 35), por lo que dichos Estados pueden limitar su vigencia en el tiempo si lo consideran oportuno. La segunda dice relación con el hecho de que el Convenio sin duda representa un nuevo sistema de Derecho Internacional Privado, relativo a los contratos internacionales, y del cual no sabemos si será tan efectivo en la materia como si lo era el sistema del Reino Unido con más de cincuenta años de experiencia jurisprudencial.

Por último, su aplicación en el tiempo queda regido por el artículo 17 que señala: “Aplicación en el tiempo. El Convenio se aplicará en cada Estado Contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en tal Estado”. Esto quiere decir, que los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio seguirán rigiéndose por las normas bajo las cuales se celebraron, esto es normas convencionales e internas o por normas internas de su Derecho Internacional Privado, no siéndoles aplicables los preceptos de la Convención.

Ámbito de aplicación personal. El Convenio de Roma tiene un carácter universal (erga omnes). Esto significa que se aplica a todo contrato internacional cubierto por su ámbito de aplicación material, espacial y temporal, con independencia de que la situación esté o no conectada, total o parcialmente, con los Estados partes. Se aplica a todo contrato internacional cubierto por su ámbito material, con total independencia de la residencia, domicilio o nacionalidad de las partes. Así se desprende del artículo 2 del Convenio, que señala que la ley designada por el Convenio se aplicará –incluso si tal ley es la de un Estado no contratante-. Aunque este artículo expresa una vocación universal sólo frente a las leyes y no frente a las personas, el silencio del Convenio en relación a las mismas lleva a sostener, sin dudas, la aplicación erga omnes del Convenio.

Ámbito de aplicación material. Sabemos que el Convenio se aplica en relación a las “obligaciones contractuales en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”. Las obligaciones contractuales son aquellas obligaciones que nacen de un contrato. Para aplicar este Convenio las obligaciones deben derivar de un contrato sea civil o mercantil,

tanto oneroso como gratuito. Así por ejemplo, el Convenio regula las donaciones internacionales salvo que estas estén regidas por normas de Derecho de familia o sucesorias.

Por no derivar de un contrato, quedan fuera del ámbito de aplicación del Convenio: las obligaciones que derivan de actos ilícitos, las obligaciones legales, las cuasidelictuales y cuasicontractuales. En general, quedan excluidas las obligaciones no contractuales y las que nacen de la voluntad de una sola parte, esto es, actos unilaterales, como por ejemplo la oferta al público.

Ahora debemos estudiar las obligaciones contractuales excluidas del Convenio.

2.1.3.6 Materias excluidas.

El Convenio de Roma como ya hemos dicho se aplica a las obligaciones contractuales surgidas en el ámbito netamente patrimonial, y no a las nacidas en la esfera del derecho de la persona, familia o sucesiones. Las normas de la Convención se aplican a todo tipo de contratos internacionales de derecho privado, salvo aquellos que se encuentran excluidos por norma expresa. El artículo 1 del Convenio (apartados 2 y 3) precisa algunas categorías de Obligaciones contractuales a las que no resulta aplicable el Convenio de Roma. Estas en general se pueden catalogar en dos categorías: a) Sectores de la contratación internacional reguladas por normas específicas; y b) obligaciones contractuales que nacen en ámbitos ajenos al Derecho patrimonial, como las que surgen del derecho de sucesiones, regímenes económicos, matrimoniales, obligaciones de alimentos, etc., que están también sujetas a sus propias reglas.

En detalle las materias excluidas son las siguientes:

Las cuestiones relativas al estado civil o la capacidad de las personas físicas, artículo 1° número 2: “No se aplicarán: a) Al estado civil y la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11”. Las normas del Convenio están orientadas a fijar principalmente, las reglas de determinación de la ley aplicable al fondo del contrato. Las cuestiones relativas al Estado y capacidad contractual de las personas quedan sujetas a las normas de Derecho Internacional Privado de cada Estado, a la ley personal de los contratantes.

Las obligaciones contractuales relativas a los testamentos, los regímenes matrimoniales y otras relaciones familiares, artículo 1° número 2 letra b: “No se aplicarán: b) A las obligaciones contractuales relativas a: testamentos y sucesiones, regímenes matrimoniales, y los derechos y deberes derivados de las relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, incluidas las obligaciones de dar alimentos a los hijos no matrimoniales”. Con esta numeración se ha querido excluir del ámbito del Convenio el conjunto del Derecho de familia. En general, las obligaciones contractuales gestadas en el marco del Derecho de familia o sucesorio se rigen por la ley que regula la relación jurídica de la que dependen o en virtud de la que surgen tales obligaciones.

Las obligaciones derivadas de instrumentos negociables (letras de cambio, cheques y pagarés), artículo 1° número 2 letra c: “a las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en

2. LAS CONVENCIONES DE ROMA Y MÉXICO: DOS ESFUERZOS TENDIENTES A LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

que la obligación surgida de estos otros instrumentos se deriven de su carácter negociable”. Su inclusión habría supuesto la elaboración de normas especiales y técnicas de naturaleza bastante complicada. Además, la mayoría de estos ámbitos se encuentran tratados en otros Convenios especiales (Convención de Ginebra de 1930) de que son parte varios Estados miembros de la Comunidad. Finalmente, determinados Estados miembros de la Comunidad consideran a estas obligaciones como no contractuales.

Los convenios de arbitraje y de elección de foro (elección de un tribunal), artículo 1° número 2 letra d: “a los convenios de arbitraje y de elección de foro”. La materia depende del ámbito del procedimiento y forma parte de la administración de la justicia. Las normas sobre la competencia jurisdiccional son de orden público. Respecto de los acuerdos sobre elección de foro, se aceptó su exclusión por ser una materia de naturaleza procesal ajena al fenómeno de la contratación. Por último, y como lo hemos dicho para otras materias excluidas, tales acuerdos están regidos por disposiciones específicas (artículos 12, 15, 17 y 18 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968; artículo II y IV del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958; artículo VI del Convenio europeo de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional). La razón de esta exclusión tiene como objetivo no interferir en la aplicación de normas específicas en materia de acuerdo de arbitraje y elección de la ley del foro.

Las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, artículo 1° número 2 letra e: “a las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad personal legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica”. Esta exclusión no quiere subestimar la importancia de esta materia en la vida económica de los países miembros de la Comunidad Europea, sino que por el contrario, por tratarse de una materia importante en materia comunitaria es que ya se le ha dado un tratamiento específico. En fin se justifica su exclusión, ya que, el derecho corporativo tiene una vasta regulación en el ámbito europeo desde 1968.

La cuestión de saber si un intermediario puede obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o si un órgano de una sociedad, de una asociación o una persona jurídica puede obligar frente a terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica (artículo 1° número 2 letra f). La restricción aquí planteada tiene un carácter particular porque sólo se refiere a las relaciones entre el representado y los terceros y más particularmente la cuestión de saber si el representado ha podido ser comprometido ante terceros por los actos efectuados por el intermediario en casos concretos. No incluye los demás aspectos temáticos de la representación, como las obligaciones entre mandante y mandatario, y entre mandatario y el tercero que contrata, porque son propios de su naturaleza contractual.

La constitución y cuestiones relativas a la organización de trusts, artículo 1° número 2 letra g: “a la constitución de trusts, a las relaciones que se creen entre quienes lo constituyen, los trusts y los beneficiarios”. Esta exclusión se fundamenta por el hecho de que la palabra trust es ajena a los sistemas jurídicos de muchos Estados Partes de la

Convención y muy propia del common-law inglés. Para definir el alcance de esta exclusión se ha empleado el término inglés de trust, esto es: “Donde una persona tiene la propiedad o posee derechos, o que se obligó a ejercer por otro o en nombre de otro u otros o para la realización de un propósito(s) determinado(s), se obliga a ejercer dicha propiedad o derechos en fideicomiso para otro u otros”⁵³. En el resto del continente las instituciones semejantes caen dentro del ámbito de la Convención pues son de origen contractual. Para el resto del continente debiera tomarse en el sentido que le dan el resto de los autores, es decir como el de un fideicomiso.

La prueba y el proceso, artículo 1° número 2 letra h: “A la prueba y al proceso, sin perjuicio del artículo 14”. Las normas uniformadoras no se aplicaran ni a la prueba ni al procedimiento, salvo que, si al aplicar las normas de la convención resulta aplicable una determinada ley estatal, y las normas procesales y probatorias de dicha legislación establezcan presunciones legales o repartan la carga de la prueba.

Los contratos de seguros que cubran riesgos situados en los territorios de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea (en cambio, los contratos de reaseguros están incluidos en el Convenio). La exclusión dice relación con que existen trabajos en curso a nivel de la Comunidad en materia de seguros, por eso las normas del Convenio se aplicaran por el momento (todo depende del resultado de estos trabajos) sólo a los contratos de seguros que cubran riesgos situados fuera de

los territorios de los Estados miembros de la Comunidad. Lo anterior, dado que la situación no está conectada con la Comunidad, por lo tanto, no exige una especial acción normativa comunitaria y puede quedar por lo mismo sujeta a las reglas generales.

Para determinar si un riesgo está situado en los territorios de los Estados miembros de la Comunidad, el juez aplicará las normas que estén en vigor en su país, con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado (artículo 15 del Convenio).

La razón de la exclusión dice relación con el hecho que estos contratos se rigen por una normativa específica y de exhaustiva regulación en el derecho comunitario.

Ahora con respecto a los contratos de reaseguro, el artículo 1° número 4 del Convenio de Roma, dice que no están afectos a la exclusión debido a que estos contratos no plantean la exigencia de protección de los asegurados que si deben tomarse en los contratos de seguros, y por ello las reglas del Convenio pueden ser aplicables sin especiales cautelas.

2.1.4 ASPECTOS DE CONTENIDO DE LA CONVENCIÓN DE ROMA.

2.1.4.1 Los principios que informan los contenidos de la Convención de Roma.

Para llevar a cabo la labor armonizadora que busca la Convención, ésta ha incorporado

⁵³ Plender, Richard. *The European contract convention. The Rome convention on the choice of law for contracts*, pág.7. Sweet & Maxwell, Londres, 1991.

una serie de principios básicos en su mayor parte conocidos en los ordenamientos internos pero utilizados con distinta intensidad.

Del estudio de la citada Convención se pueden abstraer los siguientes principios:

a. Principio de la autonomía de la voluntad

En base a este principio se permite a las partes la posibilidad de elegir la ley que va a regular su contrato.

Para perfilar dicho principio el propio Convenio establece límites positivos y negativos que dan viabilidad y estabilidad a la ley elegida para regular los contratos.

b. Principio de proximidad

Este Principio actúa, a través de los denominados "vínculos más estrechos", en defecto de elección de ley por las partes siendo usado tradicionalmente en sistemas como el inglés, habituado a la participación de los jueces en el proceso de decisión, y desconocido en sistemas rígidos como el español en el cual se establece en base a criterios objetivos un listado cerrado de conexiones invocables.

Para desarrollar este Principio, el Convenio ha incorporado conceptos totalmente nuevos en el ámbito comunitario, aunque ya experimentados en otros ordenamientos.

Entre ellos destaca, la residencia habitual de la persona que deba realizar la "prestación característica", presunción que servirá para determinar la conexión más estrecha con un determinado ordenamiento, concepto éste heredado del derecho suizo que sirve para ayudar al juez en la elección de la ley aplicable al contrato.

c. Principio de solidaridad

Este principio ofrece la posibilidad de invocar normas imperativas de terceros Estados por parte del juez del foro.

Esta forma de actuación, ha supuesto la materialización de un Principio hasta el momento sólo reconocido por la jurisprudencia judicial y arbitral que al ser incorporado en el Convenio adquiere una mayor notoriedad.

d. Principio de protección de la parte débil

El Convenio se completa con el reconocimiento de las denominadas "partes débiles" en los contratos, consumidores y trabajadores, a las que ofrece un trato especial a través de

normas excepcionales a través de las cuales se protegen de las partes fuertes de la contratación.

2.1.4.2 El contenido de la Convención de Roma.

El Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales se abrió a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 para los ocho Estados miembros de entonces. Entró en vigor el 1 de abril de 1991. Posteriormente, todos los nuevos miembros de la Comunidad Europea firmaron este Convenio.

Paralelamente a la firma del Convenio por Austria, Finlandia y Suecia, se elaboró y

se publicó una versión codificada en el Diario Oficial en 1998.

El Convenio se aplica a las obligaciones contractuales en situaciones que impliquen un conflicto de leyes, incluso si la ley designada es la de un Estado no contratante, con exclusión de las siguientes (materias ya tratadas con una mayor detención anteriormente): cuestiones relativas al estado civil o la capacidad de las personas físicas; obligaciones contractuales relativas a los testamentos, los regímenes matrimoniales y otras relaciones familiares; obligaciones derivadas de instrumentos negociables (letras de cambio, cheques y pagarés); convenios de arbitraje y de elección de foro (elección de un tribunal); cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas; la cuestión de saber si un intermediario puede obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o si un órgano de una sociedad, de una asociación o una persona jurídica puede obligar frente a terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica; la constitución y cuestiones relativas a la organización de trusts; prueba y proceso; contratos de seguros que cubran riesgos situados en los territorios de los Estados miembros (en cambio, los contratos de reaseguros están incluidos en el Convenio).

Las partes de un contrato podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato, así como el tribunal competente en caso de litigio. De común acuerdo, podrán cambiar la ley aplicable al contrato cuando lo deseen.

Si las partes no hubieran elegido explícitamente la ley aplicable, el artículo 4° de la Convención de Roma dispone que el contrato se regirá por la ley del país con el que presente “los vínculos más estrechos”(lugar de la residencia habitual o de la administración central del prestador de servicios, lugar del establecimiento principal o del establecimiento que realiza la prestación, etc.). No obstante, el mismo artículo 4° aplica normas específicas en dos casos:

cuando el contrato se refiera a un bien inmueble, la ley aplicable en este caso será la del país en que estuviera situado el inmueble;

para el transporte de mercancías, se determinará en función del lugar de carga o de descarga, o del establecimiento principal del expedidor si no se encuentran en el mismo país.

Para proteger los derechos de los consumidores, el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona se beneficia de disposiciones adecuadas. Estos

contratos se regirán por la ley del país donde el consumidor tenga su residencia habitual, salvo si las partes deciden lo contrario. En cualquier caso, la ley elegida no podrá perjudicar al consumidor y privarlo de la protección que le garantice la ley de su país de residencia si le es más favorable. Estas normas no se aplicarán a los contratos de transporte y a los contratos de suministro de servicios en un país distinto de aquel en el que tenga su residencia habitual el consumidor.

Se aplicará al contrato de trabajo: bien la ley del país en que el trabajador realice habitualmente su trabajo, bien la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, bien la ley del país con el que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos.

2. LAS CONVENCIONES DE ROMA Y MÉXICO: DOS ESFUERZOS TENDIENTES A LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Si las partes deciden elegir otra ley aplicable al contrato, esta elección no podrá hacerse a costa de la protección del trabajador.

Las disposiciones existentes o futuras del Derecho comunitario tendrán prioridad sobre las disposiciones del Convenio, en particular, las disposiciones que, en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales. Tras la entrada en vigor del Convenio, todo Estado miembro que desee adoptar una nueva norma de conflicto de leyes para una categoría específica de contratos que entren en el ámbito de aplicación del Convenio, o adherirse a un convenio multilateral en este ámbito, deberá informar a los demás Estados signatarios. Cada uno de estos Estados tendrá seis meses para solicitar una consulta si lo desea. Si, en este plazo, ningún Estado signatario reacciona, o si, en los dos años siguientes a la consulta no se hubiere llegado a ningún acuerdo (un año para el convenio multilateral), el Estado solicitante podrá modificar su derecho o adherirse al convenio.

El Convenio tendrá una vigencia de diez años a partir de la fecha de su entrada en vigor. Será renovado tácitamente por períodos de cinco años, salvo denuncia por parte de los Estados signatarios.

En 1988 se firmaron dos protocolos relativos a la interpretación con carácter prejudicial del Convenio por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Un tercer protocolo firmado en 1980 y posteriormente completado en 1996, autoriza a Dinamarca, Suecia y Finlandia a conservar sus disposiciones nacionales relativas a la ley aplicable a las cuestiones relativas al transporte de mercancías por mar.

Se han adjuntado cuatro declaraciones comunes al convenio: en 1980 algunos Estados miembros hicieron hincapié en la unificación que debe existir entre las medidas que deben adoptarse respecto a normas de conflicto en el seno de la Comunidad con las del Convenio; también se formuló la posibilidad de conceder competencias de interpretación del Convenio al Tribunal de Justicia; en 1988, tras la firma de los dos protocolos, se previó un intercambio de informaciones entre los Estados miembros y el Tribunal de Justicia para las sentencias en materia de obligaciones contractuales; además, se exigió que todos los nuevos Estados miembros de la Comunidad se adhieran al protocolo sobre la interpretación del Convenio por el Tribunal de Justicia, al firmar el convenio de Roma.

2.1.4.3 Las normas de conflicto existentes en la Convención.

Las normas de conflicto llamadas también atributivas o de colisión, son aquellas que determinan la legislación aplicable a una relación jurídica de Derecho internacional privado. "Su función es escoger la legislación, nacional o extranjera, que va a regir la relación jurídica. Estas normas se pueden clasificar en unilaterales y bilaterales. Será unilateral cuando se limite a ordenar aplicar el derecho material nacional (ejemplo Art. 16 del Código Civil chileno); y será bilateral, perfecta o completa cuando determinen la legislación aplicable, sea ésta nacional o extranjera (ejemplo Art. 955 del Código Civil chileno).

La norma de conflicto bilateral es la que puede establecerse en el aspecto internacional, ya que, puede trabajar tanto con el derecho interno como el derecho

extranjero. La norma de conflicto unilateral, en cambio, trabaja dando coherencia al derecho interno y por ello se puede establecer sólo en las legislaciones internas de cada país”.⁵⁴

2.1.4.4 Los factores de conexión.

Se denomina factor de conexión o localizador a aquel elemento esencial que engancha una relación jurídica determinada a una legislación específica.

“Los principales factores de conexión son:”⁵⁵

La nacionalidad de las personas (naturales o jurídicas), o de algunos bienes a quienes se asigne también este atributo, como las naves y aeronaves;

El domicilio, en cuanto vincule a las personas, o a algunos bienes, al territorio de un Estado determinado.

La situación o lugar en que: a) se encuentre una persona (residencia, morada, etc)

b) se encuentre un bien mueble o inmueble

c) se realice un acto.

4. La autonomía de la voluntad. Las personas, dentro de la parte facultativa del derecho, pueden determinar la ley que va a regir al acto jurídico que realicen.”⁵⁶

2.1.4.5 Los conflictos de calificación.

Todos los estados tienen sus propios sistemas de solución de conflictos de leyes, los cuales pueden vincularse entre sí precisamente por el juego de las normas de conflicto.

“Las grandes categorías jurídicas son las mismas en todos los sistemas modernos: personas, bienes, forma de los actos, contratos, sucesión por causa de muerte, procedimiento, delitos, cuasidelitos, etc. Sin embargo, el contenido de estas categorías puede variar de un país a otro. Estas discrepancias dan origen al llamado conflicto de calificaciones.

Calificar una relación de derecho es determinar su naturaleza jurídica, para ubicarla dentro de alguna de las categorías del sistema legal.

En el campo del derecho comercial internacional actual ha surgido una gran cantidad de problemas de esta especie, por cuanto las nuevas figuras jurídicas que se utilizan (joint ventures, franchising, factoring, etc), no concuerdan exactamente con los esquemas conocidos en los ordenamientos estatales.

Este conflicto de calificación se plantea en el Derecho internacional privado, cuando las calificaciones que dos legislaciones en juego hacen de una misma relación jurídica

⁵⁴ Ramírez Necochea, Mario: *op. cit.* pág. 96-97.

⁵⁵ Esta enumeración no es taxativa porque existen otros factores de conexión.

⁵⁶ Ramírez Necochea, Mario: *op. cit.* pág. 100.

son tan distintas, que de aceptar una u otra, varía la legislación aplicable.”⁵⁷ Así, en presencia de un contrato de agencia, puede surgir la duda de si debe ser considerado (definición jurídica) como un contrato de trabajo o un simple contrato mercantil: en el primer caso, la norma de conflicto aplicable será el artículo 6 de la Convención, mientras que en el segundo, lo serían los artículos 3 y 4 de la Convención. Al emplear puntos de conexión distintos, si resulta aplicable el artículo 6 de la Convención el contrato quedaría sujeto a una ley, mientras que si lo fueran los artículos 3 y 4 de la Convención, la ley reguladora del contrato podría ser diferente.

El Convenio de Roma no aborda expresamente la cuestión de la calificación. Tampoco lo hacen numerosos Convenios concluidos en los últimos años en el seno de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado. Pero, el problema de la calificación debería hallar solución en el marco del artículo 18 de la Convención, esto es, en

el plano de la interpretación de las normas del Convenio. En efecto: una precisión o definición de los términos y de las reglas contenidas en el Convenio facilita en gran medida la operación calificatoria, ya que, la solución de la situación fáctica en el supuesto de la norma aplicable es más sencilla cuanto más perfilado esté el concepto empleado por dicha norma.

En esta línea, el Convenio actúa en dos niveles:

Definición convencional del concepto. El Convenio define expresamente algunas nociones especialmente conflictivas, por ejemplo “contratos concluidos por consumidores”; otras veces lo hace el informe adjunto, por ejemplo “cuestiones de forma de los contratos”. En estos casos, el intérprete debe confrontar el supuesto fáctico con la definición convencional para comprobar si aquel cumple los requisitos exigidos por dicha definición.

Calificación convencional. Ciertos supuestos, susceptibles de calificaciones diversas, son calificados por el Convenio. Así, el artículo 4 número 4 afirma que “se considerarán como contratos de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un solo viaje y otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías”. Igualmente, el Informe adjunto sigue la misma técnica en relación a los contratos de trabajo, pues afirma que deben considerarse como tales, a efectos del artículo 6 del Convenio, los contratos nulos y las relaciones de trabajo de hecho. También lo hace en relación a las donaciones, que califica implícitamente, como –contratos-. De este modo, ciertos supuestos dudosos reciben una calificación convencional que ahorra dicha operación al operador jurídico.

No obstante, quedan otras muchas nociones sin precisar, por ejemplo “modalidades de la ejecución”, el concepto de “contrato” y, sobre todo, el modo de aplicación de las normas del Convenio. Una interpretación autónoma y uniforme de los términos y reglas del Convenio solventaría la cuestión de la calificación, para cuya resolución no habría ya de acudir a los conceptos propios del ordenamiento del juez que conoce del asunto (*lex fori*). En relación a estas nociones respecto de las cuales no existe solución expresa en el

⁵⁷ Ramírez Necochea, Mario: *op. cit.* pág.105-108.

Convenio o en el informe, la utilidad de los criterios interpretativos del artículo 18 del Convenio de Roma y, sobre todo, los que pueda proporcionar el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, puede despejar toda incógnita calificatoria mediante la interpretación autónoma de los conceptos y normas del Convenio.

“La legislación chilena no se pronuncia sobre los conflictos de calificación, sin embargo, se señalan dos casos de jurisprudencia, en los cuales la Corte Suprema optó por la *lex fori* para calificar el concepto de “muerte civil”(sentencia de 29 de septiembre de 1863) y de “nacionalización en país extranjero”(sentencia de 11 de enero de 1937).”⁵⁸

2.2 LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADA EN MÉXICO EL 17 DE MARZO DE 1994

2.2.1 Antecedentes Históricos

A través de las últimas décadas, los estados americanos han expresado el más ambicioso de los anhelos, cual es la elaboración de un derecho común o unificador del derecho privado en lo que a contratos se refiere.

Pero no fue sino hasta la creación de la Organización de Estados Americanos, que finalmente la discusión pudo trasladarse de la esfera nacional o bilateral a un escenario multilateral latinoamericano.

La tarea no ha estado exenta de dificultades. Las más importante es la existencia en nuestro continente de dos sistemas jurídicos con características aparentemente opuestas, cuales son el *common law*, vigente en los Estados Unidos, y por otra parte el derecho continental, el cual se aplica a toda América Latina.

En segundo lugar, se ha presentado como un obstáculo para la realización de un derecho común en materia contractual, la disparidad de normas de derecho internacional privado en los distintos ordenamientos de estos países. Esta divergencia surge como consagración del principio, proveniente de la tradición histórica, de la *lex fori*. Y esto a su vez, consecuencia de una eminente tradición territorialista que aún permanece en los países de América. Es así como los países han elaborado sus propias normas de derecho internacional privado, en las que la solución de los conflictos pasa necesariamente por una determinación bajo el prisma nacional, de la ley que deberá ser aplicable.

Fue entonces necesaria una reunión de voluntades tendiente a lograr, no sin

⁵⁸ Ramírez Necochea, Mario: *op. cit.* pág.111.

2. LAS CONVENCIONES DE ROMA Y MÉXICO: DOS ESFUERZOS TENDIENTES A LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

sacrificio por parte de los ordenamientos internos, una adecuada coordinación de estas normas, de manera que ellas se comportaran de manera armónica, sin perder su autoridad normativa.

Es así como en el seno de las primeras Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho internacional Privado o CIDIP, organizadas por la OEA, se realizaron esfuerzos que apuntaban a este primer objetivo.

Un primer paso fue dado al inicio, en el CIDIP-I celebrado en Panamá en 1975, la que adoptó varias convenciones en el ámbito comercial interamericano, como la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, la cual contiene normas para establecer la ley aplicable a las obligaciones emanadas de estos instrumentos. Así, se establece que la ley aplicable será la del lugar en el que una letra de cambio, pagaré o factura se realice (art. 1, 2 y 3). Sin embargo, la misma convención se encarga de establecer excepciones a la regla antedicha al tratar temas como la incapacidad (art 1 inciso segundo) de una de las partes resultante de la aplicación de esta ley, disponiendo que dicha incapacidad no prevalecerá en el territorio de cualquier otro estado parte. En la misma Conferencia, además se celebró una Convención que también buscaba solucionar los conflictos de leyes, pero esta vez en materia de cheques.

Posteriormente, en 1979, en la ciudad de Montevideo, en el marco del CIDIP-II se hizo un importante avance al celebrarse la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, la que establece normas de tipo general para la aplicación de normas de conflicto. Es de destacar que por primer a vez se expresa en un documento convencional interamericano de derecho internacional privado, la primacía del derecho internacional sobre las normas de derecho internacional privado que resulten de fuente interna. La Convención se basa sobre el principio de aplicación de oficio del derecho extranjero, exceptuados los casos en que la ley de un estado parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro estado parte.

En el seno del CIDIP-III celebrado en la ciudad de La Paz, en 1984, se dio otro paso significativo, al celebrarse la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras. En ella se dan reglas sobre competencia internacional de un tribunal que conoce de un conflicto y que se encuentra dentro de un estado parte. Se establece en el art. 1 letra D de la misma convención que el tribunal será competente y su sentencia tendrá eficacia extraterritorial cuando el tribunal conozca de “acciones derivadas de contratos mercantiles celebrados en la esfera internacional, en que las partes hayan acordado por escrito someterse a la jurisdicción del estado parte donde se pronunció la sentencia, siempre y cuando tal competencia no haya sido establecida en forma abusiva y haya existido una conexión razonable con el objeto de la controversia.”

Debemos incluir también la labor desarrollada en la CIDIP IV, llevada a cabo en Montevideo en el año 1989, en la cual se acordó discutir y analizar en forma más exhaustiva lo que sería posteriormente el marco jurídico dentro del cual se regularía el tema de la contratación internacional. Ello se concretó en la Resolución número cinco de

dicha conferencia, en la que se recomienda “a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos que convoque una reunión de expertos para formular un anteproyecto de Convención acerca de la ley aplicable a la contratación internacional”. Sin embargo, los frutos de esta declaración de intenciones no fue el esperado, principalmente por la falta de un entendimiento concreto en lo que se refería al tema de la elección de ley por las partes.

Todo el camino ya señalado fue dando paso a la génesis inmediata de la Convención celebrada en 1994.

2.2.2 La Elaboración de la Convención

En 1993, previa convocatoria de la Asamblea General de la OEA hecha cuatro años antes, se formó un grupo de trabajo en la ciudad de Tucson, Arizona. En ella se trató un proyecto del comité jurídico interamericano y una exposición de razones del profesor mexicano José Luis Sequeiros. Este proyecto tuvo como fuentes la convención de La Haya sobre ley aplicable a la compraventa internacional de objetos muebles corporales de 1955, la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, también del año 1980 y a la Convención de La Haya sobre ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercaderías de 1986. Se dejó constancia además de señalar como fuentes los principios del UNIDROIT, así como los documentos que se habían redactado y el trabajo que se había desarrollado en las CIDIP anteriores.

Es así como se llegó en marzo de 1994, en la ciudad de México, a la celebración de la CIDIP-V. En esta quedó fijado el texto definitivo de la llamada Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. Su fecha de aprobación fue el 17 de marzo de dicho año. Solamente cuatro países suscribieron el acuerdo el mismo día de la aprobación: Bolivia, Brasil, Uruguay y Venezuela. Posteriormente fue firmada por México el 27 de noviembre de 1995. Sin embargo, de estos países sólo dos han ratificado el tratado. El primero fue México el 20 de agosto de 1996, depositando su instrumento de ratificación el 15 de noviembre de 1996; y en segundo lugar, Venezuela, que ratificó el 22 de septiembre de 1995, depositando su instrumento de ratificación el 26 de octubre de 1995.

En el caso de Chile, el texto del tratado se encuentra actualmente en la Cancillería, esperando que el poder ejecutivo se pronuncie respecto de llevar adelante una iniciativa para su ratificación ante el congreso nacional. Como parte de nuestra investigación pudimos constatar que el referido documento está archivado o mejor dicho olvidado, hasta que se concrete tal iniciativa.

2.2.3 ASPECTOS FORMALES DE LA CONVENCION

En esta etapa de la obra nos avocaremos al estudio de las normas de tipo formal contenidas en la Convención Interamericana. Especialmente nos referiremos a la forma en que la Convención pasa a ser recepcionada por un estado que se haga parte en el

mismo, el momento en que sus normas son vigentes para el estado parte, cual es su campo de aplicación y sus materias excluidas.

2.2.3.1 Recepción de las normas de la convención en el derecho interno de un estado parte.

El artículo 25 de la Convención Interamericana, deja abierta a la misma a la firma de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. Los Estados son libres, entonces de recepcionar o no la Convención a su entera voluntad. En este artículo no se ha producido innovación, pues se sigue con los principios generales en esta materia.

La Convención se sujeta a la ratificación de los Estados partes para que ésta comience a tener vigencia. Y la manera como esta ratificación debe hacerse es mediante el depósito del instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Como lo vimos anteriormente, la entrada en vigencia de la convención se produjo con el depósito de los instrumentos de ratificación de México y Venezuela.

Una vez que la Convención entra en vigencia, cualquier otro estado puede hacerse parte mediante la adhesión, que como establece el artículo 27 de la Convención, se realiza también mediante el depósito del respectivo instrumento en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

2.2.3.2 Fecha de entrada en vigencia de la convención

La Convención Interamericana establece en su artículo 28 que ésta entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. En seguida, el inciso segundo del mismo artículo establece que cuando un estado ratifique o adhiera a la convención, después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Una vez que la Convención ha entrado en vigencia, ésta regirá indefinidamente, pero cualquiera de los estados partes podrá denunciarla. La denuncia se formaliza mediante el depósito de la misma en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Una vez transcurrido un año desde este depósito, la Convención dejará de estar vigente para el país denunciante.

2.2.3.3 Las Reservas.

La Convención permite en el artículo 21 la formulación de reservas al momento de la firma, ratificación o adhesión a la Convención, al establecer que los Estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de la Convención. Entonces, existe consagrada en la Convención la libertad para formular las reservas que estimen convenientes, sin embargo, esta libertad no es absoluta, pues las mismas se deben referir a una o más disposiciones específicas, y además, dichas reservas no deben ser incompatibles con el

objeto y fin de la Convención.

En el segundo inciso del mismo artículo, se otorga a los Estados parte la posibilidad de retirar en cualquier momento la reserva, con posterioridad a haber sido formulada. Pero el efecto del retiro no es inmediato, sino que operará una vez transcurridos tres meses desde que se hubo efectuado la notificación del retiro.

2.2.3.4 Campo de aplicación.

De esta forma hemos denominado el objeto sobre el que versa la Convención y en la cual ésta será aplicada. La Convención en este sentido comienza la redacción del artículo primero, precedido por el título “Ámbito de aplicación”, estableciendo que la misma tiene como objeto esencial el determinar el derecho aplicable a los contratos internacionales. Inmediatamente, en el inciso segundo del mismo artículo, y como ya lo vimos anteriormente, la Convención elabora una definición de lo que debemos entender por contrato internacional, a partir de hacer un simple enunciado de sus características.⁵⁹

Estas características que hacen que un contrato sea internacional, podemos separarlas en dos calificantes. Una viene determinada por la circunstancia que las partes tengan su residencia habitual o establecimiento en dos Estados Partes diferentes. La otra se refiere a los contactos objetivos que el contrato tenga con más de una parte.

En cuanto a la primera calificante, nos encontramos frente a una situación en la cual el contrato se vincula de manera objetiva con más de un ordenamiento jurídico, lo que dependerá de esta residencia habitual, o del lugar en que se encuentren los establecimientos. Bastará entonces que las partes en un contrato tengan esta residencia habitual o su establecimiento en estados partes distintos para que el contrato pueda ser calificado de internacional. En cuanto a la residencia habitual, sólo las personas naturales pueden tenerla, y su definición no está exenta de dificultades, pues nos encontramos que cada sistema jurídico nos da su propio concepto que la delimita. Suena razonable, entonces que para entender lo que es la residencia habitual, concepto eminentemente jurídico, nos deberemos remitir a lo que los respectivos ordenamientos de las partes nos señalen. Otra posibilidad sería recurrir a fuentes que sean propias del derecho internacional, siempre y cuando el concepto que se dé sea lo bastante general como para satisfacer los requerimientos de las partes.

Conviene también establecer que este vínculo jurídico objetivo que tienen las partes con su residencia habitual no podrá ser alterado por el elemento subjetivo, es decir, el *ánimus*, pues si así fuera, el vínculo dejará de tener la característica de objetividad que le otorga seguridad y estabilidad a la relación jurídica.

En cuanto al concepto de establecimiento, éste se aplica a las personas jurídicas, y queda amparado por el mismo tipo de objetividad que en el caso anterior.

Respecto a la segunda calificante, se diferencia de la anterior en cuanto, es un

⁵⁹ Como simple recordatorio, el inciso segundo referido dice 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.”

concepto de mayor amplitud que aquella, pues, mientras veíamos que aquél se subordinaba a lo que señalaran las respectivas legislaciones, en el caso de los “contactos objetivos”, éstos son materia que deberá ser conocida por el juez en cada caso concreto. El juez deberá entonces, analizar estos contactos y determinar de manera indubitable si acaso éstos ligan al contrato de manera objetiva con varias legislaciones.

Estudiado el concepto del artículo primero, debemos precisar aún más el campo de Aplicación de la Convención. Pues, teniendo claro que se aplica a los contratos internacionales, hay que señalar qué tipos de contratos internacionales se verán sujetos por las normas de la Convención.

En primer lugar, se deja establecido que la Convención no sólo se aplicará a los contratos celebrados entre particulares, sino que además y como lo señala el inciso tercero del art.1, la misma se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato excluyan expresamente la aplicación de la Convención. Los estados que deseen hacerse parte de la Convención, podrán, al momento de firmar, ratificar o adherir a ella, formular reservas con el objeto de excluir determinadas categorías contractuales en las cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte.

La siguiente regla clave en este tema es la contenida en el art. 3, que establece que las normas de la Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional. Esto quiere decir, que, en primer lugar, la Convención ciertamente tiene aplicación en los contratos que estén expresamente contemplados en cada legislación. Pero además la Convención, recogiendo la postura ya marcada por la Convención de Roma, cuya inspiración es evidente, incluye a los nuevos tipos de contratos que han ido surgiendo en el mundo, como consecuencia del desarrollo del comercio internacional, salvo que las partes excluyan expresamente a determinado contrato, como lo permite el art. 1, inciso tercero de la Convención.

Debemos además señalar el aspecto temporal, para de esta forma determinar a qué contratos internacionales se aplicará la Convención. La regla queda establecida en el art. 19, el cual hace aplicables las disposiciones de la Convención en un Estado parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en dicho Estado parte. A los contratos que no caigan dentro de esta categoría se les aplicarán sus propias normas de Derecho Internacional Privado, a menos que las partes convencionalmente establezcan normas específicas que determinen la ley aplicable.

En conclusión, la Convención tendrá aplicación en todos aquellos contratos internacionales –calificados de esa forma según lo visto anteriormente-, nominados o innominados, en que sean parte privados o Estados, entidades u organismos estatales, y que no se encuentren expresamente excluidos por la Convención o por las partes, siempre y cuando el contrato se hubiere concluido después de la entrada en vigencia de la Convención, en un Estado parte.

2.2.3.5 Excepciones a la aplicación de la Convención

Luego de establecer a qué tipo de contratos internacionales se aplicará, la Convención,

siguiendo una vez más a su inspiradora, dedica un artículo específico para dejar claramente determinadas las materias que quedan excluidas del campo de su aplicación. Debemos señalar en este punto que la Convención Interamericana transcribe en forma casi textual la respectiva norma de la Convención de Roma, inclusive el orden en que están señaladas. Consideramos que ello no se debió a una falta de iniciativa o de creatividad del grupo de trabajo que redactó la Convención Interamericana, sino simplemente a que se consideró que la norma europea cumplía con los requisitos de precisión, claridad y respeto por las normas de Derecho Internacional Privado.

El artículo que se dedica a este tema es el quinto, el cual con el encabezado “Esta Convención no determina el derecho aplicable a:”, hace una enunciación de dichas materias. La letra A, agrupa a nuestro entender, tres áreas que forman parte de uno más grande, cual es el estado civil y la capacidad. La primera área se refiere a las cuestiones derivadas del estado civil de las personas; la segunda a la capacidad propiamente tal, y finalmente la tercera, a las consecuencias o efectos que acarrea la declaración de nulidad o invalidez del contrato debida a la incapacidad de una de las partes. Esta letra es una aplicación de las normas derivadas del derecho romano el cual sujeta las materias relativas al estado de las personas y la capacidad a su ley personal.⁶⁰

La letra B se ocupa de las materias relativas en general, al derecho de familia, excluyendo de la aplicación de la Convención a las obligaciones nacidas de contratos cuyo objeto principal sean cuestiones sucesorias, testamentarias, regímenes matrimoniales o derivadas de relaciones de familia.⁶¹ Dado el sentido de este tipo de obligaciones, resulta lógico excluirlas del dominio de la Convención que apunta a un sentido más bien patrimonial de los contratos internacionales.

En la letra C del artículo quinto se excluyen las obligaciones provenientes de títulos de créditos. La razón de la exclusión de esta materia se debe a que la misma ya posee una regulación específica en el ámbito interamericano, cual es la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio que surgió en el seno de la CIDIP I celebrada en 1975, en Panamá.

La cuarta materia excluida la encontramos en la letra D. En este caso la Convención se aleja momentáneamente de la Convención de Roma, al incluir dentro de estas materias excluidas las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de

títulos en los mercados de valores. Entendemos que se ha hecho así debido a la enorme complejidad que esta materia conlleva dentro del comercio internacional, y en que una convención que hace las veces de ley marco, se encuentra imposibilitada de

⁶⁰ Entonces, la remisión ira en nuestro derecho, directamente a la norma del artículo 15, número primero de nuestro Código Civil que deja establecido el estatuto personal: “Art. 15. A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero...1.º En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile;”

⁶¹ En este caso nuestro derecho establece la ley que regirá a los chilenos en este caso en el número dos del mismo artículo 15 del Código Civil al dejarlos sujetos a la ley chilena...”2.º En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.”

regular.

La letra E excluye de la aplicación de la Convención a los acuerdos sobre arbitraje o elección del foro. Al igual que en materia de letras de cambio que lo vimos anteriormente, en el foro interamericano ya existía una regulación previa en materia de arbitraje, la cual se creó también en la CIDIP I, en que se aprobó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. En cuanto a la elección de foro, se considera como materia excluida debido a que corresponde más al ámbito procesal que al contractual, a pesar que lo procesal nunca deja de tener vinculación con los contratos, pues es en ésta rama del derecho donde se hace valer su fuerza obligatoria de manera más evidente.

Finalmente, tenemos la letra F del artículo 5 que excluye además las cuestiones relativas al derecho societario, y las personas jurídicas. En nuestro derecho ambas materias están claramente separadas y delimitadas⁶², pero en esta letra, la Convención las reúne en un solo grupo. Las razones para establecer esta exclusión podemos analizarlas desde dos puntos de vista.

En primer lugar, existe el fundamento ya contemplado en relación a otras materias excluidas, de la evidente complejidad de esta materia que impide su regulación dentro del ámbito de un tratado marco como es la Convención. En nuestra opinión, esta razón es suficiente en el caso de las sociedades, en que la inmensa variedad que éstas han adoptado con el paso del tiempo y en los distintos ordenamientos, y en el caso que nos ocupa, en gran parte por el desarrollo del comercio internacional, las formas contractuales se han multiplicado, así como las variadas complejidades que se han integrado en este tipo de negocios jurídicos.

Creemos que distinto es el caso de las personas jurídicas, cuya naturaleza jurídica se aleja de la convención y el contrato. Escapa a este trabajo el adentrarnos en el estudio de estos sujetos de derecho, pero es evidente que al estar tan separado del ámbito del contrato, la razón de complejidad que fundamenta la exclusión de las sociedades, no debe ser aplicada de la misma forma en relación a las personas jurídicas, más aún cuando éstas no han tenido la acelerada evolución dentro del comercio internacional como aquéllas. En definitiva, el fundamento de la exclusión de las personas jurídicas viene dado por su distinta naturaleza jurídica. Opinamos que ha sido redundante hacer una exclusión expresa de las personas jurídicas en la convención, cuando su misma naturaleza jurídica las distingue de las formas contractuales, a pesar de su evidente relación.

Como un segundo fundamento de la exclusión de las sociedades y las personas jurídicas tenemos el hecho que ya existe una regulación específica para estas materias en el seno interamericano. La primera de ellas se adoptó en el seno de la CIDIP II, realizada en Montevideo el 8 de mayo de 1979 en que se aprobó el texto de la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles. Mientras, en el caso de las personas jurídicas, fue en la CIDIP III, realizada

⁶² Es así como en nuestro derecho, a pesar que existe una estrecha vinculación entre sociedad y persona jurídica, ambas tienen una naturaleza jurídica muy distinta que las separa. Así mientras las personas jurídicas están reguladas dentro de los sujetos de derecho (art. 545 y ss. del Código Civil), las sociedades, por otro lado están dentro de los contratos.

en La Paz, Bolivia, en que se aprobó el 24 de mayo de 1984 la Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado.

2.2.4 ASPECTOS DE CONTENIDO DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA

2.2.4.1 La elección de ley por las partes contratantes

Ya hemos estudiado los aspectos formales de la Convención Interamericana. Nos corresponde ahora adentrarnos en su contenido. Dejemos eso sí claramente establecido que en todo caso, este contenido no constituye en sí la solución a todos los conflictos que se susciten en materia contractual internacional. Lo que interesa realmente es la determinación del derecho aplicable, y de que forma la Convención establece reglas que ayuden a llegar a esta determinación. Esta convención, así como la de Roma de 1980, están llamadas a entregar luz a las partes para que puedan ver la ley que será aplicable en caso de conflicto entre ellas. Esto es lo que en su conjunto llamamos “normas de localización”, que apuntan precisamente a esta determinación de la ley aplicable al contrato.

El derecho internacional privado, como lo señalamos anteriormente ⁶³, reconoce y ampara el principio de autonomía de la voluntad, siendo las partes las encargadas de elegir el ordenamiento jurídico que en definitiva debe regular el respectivo contrato. Entonces, si elaboráramos una jerarquía dentro de las normas de localización dentro del derecho internacional privado, en primer lugar estará la voluntad de las partes.

La Convención Interamericana, haciéndose eco una vez más de la Convención de Roma, acoge el principio antes expuesto, señalando en su artículo 7 que consagra el principio llamado de elección de ley por las partes, lo siguiente: “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes”. Así las cosas, tenemos que este es el primer elemento de localización establecido por la Convención. Ésta no está haciendo ninguna innovación, pues, como señalamos, repite principios ampliamente reconocidos. La distinción la encontraremos en los elementos de localización particulares que la Convención consagra y que se harán efectivos ante el silencio de las partes, de manera supletoria.

El artículo 7 continúa, reconociendo la elección de ley tanto expresa como tácita. Esta última debe desprenderse de manera evidente de la conducta de las partes, así como de las cláusulas contractuales, consideradas todas ellas de manera conjunta. Esta disposición hace más clara aún la protección del principio de autonomía, al reconocerse a las partes la facultad de hacer la elección no sólo de manera expresa, también llamada cláusula *electio iuris*, sino también se desprenderá de ciertas conductas evidentes de las partes además de las cláusulas del contrato, en su conjunto. Estos dos últimos requisitos, el de la conducta evidente, y el de considerar las cláusulas en su conjunto, ponen en evidencia el hecho que se han impuesto ciertas restricciones a la elección de ley, lo cual

⁶³ Ver supra. págs. 39 y 42

en caso alguno importa concluir que la elección de ley no es libre.

Nos detendremos un momento en este punto respecto a la cláusula *electio iuris*. Ya dijimos que ella no es sino la elección expresa de las partes de la ley aplicable al contrato. En definitiva, los destinatarios de esta elección son las partes y el juez; y éste último deberá atenerse a lo expresado por las partes en dicho contrato y aplicar la ley allí señalada. El problema surge al querer otorgarle validez a esta cláusula. Obviamente, debe existir un sistema jurídico que otorgue validez a la misma y ese sistema jurídico llamado a sancionar su validez es precisamente el que han elegido las partes, en virtud de la cláusula. Como una solución, se ha señalado que será la ley del juez la que deberá aplicarse a la cláusula. En nuestra opinión, esta solución acarrea algunos riesgos, pues podríamos encontrarnos con que las partes, a fin de evitar que una determinada *lex fori* que a su juicio no reúna las características de competencia y uniformidad en sus decisiones que aquellas necesiten, hagan un peregrinaje entre distintos tribunales. Todo ello conlleva a un “forum shopping” tan ampliamente repudiado en el derecho internacional.

¿Cómo reacciona la Convención Interamericana ante esto? El grupo de trabajo que elaboró la Convención, pudo prever que estos inconvenientes podían llegar a suceder. Es por ello que se dan soluciones expresas en cuanto a la ley a la que debe someterse la cláusula *electio iuris* para determinar los requisitos de validez. Sin darle mayores vueltas al asunto, la Convención sujeta a la cláusula a las normas generales establecidas en aquélla para la determinación de la ley aplicable a los contratos. Así lo establece el artículo 12 que señala: “La existencia y validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo” que precisamente es el capítulo dedicado a la determinación de la ley aplicable.

En definitiva, la Convención “mete en un mismo saco” la cláusula *electio iuris* y el contrato propiamente tal, al someterlos a ambos al mismo estatuto. Con esto, la dualidad creada por la doctrina desaparece.

Respecto de la elección tácita, podríamos ejemplificar la hipótesis contemplada en la disposición del artículo 12 cuando nos enfrentamos a un contrato en el cual las partes celebran un tipo de contrato muy particular, cuyos efectos sean propios a éste y que sólo sea recogido en el ordenamiento interno de un país determinado. Es claro en este caso que las partes, tácitamente, manifiestan su voluntad de someter a esa forma contractual al referido ordenamiento interno. Con esto se cumplen los requisitos que exige la convención para la elección tácita de ley, pues la conducta ha sido evidente, considerando las cláusulas en su conjunto.

Es importantísima la labor del juez en este punto, pues es él quien es llamado a analizar cuidadosamente la voluntad no expresada de las partes, a través de su conducta, que debe tener el carácter de evidente, y de las cláusulas del contrato, las cuales deberán ser sopesadas e interpretadas por el juez en su conjunto, como lo dispone el texto de la Convención. Estas normas constituyen verdaderas pautas de acción del juez que no podrá hacer un estudio irracional o arbitrario de estas conductas y

cláusulas. Como confirmación de esta idea tenemos el inciso segundo del artículo 7, el cual separa la elección del foro versus la elección de ley aplicable al contrato. La elección de aquella no implica como una consecuencia necesaria y automática la elección de ésta⁶⁴.

La Convención recoge la hipótesis del cambio ulterior de la ley elegida hecha por las partes, sea en forma total o parcial. El artículo 8 dispone que “En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquél por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes.” El artículo señalado permite que las partes, una vez que el contrato ha comenzado a ejecutarse y en cualquier tiempo, podrán, de común acuerdo, parcelar de manera abstracta el contrato para que cierta parte, o el todo, sea sometido a una ley distinta a la que se sujetó con anterioridad, sea o no la que eligieron las partes o las normas de localización de la Convención, en subsidio.

¿La elección por las partes de una ley que sea distinta a la que regía anteriormente y que ahora someterá al todo o a una parte del contrato, es ilimitada o debe sujetarse a ciertas restricciones?

Como lo señalamos en el capítulo relativo a la autonomía de la voluntad, las partes tienen, y así es reconocido por el derecho internacional, el poder soberano de hacer la elección de ley que más se acerque a sus intereses. Sin embargo, esta libertad, esta plenitud de este principio, no es ilimitada. Es así como en su oportunidad distinguimos y señalamos los límites a la autonomía⁶⁵. A manera meramente recordatoria, teníamos que los límites que se deben reconocer a la autonomía, son en primer lugar, las normas de orden público, en segundo lugar las reglas de aplicación inmediata o imperativa y en tercer lugar el fraude a la ley.

Volveremos con el tema de las limitaciones al orden público pero mirado desde la perspectiva del contenido de la ley aplicable al contrato internacional.

2.2.4.2 La relación de la convención con otros tratados y el principio de especialidad

La Convención de México no cierra los ojos ante la realidad que denota la existencia de variados tratados en el seno interamericano que han entrado a regular desde hace largo tiempo diversos ámbitos de las relaciones contractuales y situaciones derivadas de éstos. En reiteradas oportunidades hemos afirmado que la Convención no intenta efectuar un estudio y una regulación pormenorizados de las diversas formas de relaciones contractuales que han aparecido con el transcurso del tiempo. Si ésa hubiera sido su intención desde un comienzo, su extensión habría sido desmesurada.

Es así como, en la práctica, la Convención entrega una regulación que dista de ser específica, pues no es esa su labor. En lugar de ello, los demás tratados y convenciones

⁶⁴ Artículo 7, inciso segundo: “La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.”

⁶⁵ Ver supra págs. 45 y 46.

que se han celebrado para cumplir esta tarea constituyen un gran cúmulo de ordenamientos paralelos a la convención. Anteriormente lo vimos al estudiar ciertas materias excluidas de la Convención.⁶⁶

La Convención en este sentido y como lo dijimos en el encabezado de este número, no es ciega, y de esta forma, aplica el principio de especialidad, respecto a materias que a la vez, están reguladas en la Convención, como estatuto marco de los contratos; y por otro lado, los tratados específicos que se han celebrado con el fin de darles una regulación específica. Ante la aparente regulación paralela y simultánea de una misma materia, la Convención vio necesaria la redacción de normas expresas que zanjaran cualquier inconveniente en este sentido. Las normas son las contenidas en los artículos 6 en el caso que sobre ciertas materias contractuales exista una regulación autónoma en el derecho convencional internacional y que esté vigente entre los estados parte; y la contenida en el artículo 20, en que, yendo más allá que el anterior, se consagra propiamente el principio de especialidad al establecer que la convención tendrá limitada su aplicación cuando existan otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un estado parte de la convención sea o llegue a ser parte, siempre y cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.

Con esto, los tratados que existan al momento de la entrada en vigencia de la Convención o con posterioridad a ésta y cuyo objeto sea la regulación de una materia contractual no expresamente excluida en la Convención, mantendrán plenamente su vigor, debido a que tratan de manera especial dicha materia, mientras la Convención lo hace de manera general.

2.2.4.3 Las normas de localización contenidas en la Convención.

Ya hemos estudiado detenidamente el papel que tiene la voluntad de las partes a la hora de elegir la ley que será aplicable al contrato, como el primer factor de conexión a considerar. Necesario se torna concluir que la Convención otorga tanta preeminencia a la autonomía de la voluntad, que la labor del juez al momento de entrar a juzgar sobre un determinado contrato internacional, será atender en primer lugar, esta voluntad de las partes, sea ésta expresa o tácita. La Convención ve a las partes como los sujetos más indicados para determinar la ley aplicable, sin necesidad de ulteriores análisis que desvirtúen esta elección (no obstante, la existencia de alguno de los límites de la voluntad que ya estudiamos).

Ante esta protección tan férrea de la autonomía de la voluntad, cabe preguntarse, entonces, que sucedería si no existiera elección alguna, sea expresa o tácita. No es difícil situarnos en este escenario si consideramos que en el caso de elección no expresada, ésta debe colegirse de variadas y determinadas conductas que lleven a cabo las partes, las cuales deben evidenciar una elección de ley; puede ocurrir, sin embargo, que no se reúnan las cualidades mínimas de conducta que exige el derecho internacional, en general y en la Convención, en especial. Por otro lado, las partes pudieron haber hecho elección de ley, pero ésta, debido a vicios que anulen, ha resultado ineficaz.

⁶⁶ Ver supra pág. 103

Es en estas situaciones que se hacen necesarias reglas que vengan a suplir el silencio expreso o tácito, o una elección viciada, en su caso. Estas reglas son las denominadas normas de localización que entran a actuar sólo una vez que la autonomía de la voluntad no es suficiente para efectuar la elección de ley.

La Convención Interamericana, como lo hace en diversas materias que hemos ya analizado, sigue a su modelo inspirador, la Convención de Roma, para establecer como norma de localización, la de los vínculos más estrechos. Sin embargo, el establecimiento de esta regla no se ha hecho de la misma forma en ambas, pues existen diferencias, que cabe precisar no son esenciales y constituyen más bien matices de una sola norma. La regla queda establecida en el artículo 9 de la Convención Interamericana que dispone: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del estado con el cual tenga los vínculos más estrechos”.

Anteriormente estudiamos esta norma de localización cuando la abordamos en la Convención de Roma, así es que consideramos innecesario volver sobre el mismo tema. Empero, si haremos la distinción existente entre ambas Convenciones, pues la de Roma efectúa una precisión que no encontramos en la Convención de México. Esta precisión consiste en el concepto de “prestación característica” enunciado en el número 2 del artículo 4, de la Convención de 1980 y que ya vimos. La que ahora nos ocupa, se conforma con omitir esta precisión que en definitiva restringe la idea de los vínculos más estrechos al adicionarle requisitos que en definitiva sujetan al juez.

Siguiendo con el artículo 9, el inciso segundo elabora una norma cuyo destinatario es el juez que entra a conocer un contrato para, aplicando las normas de la Convención, determinar la ley que regirá ese contrato. La norma en cuestión convierte al juez en un investigador de los elementos del contrato, sea cual fuere su naturaleza, para conseguir el fin de vincular el contrato a una determinada legislación con la cual tiene los vínculos más estrechos.⁶⁷

El juez que aplica la Convención Interamericana se encuentra, de manera similar que en el caso de la de Roma, ante la dificultad de indagar de manera exhaustiva los distintos elementos del contrato, sean objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos se identifican más al contrato mismo, su lugar de celebración, las formalidades observadas, el domicilio de las partes, etc. Los elementos subjetivos dicen relación con la voluntad tácita de las partes, reconocida en ciertas declaraciones de las mismas efectuadas en el contrato. Dicen también relación con la buena fe demostrada por las partes en todo el iter contractual. El análisis que hace el juez de estos elementos debe hacerlo de manera cualitativa más que cuantitativa, pudiendo, y más que eso, debiendo, darle más valor a algún elemento que por sí solo baste para establecer la vinculación más estrecha, versus un grupo de elementos que, en su conjunto, no cumplan con esta característica.

2.2.4.4 La existencia y la validez del contrato.

⁶⁷ Artículo 9, inciso segundo: “El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.”

Con este título, que da el nombre al Capítulo Tercero, la Convención aborda ciertos aspectos formales del contrato mismo que específicamente tiene relación con los requisitos de existencia y de validez del contrato. Anteriormente estudiamos el artículo 12, pero

referido a la validez de la cláusula *electio iuris*. Ahora nos dedicaremos a hacer un análisis más extensivo del mismo artículo y el siguiente que constituyen la normativa que entrega la Convención para abordar esta materia.

En primer lugar tenemos el hecho que la Convención entrega la regulación de las materias ya señaladas al derecho que resulte determinado según las normas de determinación de la ley aplicable contenidas en el Capítulo Segundo, siempre teniendo en consideración las normas imperativas y de orden público que a este respecto existan, tal como se contempla en el artículo 11 de la Convención.

En todo caso, la Convención ha hecho una precisión respecto a la validez del consentimiento, en la cual ha estimado necesario ordenar al juez tener en consideración al momento de determinar el derecho aplicable, la residencia habitual o el establecimiento de la parte a cuyo consentimiento se cuestiona la validez.

En cuanto a la forma del contrato, el artículo 13 de la Convención aborda esta cuestión estableciendo variadas soluciones para determinar si un contrato celebrado entre partes ubicadas en el mismo estado, es válido o no. De esta forma, la Convención reconoce la validez de las formas del contrato siempre y cuando se haya respetado:

el derecho elegido por las partes o determinado por la Convención según las reglas del Capítulo Segundo para regular el fondo del contrato,

el derecho del Estado en que el contrato se celebre, o

el derecho del lugar de su ejecución.

El inciso segundo del artículo 13 se sitúa en la hipótesis en la cual los contratantes se encuentren en estados distintos al momento de celebrarse el contrato. En este caso, la Convención altera las reglas establecidas en el inciso anterior y reconoce la validez de las formas del contrato siempre y cuando se haya respetado:

el derecho elegido por las partes o determinado por la Convención según las reglas del Capítulo Segundo para regular el fondo del contrato, o

el derecho de uno de los estados en que se celebra, o

el derecho del lugar de su ejecución.

2.2.4.5 Materias que quedan comprendidas dentro del derecho aplicable.

Esta es sin duda una de las materias de mayor relevancia en el estudio de las normas de fondo que establece la Convención Interamericana, y que como es usual ha sido inspirada en la Convención de Roma, pues será lo que en definitiva comprende la regulación que hace la ley aplicable al contrato internacional.

Al estudiar y entender los procedimientos que indica la Convención para llegar a determinar la ley aplicable, no quiere decir ni mucho menos que la labor debe quedar ahí.

El hecho de hacer esta determinación es una labor de mera localización, es decir, de indicar cuál será la ley aplicable, sin precisar qué aspectos del contrato serán regidos por esta ley. No podemos negarnos al hecho, que ante la amplia gama de formas contractuales surgidas gracias al comercio internacional, las facetas que éstas adquieren no permiten, muchas veces, que la ley elegida se aplique en toda su plenitud y sobre todos los aspectos del contrato. Esto adquiere relevancia dado el hecho que los distintos ordenamientos internos contienen estatutos propios, que, aunque en muchas ocasiones son regidos por principios similares, en la práctica nos encontramos con realidades jurídicas de derecho privado interno de la más diversa índole.

Se ha hecho necesario, entonces, entrar a determinar por las Convenciones de Roma, primero, y México, después, el ámbito del derecho aplicable o qué entra en definitiva a regular el derecho aplicable. La Convención Interamericana enuncia este ámbito, como ya lo hizo anteriormente su precursora, en un artículo específico. El artículo 14 enumera cinco aspectos relacionados con el contrato y que quedan comprendidos bajo la acción de la ley aplicable.

Debemos señalar que la enumeración del artículo 14 se presente como no taxativa, (pues afirma que el derecho aplicable regulará “principalmente”, evitando el uso de términos más adecuadamente taxativos como “exclusivamente”, “solamente”, etc), creemos que en la práctica, y debido a la amplia variedad de materias comprendidas, estamos frente a una enumeración taxativa.

El primer número señala como materia regulada por la ley aplicable, la interpretación del contrato. Este número debemos concordarlo con la regla del artículo 4 que se refiere más precisamente a la interpretación de la Convención, pero que perfectamente se puede hacer extensiva a los contratos. El artículo 4 señala que “para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.” Con ello, la Convención otorga preeminencia al carácter internacional de su texto. Es del todo lógico que esta misma razón sea aplicable al momento de interpretar un contrato internacional.

En segundo lugar, la Convención incluye los derechos y obligaciones de las partes. Este número no estaba señalado dentro de la Convención de Roma. Respecto a este numeral éste está redactado en términos bastante amplios, lo que no es reprochable en el entendido que, en primer lugar, el conjunto de derechos y obligaciones que emanan del contrato constituyen el corazón del mismo; y en segundo lugar, no corresponde a una Convención como ésta que no entra a regular el contenido de los contratos, tal y como lo hemos señalado antes, ni específicamente qué aspectos de la relación jurídica se someterán a la ley aplicable.

Enseguida, la Convención coloca dentro del ámbito de la ley aplicable las materias relativas a la ejecución de las obligaciones que el contrato establece, así como los efectos del incumplimiento y además la evaluación del daño siempre y cuando sea para determinar el pago de una indemnización compensatoria. En este aspecto también encontramos una diferencia con la Convención de Roma, pues ésta no atiende al requisito final de determinación de indemnización compensatoria para hacer la evaluación del daño, sino que esta evaluación debe obedecer principios jurídicos.

En cuarto lugar se señalan los modos de extinguir las obligaciones, incluyendo la prescripción y la caducidad de las acciones. La necesidad de la inclusión viene dada por la influencia del derecho continental europeo el cual considera estos modos de extinguir las obligaciones como parte de los aspectos de contenido del contrato, a diferencia del common law que los considera pertenecientes al derecho procesal.

Finalmente, se encuentran en el número cinco las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato. La referencia ciertamente excluye los restantes aspectos de la nulidad tales como los requisitos para que se declare, causales, quien puede solicitarla y quien se encuentra impedido de hacerlo, los plazos de prescripción para alegarla, el procedimiento para que se haga esta declaración, etc. Entonces, tenemos que lo que propiamente queda incluido es la cuestión de las prestaciones mutuas que deberán hacerse las partes una vez que la nulidad ha sido declarada. De esta forma se ha interpretado en el caso de la Convención de Roma, por lo que creemos que de la misma forma deberá hacerse dentro del ámbito de la Convención de México.

2.2.4.6 Materias excluidas del derecho aplicable.

Ya delimitado el ámbito en que el derecho aplicable regula los distintos aspectos del contenido del contrato, la Convención establece ciertas materias en las cuales no es el derecho aplicable según ésta el llamado a normarlas. El fundamento común de esta exclusión viene dado por la armonización entre las normas que entrarán a regir el contrato y los principios de derecho internacional privado. El objetivo de ello es que el contrato esté sujeto a una base normativa coherente e integral que abarque todos los aspectos de éste, en plena concordancia con el derecho internacional.

Es por ello que la Convención Interamericana, como ya lo hizo la de Roma, ha establecido diversas excepciones que contienen a su vez, fundamentos particulares.

La primera excepción la encontramos en el artículo 11 de la Convención, la cual dispone que las normas imperativas del foro se aplicarán de forma necesaria. Las normas imperativas las vimos al tratar los límites a la autonomía de la voluntad⁶⁸ y además en materia de los límites a la elección de ley⁶⁹. La exclusión, en todo caso, no es absoluta, pues el inciso segundo del artículo 11 autoriza al juez del foro cuando lo estime pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos, volviendo la Convención a la norma de localización fundamental ante el silencio de las partes.

La segunda excepción está establecida en el artículo 17 y que no viene a ser sino una consagración de la condena al reenvío como principio fundamental de derecho internacional privado. El artículo 17 señala: "Para los efectos de esta convención se entenderá por "derecho" el vigente en un estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes". El derecho aplicable según las reglas que entrega la Convención, además de las normas que regulan el contrato en sus aspectos de forma y fondo, puede

⁶⁸ Ver supra pág. 45

⁶⁹ Ver supra. págs. 112 y 113

a su vez, contener normas de conflictos de leyes cuya consecuencia puede ser nefasta si dicho ordenamiento, al hacer uso de sus normas de conflicto, elude su competencia declarando que otro derecho es en ese caso particular, aplicable. El fundamento particular de esta exclusión está en el hecho que las normas de determinación de ley establecidas en la Convención perderían por completo su sentido si el derecho aplicable según sus reglas reenvía la competencia a otro derecho, con lo cual se perdería por las partes, además, la seguridad de sujetarse a determinado ordenamiento.

Finalmente tenemos en el artículo 18 la tercera excepción, cual es el orden público del foro⁷⁰. Respecto del orden público, también lo vimos en relación a los límites de la autonomía de la voluntad. El principio de respeto de las normas de orden público es recogido en diversos ámbitos del derecho, público y privado. En materia de derecho internacional, no podemos aceptar que un derecho aplicable en un contrato, vulnere de alguna forma las normas de orden público establecidas en el país donde dicho contrato vaya a cumplirse. La Convención establece como requisito que la vulneración del orden público debe ser manifiesta. Con ello se restringe la labor del juez, el cual no podrá dejar de aplicar un contrato internacional que parezca vulnerar el orden público del foro. Será necesario que el orden público resulte evidente y manifiestamente dañado si dicho contrato llegase a aplicarse.

⁷⁰ “Artículo 18: El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.”

3. HACIA UNA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONVENCIONAL DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES.

3.1 PRESENTACIÓN.

Según la Real Academia Española, “armonizar” significa “poner en armonía, o hacer que no discuerden o se rechacen, dos o más partes de un todo, o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin”. Se desprende de esta definición que el proceso de armonización implica el tomar dos cosas, que en apariencia podrían parecer distintas, estudiar sus elementos esenciales y característicos, y una vez hecho esto, colocarlas dentro de un fin común, en el cual se puedan conciliar.

Teniendo ello presente y como parte final de este trabajo hemos incluido este capítulo en el cual intentaremos precisamente sentar ciertas bases de armonización de la regulación existente en materia de contratación internacional, para de esa manera llegar en un futuro a una elaboración de una normativa común que tienda a la armonización del derecho internacional de los contratos. Tal tarea pareciera ser en extremo ambiciosa y ciertamente pretenciosa, pero en esta elaboración nos asiste la genuina intención de

intentar exponer nuestros puntos de vista pues creemos necesario llegar a la creación de normas que logren de manera efectiva la armonización. Intentos no han sido pocos.

Mención aparte merecen las dos Convenciones objeto de nuestro trabajo: Convención de Roma de 1980 y de México de 1994. Sin embargo, y a pesar de su aporte, en el primer caso han surgido opiniones que tienden a buscar el perfeccionamiento de estas convenciones, pues se ha considerado que no cumplen a cabalidad con los requerimientos de todos los países europeos al respecto, lo que ha hecho que constantemente sean consultados sobre la posibilidad de transformar las normas de la Convención de Roma en normas comunitarias. En el segundo caso, la escasez de países latinoamericanos que se han hecho parte nos indica a todas luces que en nuestro continente no habido una aceptación debida a este esfuerzo unificador. El hecho que sólo dos países la hayan ratificado y que en el caso chileno el documento se encuentre olvidado en un archivo de la cancillería demuestra que no existen intenciones ciertas para acoger la convención en los ordenamientos internos latinoamericanos.

3.1.1 FUENTES PARA NUESTRA ARMONIZACIÓN.

La elaboración de propuestas de armonización que a continuación aparecen se han hecho teniendo presentes en primer lugar el Convenio de Roma de 1980 y la convención de México de 1994. Ambas convenciones han sido valiosos esfuerzos en el objetivo de conciliar las normas atributivas del derecho internacional de los contratos. Pero en los últimos años ha sido un cuerpo de principios surgidos en el seno del Instituto para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT) los que han ejercido una cada vez mayor influencia en esta materia a nivel mundial. Son los Principios de la Contratación Internacional elaborados por el UNIDROIT los cuales se agregan en un anexo al final de este trabajo, siendo necesaria su inclusión en razón de su relevancia en el derecho internacional de los contratos. Como última fuente hemos creído necesario señalar los usos y prácticas del comercio internacional o *lex mercatoria*. La razón de esta inclusión es evidente: las prácticas comerciales internacionales son una demostración de la necesaria adaptabilidad de este tipo de transacciones y que han tenido un despegue extraordinario. Naturalmente hemos tenido en cuenta los principios de derecho internacional privado que nos dan los lineamientos a través de los cuales nuestra tarea será guiada.

3.1.2 NATURALEZA DE NUESTRA ARMONIZACIÓN.

Al desarrollar este tópico debemos iniciar con una precisión que hemos creído necesario señalar y es que el presente es un trabajo teórico. Esto quiere decir que nuestra intención es hacer ciertas propuestas teóricas basados en ciertas fuentes que hemos señalado, y cuyo primer objetivo será analizar los puntos en común que encontramos en las convenciones de Roma y México, en cuanto a sus principios que las gobiernan y en general, sus contenidos. Hecho esto conjugaremos este análisis a la luz de los principios del UNIDROIT y las prácticas de la *lex mercatoria*. Todo ello con el fin último de tratar de construir un sistema normativo en materia de contratación internacional que extraiga los,

a nuestro entender, puntos fuertes y deseche los débiles de las convenciones que hemos estudiado e influenciado por las otras fuentes ya señaladas, que logre, en forma teórica, constituir normas que puedan llegar a tener una aplicación que se de en un escenario de armonización del derecho de los contratos internacionales.

3.1.3 OBJETO DE NUESTRA ARMONIZACIÓN.

Las convenciones de Roma y México, como ya lo vimos, comprenden normas de distinta naturaleza en sus textos. Existen aspectos meramente formales como los relativos a la entrada en vigencia, la receptación en los distintos derechos internos, la formulación de reservas. Por otro lado están los aspectos de contenidos y que vimos en detalle, los cuales propiamente regulan la determinación del derecho aplicable en diversos aspectos, señalando las materias en las cuales este derecho entrará a regir, así como los aspectos de validez de los contratos internacionales y de las materias excluidas al derecho aplicable. Es precisamente en este segundo grupo de normas, las de contenido, sobre las cuales se centrará nuestro trabajo. Y dentro de ellas, consideramos que los aspectos a tratar dada su importancia serán los referidos a las normas de localización para la determinación de la ley aplicable, al rol que juega la autonomía de la voluntad, las materias que quedan comprendidas dentro del derecho aplicable, las materias excluidas y una referencia a la responsabilidad extracontractual.

3.2 LA DIVERSIDAD DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EN MATERIA CONTRACTUAL. UN PROBLEMA PENDIENTE.

Por medio de los tratados internacionales, los Estados pueden conseguir dos objetivos importantes: convenir un derecho uniforme por medio de normas sustantivas, u obtener soluciones atributivas iguales para los distintos ordenamientos jurídicos.

El Convenio de Roma tiene efectos universales, sus normas resultan aplicables a todos los contratos internacionales vinculados tanto a los países ratificantes y a los no ratificantes.

En esta materia la tendencia actual es a la universalización y no la regionalización, por eso la Convención de Roma ha servido de base a la Convención Interamericana, y según la opinión del profesor Boggiano la Convención de Roma de 1980 debería servir como texto de base para la elaboración de reglas en el ámbito de la OEA.⁷¹

El hecho de que la Convención de Roma de 1980 sirvió de interconexión entre las concepciones del common law europeo y el derecho civil europeo en materia de conflictos, hace necesario tenerla en cuenta para armonizar ambas concepciones en

⁷¹ Boggiano, Antonio. *op. cit.* pág.152.

América y lograr así la uniformidad de las normas aplicables a los contratos.

América es un continente caracterizado por sus tradiciones jurídicas ricas y variadas. Es un continente que se caracteriza por englobar las concepciones del common law y el derecho civil latinoamericano.

Otra característica notable del continente americano es la voluntad política aunque regionalizada de integración económica. Todo lo anterior fomenta el campo adecuado para conseguir una armonización del derecho aplicable a las obligaciones contractuales como se consiguió en Europa.

Desde una apreciación general del Derecho positivo en materia de contratos internacionales en el continente americano podemos ver que se plantean las mismas dificultades con las que se tropezaron los europeos en el camino hacia la armonización. Estas en general son:

- a. Diversidad de familias jurídicas a las que pertenecen los Estados de la región.
- b. Modelo socio-económico asumido por dichos Estados.
- c. Riesgo de aislamiento tanto conceptual como operativo.

Nuestra atención debe enfocarse frente al problema de la dualidad de sistemas jurídicos presentes en América: esto es, el enfrentamiento del sistema jurídico latinoamericano y aquél del common law de los Estados Unidos de América, y en parte de Canadá. La dualidad entre sistema jurídico romanista y common law está también presente en Europa. El contexto americano a diferencia del europeo, tiene una especificidad de dos tipos.

De un lado, el sistema jurídico latinoamericano tiene especificidad en el ámbito del sistema jurídico romanista, en materias que se enlazan por ejemplo con la responsabilidad contractual; la desconfianza en relación con el arbitramento; el modo de regular el favor debitoris y de la tutela de la parte débil de un contrato.

Estos dos últimos argumentos también tienen, probablemente, una conexión con el otro tipo de especificidad que tratamos de poner de presente: la desigualdad entre las partes, y en modo particular, aquella diferencia radicada en la simetría estructural de los sistemas económicos.

Al interior del ordenamiento de un país, en donde los instrumentos de gobierno público de la economía intervienen a menudo, de manera complementaria a la regulación en materia de contratos, para garantizar las condiciones de base –cuando estamos frente a partes débiles–, y para garantizar también, que la autonomía privada pueda ejercitarse correctamente, es decir, de una forma completamente libre. Análogamente, intervienen partes débiles también en las relaciones entre grupos de países que tienen un nivel de desarrollo industrial y comercial similar, como por ejemplo aquellos de la Unión Europea, o entre ésta y los Estados Unidos, o el Japón, que integran, o conciertan sus economías.

Tal desigualdad, sin embargo, cambia de calidad, cuando se trata de actos o relaciones entre partes pertenecientes, una a países así llamados industrializados y la otra al área de los otros países, entre los cuales no se dan elementos comunes de dirección y guía de la economía, y de garantía de los presupuestos mínimos de la paridad

sustancial necesaria, para el libre ejercicio de la autonomía. Así, con la debida precisión, la importancia de esta diferencia se hace evidente: piénsese, por ejemplo en la transformación tecnológica, y la información que de ella se dé, y en general en lo que hace a la producción en los diferentes sectores, cuando no, directamente, a la capacidad de influir sobre la transformación misma, de acelerarla o frenarla, de sostenerla y gobernarla. O piénsese en la moneda, y la diferencia de pertenecer al país o grupo de países al cual pertenece la moneda de referencia, o a países extraños y espectadores de las decisiones, pero no de las consecuencias del cambio monetario.

Esta asimetría estructural del sistema económico y de la guía del mismo, está ausente en el encuentro de los sistemas jurídicos en Europa, en la Unión Europea, o en las relaciones entre Europa continental occidental y los países anglosajones; esta asimetría, por el contrario, caracteriza las relaciones interamericanas.

3.3 LAS NORMAS DE LOCALIZACIÓN. DIFICULTADES Y SOLUCIONES.

La autonomía de la voluntad hoy en día cubre con su manto casi todas las relaciones comerciales internacionales en especial las que dicen relación con la contratación internacional y la elección del derecho aplicable al mismo.

Las partes de un contrato dentro de la autonomía de la cual disponen pueden hoy en día llegar a elegir la ley aplicable al contrato. Pero cuando en esta elección hayan interactuado vicios que la anulen o que la hagan ineficaz, se hacen necesarias algunas reglas que vengan a suplir tanto el silencio expreso o tácito, o una elección viciada, en su caso. Estas reglas son las denominadas normas de localización que entran a actuar sólo una vez que la autonomía de la voluntad no es suficiente para efectuar la elección de ley.

El principal objetivo de estas reglas o normas es garantizar que una situación jurídica se juzgue según la misma ley, independientemente de quién sea el juez que conozca el asunto, contribuyendo así a la creación de un verdadero espacio internacional de justicia, o más bien, de legislación y regulación contractual. Pero se han presentado obstáculos. Las dificultades con que nos encontramos para armonizar las normas de localización dicen relación en general con que cada Estado en el mundo dispone de sus propias soluciones de Derecho internacional privado, de acuerdo con la tradición nacional. Esta divergencia surge como consagración del principio, proveniente de la tradición histórica, de la *lex fori*. Y esto a su vez, consecuencia de una eminente tradición territorialista que aún permanece en los países de América. Es así como los países han elaborado sus propias normas de derecho internacional privado, en las que la solución de los conflictos pasa necesariamente por una determinación bajo el prisma nacional, de la ley que deberá ser aplicable.

Ahora bien, esta situación conlleva el grave inconveniente de la falta de uniformidad y de seguridad jurídica, así como implica el riesgo de que una u otra de las partes tienda a aprovecharse de que su asunto presente vínculos con distintos sistemas jurídicos para

escapar a la ley que le sea normalmente aplicable.

Para superar tales inconvenientes y combatir tales prácticas, los Estados que busquen en el futuro la armonización de sus normas debieran optar por hacer lo mismo con las normas de Derecho internacional privado. En este campo, ya han habido los primeros esfuerzos internacionales, los cuales se han concentrado en materia de obligaciones, contractuales y extracontractuales, de carácter civil o mercantil.

La Convención de México de 1994, como lo hace en diversas materias que hemos ya analizado, sigue a su modelo inspirador, la Convención de Roma de 1980, para establecer como norma de localización, la de los vínculos más estrechos. Sin embargo, el establecimiento de esta regla no se ha hecho de la misma forma en ambas, pues existen diferencias, que cabe precisar no son esenciales y constituyen más bien matices de una sola norma. Sobre esta materia sólo haremos una referencia superficial de los principios, en cuanto al fondo nos remitiremos a lo señalado para cada convención cuando se trataron los factores de conexión.

En los esfuerzos por lograr una armonización de las normas de localización han tenido gran influencia los principios de la autonomía de la voluntad, de proximidad y de la protección de la parte más débil. El primero se trata de un principio rector de la materia contractual, consagrado por la práctica totalidad de los Derechos positivos del mundo. El segundo es especialmente relevante en materia de competencia judicial internacional, por ejemplo cuando se trata de un litigio sobre un inmueble o un accidente de tráfico: el tribunal del lugar en el que se encuentra el inmueble o en el que ha acaecido el accidente es el que, en general, se encuentra mejor situado para apreciar los hechos y reunir las pruebas. Y el tercero, también es clave porque, de no existir límites al principio de autonomía, un consumidor por ejemplo correría el peligro de que se le imponga una ley que le sea desfavorable, resultando así privado de la protección a la que puede legítimamente aspirar cuando compra un bien de consumo. El mismo razonamiento podría ser aplicado a la relación empresario-asalariado. Cabría agregar que existen, y existirán siempre, situaciones en las cuales una parte débil no se beneficie de las normas protectoras del Convenio debido a las circunstancias particulares del caso. El juego de la autonomía de la voluntad y las normas de localización podrían en ese caso conducir a la aplicación de la ley de un tercer Estado, todo en beneficio de la parte débil.

Todos estos principios se encuentran en las normas del Convenio de Roma de 1980 y en la Convención de México de 1994, que se inspiró en la anterior. Lo que correspondería ahora es lograr una jerarquización de estos principios para que sirvan de apoyo en la aplicación de las normas de localización.

Para evitar conflictos entre las Convenciones al aplicar las normas de localización que priman en cada una de ellas sería necesario desarrollar un proyecto de medidas de reconocimiento mutuo que precise las medidas relativas a la aplicación de las normas de conflicto de leyes y por consiguiente de las normas de localización.

Otra solución sería la adopción de un instrumento internacional por el que se armonizaran las normas de conflicto de leyes en materia contractual, de carácter civil y mercantil, y en donde se atribuiría una competencia exclusiva a un órgano internacional que resuelva y vele por la aplicación de ellas. Con esta última solución también se

pondría fin al problema que tienen los tribunales con soluciones complejas de tener que elegir que ley es aplicable, lo que es precisamente lo que el Derecho internacional de los contratos tiene como objetivo suprimir o al menos atenuar en un futuro próximo.

En fin la autonomía de la voluntad en su visión amplia en cuanto a elección del derecho aplicable acarrea algunos riesgos, pues podríamos encontrarnos con que las partes, a fin de evitar que una determinada *lex fori* que a su juicio no reúna las características de competencia y uniformidad en sus decisiones que aquellas necesiten, hagan un peregrinaje entre distintos tribunales. Todo ello conlleva a un “forum shopping” tan ampliamente repudiado en el derecho internacional. Ante ello es importantísima la labor del juez en este punto, pues es él quien es llamado a analizar cuidadosamente la voluntad no expresada de las partes, a través de su conducta, que debe tener el carácter de evidente, y de las cláusulas del contrato, las cuales deberán ser sopesadas e interpretadas por el juez en su conjunto. Estas normas de localización uniformizadas van a constituir verdaderas pautas de acción del juez que no podrá hacer un estudio irracional o arbitrario de las conductas de las partes ni de las cláusulas que celebren en sus respectivos contratos.

3.4 EL ROL DE LA AUTONOMÍA. ¿AMPLIARLO O RESTRINGIRLO?

Cada vez es más usual en el comercio internacional que las partes se refieran no a la ley de tal o cual Estado, sino directamente a las normas de un convenio internacional, como el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, a los usos del comercio internacional, a los principios generales del Derecho, a la *lex mercatoria*, o, incluso, a recientes codificaciones privadas como los Principios UNIDROIT sobre los contratos del comercio internacional.

Parecería que tal elección no es, en el espíritu de los redactores de las Convenciones estudiadas, una elección de ley según lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio de Roma y el artículo 7 de la Convención de México, que sólo contemplarían la elección de una ley estatal: el contrato que estableciera tal elección estaría regido por la ley aplicable a falta de elección, de modo que correspondería a esta ley definir el lugar que concede a las normas no estatales elegidas por las partes.

Por lo que se refiere más específicamente a la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, la jurisprudencia holandesa ha declarado en dos ocasiones que las partes podían designar esta Convención como ley aplicable a su contrato, aunque se trataba en el supuesto de situaciones en las cuales esta Convención no se aplicaba en virtud de sus propias normas. Siguen pendientes de determinarse los efectos de una designación de este tipo. Parece imponerse una distinción entre los contratos de carácter interno, por una parte, y los contratos internacionales, por otra. Respecto de éstos últimos, el Tribunal Supremo holandés admitió que la elección de la Convención descartaba las normas imperativas de la ley aplicable a falta de elección. Parece, pues, que la elección de las

partes constituye ciertamente, a los ojos del «Hooge Rad», una elección de ley en el sentido del artículo 3 del Convenio de Roma.

Una vez admitido el principio de autonomía de la voluntad, queda por asegurarse de que las partes efectivamente han ejercido este derecho a elegir la ley aplicable a su contrato. Según el Convenio de Roma, en la segunda frase del apartado 1 del artículo 3, «esta elección debe resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso». Conviene señalar que algunas traducciones del Convenio parecen más flexibles que otras y es posible que esta diferencia esté en el origen de interpretaciones divergentes. En la Convención de México, en el artículo 7 la elección tácita se ve matizada: “El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto.”

La intención del legislador en ambos casos era admitir una elección cierta, aunque fuera tácita. Además de la frecuente inserción en el contrato de una cláusula expresa, la elección de la ley podrá, por lo tanto, resultar de otras disposiciones del contrato, de los elementos del contexto contractual, o de la conducta observada por las partes.

La frontera entre voluntad tácita y voluntad puramente hipotética, es muy delgada. El análisis de la jurisprudencia europea revela una gran divergencia de soluciones en este punto: los tribunales alemanes e ingleses, quizá impulsados por una redacción ligeramente más flexible, y bajo la influencia de sus soluciones previas, son menos estrictos a la hora de descubrir una elección tácita que sus homólogos europeos.

Una de las cuestiones recurrentes es saber en qué medida una cláusula de elección de foro o de arbitraje puede constituir una elección implícita en favor de la ley del país cuyo órgano jurisdiccional o tribunal de arbitraje se designa. La cuestión se plantea, en particular, cuando el juez se encuentra enfrentado a una cláusula de este tipo sin ningún otro argumento en favor de esta elección. Aparece asimismo una divergencia en cuanto al papel que debe darse a la referencia de las partes a normas técnicas o conceptos jurídicos pertenecientes al Derecho de un país determinado.

Debido a que la intención del legislador ha sido dejar un amplio margen de apreciación al juez en la interpretación de la voluntad de las partes, los artículos 3 y 7 de las Convenciones de Roma y México respectivamente están deliberadamente redactados en términos generales. Si aunamos criterios podremos llegar a estructurar ciertos lineamientos que comprendan los elementos esbozados por ambas convenciones. Debemos atender entonces, a los términos en que está redactado el contrato, de las circunstancias que rodean el contrato específico, del comportamiento de las partes y finalmente de las cláusulas del contrato consideradas en su conjunto. Tendremos así una redacción algo menos general que delimite los elementos de la elección tácita.

En conclusión, el supuesto de autonomía de la voluntad en el comercio internacional siempre debe estar sujeto a limitaciones, sin embargo, sigue siendo la norma básica para la elección de ley. Siendo así, resultaría inconveniente aumentar sus restricciones. Creemos eso sí, que deberíamos incluir de manera general requisitos de conexiones objetivas entre el contrato y la ley aplicable. Sería el caso de un contrato de explotación de recurso marino celebrado entre Chile y Bolivia. En este ejemplo existe una conexión

objetiva entre la explotación de producto marino y Chile; no así con Bolivia.

3.5 EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN RELACIÓN CON LAS LEYES INTERNAS DE LOS PAÍSES Y LAS NORMAS IMPERATIVAS

Hay ciertas materias que requieren una regulación específica y se establecen como una excepción a la aplicación de muchas normas de convenciones internacionales. En muchas ocasiones estas normas sectoriales internas de cada país buscan proteger una situación o a una parte del contrato considerada como “débil”.

Desde un punto de vista, la cada vez mayor cantidad de normas especiales puede poner en peligro la coherencia de algún cuerpo que busque uniformizar las normas de conflicto de leyes aplicables en un ámbito internacional que se quiere armonizar. Según otro punto de vista, esta dispersión de las normas de conflicto entrañaría una falta de legibilidad en cuanto al texto aplicable, que afectaría, sobre todo, a los profesionales del Derecho, todo ello en el contexto de la reflexión más amplia actualmente en curso en la comunidad internacional sobre la armonización y posible codificación del derecho internacional (en algunas regiones, léase Unión Europea) con el fin de mejorar la transparencia en la contratación internacional.

Algunas soluciones se han buscado y son objeto de estudio en la actualidad. Estas van desde medidas que faciliten a los profesionales del Derecho el manejo de la multitud de textos especiales existentes hasta una verdadera codificación de las normas de conflictos de leyes de origen especial. En este sentido se podría prever un anexo al futuro instrumento armonizador que recogiera en una lista, que se actualizaría a medida que fueran adoptándose, las referencias de los instrumentos sectoriales de Derecho derivado con normas de conflicto de leyes. También las normas especiales podrían recogerse en el texto del futuro instrumento. O bien, introducir una cláusula general para garantizar la aplicación de normas mínimas de protección de las partes débiles.

Las normas especiales deben estar presente siempre, porque los tratados que se logren concluir nunca van a regular en su totalidad las materias específicas que se derivan de ellos. En este sentido ciertas materias contractuales pueden tener una regulación autónoma en el derecho convencional internacional y que a pesar de celebrar un convenio uniformador de normas siga estando vigente entre los Estados parte, lo mismo ocurrirá cuando existan otros convenios internacionales que contengan normas de integración sobre la misma materia específica.

Cierta relación tienen las normas especiales con las normas imperativas, esto porque su aplicabilidad es prioritaria frente a cualquier otra norma, y así lo reconocen la mayoría de los convenios internacionales.

En Derecho interno, existen numerosas disposiciones cuyo objetivo consiste en garantizar el orden social y económico de un país, llamado también «normas de orden

público». Se trata de normas cuya aplicación las partes no pueden exceptuar por contrato. Como ejemplo, tenemos las destinadas a proteger una parte débil (consumidor, trabajador, autor en contratos de edición, menor, agente comercial).

Las normas imperativas marcan los cauces dentro de los cuales debe discurrir el poder de auto-reglamentación que se ha dado a los particulares. Las normas imperativas son leyes para las partes. La ley es regla general, el contrato sólo para las partes que lo han firmado. De ahí que los contratos estén subordinados a la ley; las normas imperativas no pueden ser dejadas de lado por los contratantes, quienes están sometidos a ellas, no importa lo que hayan convenido en sus contratos.

Un límite generalmente aplicado a la autonomía de las partes dice relación con que, la elección por las partes de una ley extranjera no puede afectar a disposiciones imperativas del país en donde se encuentren la mayoría de los elementos del contrato. De la misma forma, un futuro instrumento homologador de las normas internacionales podría especificar que, cuando se exija el respeto de unas normas mínimas, las partes no podrán sustraerse a las mismas por el juego de las normas de conflicto de leyes, eligiendo la ley de un tercer Estado.

Del análisis de la Convención de Roma se pudo identificar dos tipos de normas imperativas:

a) Las llamadas disposiciones imperativas son las normas que resultan indisponibles para las partes por no ser de derecho dispositivo para un concreto ordenamiento. Persiguen la protección de los intereses privados, generalmente de la parte más débil del contrato; y las

b) Leyes de policía o también normas de intervención: son normas que tienen una finalidad pública protegiendo la intervención del Estado en la economía. Son inderogables cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.

La diferencia es clara, y no hay duda en cuanto a sus campos de aplicación, pero con respecto a las leyes de policía, generalmente son motivo de reservas por los Estados contratantes, lo que entorpecería el fin buscado de aplicar una norma uniforme. La solución se podría encontrar en el futuro instrumento uniformador el cual podría conceptuar a las leyes de policía como «una disposición nacional cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él.

3.6 LA FORMA Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS.

En todo acto o contrato deben cumplirse ciertos requisitos para que se repute válido. Estas exigencias necesarias para la existencia y validez de los actos se dividen tradicionalmente en requisitos de forma y requisitos de fondo. Los primeros, se refieren a las formalidades y solemnidades a que están sujetos los actos. Los requisitos de fondo o

internos dicen relación con la voluntad o consentimiento, con la capacidad de las partes y con el objeto y la causa del acto.

La forma de los actos, es decir, las solemnidades que la ley exige, sea por vía de existencia del acto o por vía de prueba, se determinan por la ley a que está sometido el acto. Una importante regla domina esta materia: la regla *locus regit actum*, la cual significa que un acto puede realizarse en la forma del lugar de celebración. En síntesis, el sentido moderno de la regla referida es que la forma de los actos jurídicos se rige por la ley donde se celebra el acto, y no debería cambiar a nuestro parecer salvo requisitos mínimos a cumplir, con el nuevo instrumento de armonización.

En cuanto a los demás elementos de fondo de los contratos, se someterán a la ley que las partes hayan escogido, amparadas en la autonomía de la voluntad. Ello comprende temas como las causales de nulidad del contrato y su ejecutoriedad.

La ley designada conforme a los criterios de conexión regirá todas las cuestiones relativas al fondo del contrato. Esta ley decidirá también sobre la propia existencia del contrato.

La forma del contrato es cualquier comportamiento exterior impuesto por la ley al autor de un acto jurídico, como, por ejemplo, la exigencia de un escrito, una mención manuscrita o un acta notarial. La forma del contrato, tendrá que sujetarse a una *lex contractus* nueva, que será igual para todos los Estados partes del nuevo instrumento armonizador.

En lo referente a las formas de ejecución jugará la ley del lugar de ejecución. La capacidad se sujetará a normas generales con respeto a las normas imperativas de cada Estado y a las normas especiales para cada tipo de contrato.

Así este nuevo derecho será el llamado a establecer la existencia y validez del contrato. Entonces, los requisitos de existencia y validez, vicios del consentimiento y falta de solemnidades, y en general todos los aspectos que digan relación con la existencia y validez del contrato, estarán sometidos al derecho elegido por las partes o determinado por las normas de localización del futuro instrumento armonizador.

Sin embargo, se deberá cumplir con algunos requisitos mínimos para reconocer la validez de las formas del contrato:

- a. el derecho elegido por las partes o determinado por el instrumento homologador,
- b. el derecho del Estado en que el contrato se celebre, o
- c. el derecho del lugar de su ejecución.

Esto mismo ayuda a solucionar el problema que se presenta con los tipos de contratos nuevos que van apareciendo con el intercambio internacional y tecnológico. De todas formas, cuando se trata de un contrato celebrado a distancia (por fax, correo, correo electrónico, por ejemplo), siempre existirá un lugar de conclusión, lo que hace que el contrato sea válido en cuanto a la forma, de acuerdo a la ley del lugar de conclusión.

Complementariamente, se podría prever una norma subsidiaria en caso de que no fuera posible determinar el lugar de emisión de la voluntad. Asimismo, una norma alternativa por la que se añadiera la ley de la residencia habitual del autor de la

declaración de voluntad a la ley que la rige en cuanto al fondo y a la ley del lugar de su emisión.

Por último, con respecto a los sujetos intervinientes en el contrato. El futuro instrumento armonizador se aplicará a contratos celebrados entre particulares –personas físicas o empresas-, también en principio, a los contratos en que sean parte Estado, entidades u organismos estatales.

Un mercado con legislación armónica supone la posibilidad de obtener, en las condiciones más favorables, el reconocimiento y la ejecución en cualquier Estado miembro de una resolución o de un contrato, dictada o celebrado en otro.

3.7 MATERIAS COMPRENDIDAS EN EL DERECHO APLICABLE. QUÉ INCLUIR Y QUÉ DEJAR FUERA

Como consecuencia del incremento de los intercambios y desplazamientos dentro de los continentes, al igual que, en general, en todo el mundo, son mayores las probabilidades de que ciudadanos de distintos Estados o empresas establecidas en un Estado cualquiera se vean implicados en litigios cuyos diferentes elementos constituyentes no estén confinados en el territorio del Estado de su residencia habitual. Con frecuencia, las partes desisten de ejercitar sus derechos en un país extranjero debido a la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos nacionales.

Con esta futura homologación de las normas aplicables a los contratos, se puede conseguir un verdadero mercado internacional en el que se establezca la libre circulación de mercancías, personas, bienes y capitales en un espacio común de legislación y justicia en el que cada ciudadano pueda hacer valer sus derechos en otro Estado miembro como lo hace en el de su residencia.

Para ello se deben determinar las materias que serán comprendidas por el derecho aplicable. Como hemos dicho con anterioridad no se puede incluir todo en una homologación porque sería utópico poder legislar sobre todo el campo de los contratos. Por ello hemos de circunscribir esta homologación al campo de las relaciones jurídicas creditorias u obligacionales. En legislaciones comparadas como la francesa se le ha definido al contrato en referencia a cualquier derecho, sea o no patrimonial. En cambio el Código Italiano lo define como el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial. Otros códigos omiten toda definición del contrato, limitándose a reglar sus efectos (alemán, portugués, etc.).

Las materias que deben ser comprendidas en el derecho aplicable están referidas al contrato, su formación, derechos y obligaciones de las partes, su interpretación y la ejecución de las obligaciones que el contrato establece, deben ser materia comprendida en el derecho aplicable.

La primera materia señalada para ser regulada por el derecho aplicable, es la interpretación del contrato.

En segundo lugar, se incluye a los derechos y obligaciones de las partes.

Enseguida, se colocaría dentro del ámbito de la ley aplicable las materias relativas a la ejecución de las obligaciones que el contrato establece, así como los efectos del incumplimiento y además la evaluación del daño, para algunos operaría siempre y cuando sea para determinar el pago de una indemnización compensatoria, para otros esta evaluación debe obedecer a principios jurídicos.

En cuarto lugar se señalan los modos de extinguir las obligaciones, incluyendo la prescripción y la caducidad de las acciones. La necesidad de la inclusión viene dada por la influencia del derecho continental europeo el cual considera estos modos de extinguir las obligaciones como parte de los aspectos de contenido del contrato, a diferencia del common law que los considera pertenecientes al derecho procesal.

En quinto y último lugar, se encuentran las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.

En cuanto a materias en general que no se deberían incluir se dividen en dos categorías: a) Sectores de la contratación internacional reguladas por normas específicas; y b) obligaciones contractuales que nacen en ámbitos ajenos al Derecho patrimonial, como las que surgen del derecho de sucesiones, regímenes económicos, matrimoniales, obligaciones de alimentos, etc., que están también sujetas a sus propias reglas.

Finalmente, las materias a excluir en el derecho aplicable, todas aquellas que vayan en contra del principio de respeto de las normas de orden público. Esto es recogido en diversos ámbitos del derecho, público y privado. En materia de derecho internacional, no podemos aceptar que un derecho aplicable en un contrato, vulnere de alguna forma las normas de orden público establecidas en el país donde dicho contrato vaya a cumplirse.

3.8 ¿DEBEMOS CONSIDERAR DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONTRATOS LAS REGLAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL?

Históricamente, en la doctrina clásica se han tratado de forma separada las normas que regulan el tratamiento de la responsabilidad contractual de la extracontractual. Sin embargo, desde hace décadas que se ha consolidado cada vez con mayor fuerza la tendencia a hacer aplicable a la responsabilidad contractual las normas tradicionalmente destinadas a la responsabilidad extracontractual. Tenemos así que por ejemplo, la indemnización del daño moral, que hasta hace algunos años sólo se permitía en los casos de delitos y cuasidelitos civiles, ahora es perfectamente indemnizable en materia contractual.

En las Convenciones que hemos estudiado se ha omitido el tratamiento de la

responsabilidad extracontractual. Ello resulta lógico si afirmamos que el objeto de las mismas es el contrato. El supuesto, entonces, es que se ha celebrado un contrato, para que las Convenciones puedan aplicar su normativa. Sin embargo, esta tendencia que mencionamos en el párrafo anterior de aplicación en los contratos de normas propias de responsabilidad extracontractual ha tenido una recepción amplia en los distintos ordenamientos internos internacionales. En general, existe la motivación de ampliar el daño a indemnizar. Y en razón de la menor exigencia en materia extracontractual para evaluar el daño, éste siempre será mayor que en materia contractual. Un buen ejemplo de lo que afirmamos lo encontramos en los Principios formulados por el UNIDROIT para los contratos internacionales. En el capítulo 7, sección cuarta, artículo 7.4.2 (2) de éstos, referido a qué debemos considerar para calcular el monto de la indemnización causada por la resolución de un contrato internacional, se afirma que el daño causado por el incumplimiento “puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.” Es decir, y como el mismo encabezado de este artículo lo señala, la reparación del daño debe ser “integral” y comprende tanto el daño material como el daño moral, el cual en la doctrina tradicional era propio solamente de la responsabilidad extracontractual.

En el ámbito europeo, se han llevado adelante esfuerzos para armonizar dentro de la Unión Europea la responsabilidad extracontractual. La demostración más evidente de aquello es el proyecto de reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales o también llamada ROMA II. La presentación de este proyecto se hizo con fecha 22 de julio de 2003 y en él se acogieron diversos comentarios provenientes de todos los países miembros de la Unión. El reglamento se aplica en situaciones que impliquen un conflicto de leyes en las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil (derivadas de un delito y de un hecho no delictivo), con excepción de las materias fiscal, aduanera o administrativa. También se excluyen otras materias como las cuestiones derivadas del derecho de familia, las sucesiones y otras obligaciones extracontractuales. Respecto a las normas aplicables a las obligaciones extracontractuales derivadas de un hecho no delictivo, en vista de la heterogeneidad que caracteriza la materia, la propuesta de reglamento establece como norma rígida el método de la conexión accesoria. En caso de excederse de un mandato o de pago de una obligación ajena, por ejemplo, la ley aplicable será la que regule la relación (contrato) preexistente entre las partes. La segunda norma aplicable a los conflictos de leyes es la de residencia común de ambas partes.

Se han previsto normas específicas para el enriquecimiento sin causa o la gestión de negocios, es decir, las dos subcategorías más comunes de obligaciones extracontractuales derivadas de un hecho no delictivo:

a) para el enriquecimiento sin causa que se produce en ausencia de relación preexistente entre las partes, la ley aplicable es la del país donde se hubiere producido el enriquecimiento;

b) para la gestión de negocios, la propuesta de reglamento efectúa una distinción entre medidas de asistencia (protección física de una persona o salvaguarda de un bien corporal determinado), que se regulan por la ley del país en el que se hallaban la persona o el bien en el momento de la gestión, y las medidas intervencionistas, para las cuales la

ley aplicable es la del país donde reside habitualmente el dueño del negocio.

En todo caso, se sigue manteniendo la cláusula de excepción de los «vínculos manifiestamente más estrechos».

En el ámbito interamericano, dentro del seno de la OEA y en el marco de la CIDIP VI celebrada en Washington D.C., se aprobó el 8 de febrero de 2002 la Resolución 7/02 acerca de la Ley aplicable y jurisdicción internacional competente en materia de responsabilidad civil extracontractual. En ella se resolvió:

1. Continuar los trabajos sobre la materia, y en particular adoptar como bases a tener en cuenta para la consideración de un instrumento internacional sobre Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional competente en materia de responsabilidad civil extracontractual, entre otras, las siguientes:

a. La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, reconoce la necesidad de considerar la regulación de la ley aplicable y la jurisdicción internacional competente en materia de responsabilidad civil extracontractual. Por lo tanto, la Conferencia apoya que se realice un estudio preliminar para identificar las áreas específicas en las que pueda verificarse un desarrollo progresivo de la regulación en esta materia mediante soluciones de conflicto de leyes, así como la realización de un análisis comparativo de las normas estatales en vigor.

b. Dicho estudio podrá referirse a aquellas áreas de la señalada materia que se identifiquen como relevantes y puedan ser susceptibles de un acuerdo general.

c. En cuanto a las cuestiones a analizar se reconoce la conveniencia de contemplar la expectativa fundada de los peticionantes a demandar ante foros accesibles con un régimen legal favorable, así como las expectativas fundadas de los reclamados a no ser demandados y juzgados ante foros o por leyes sin conexión razonable con el objeto de la demanda o con las partes.

2. Solicitar al Consejo Permanente que encomiende al Comité Jurídico Interamericano examinar la documentación sobre la materia, y teniendo en cuenta las bases precedentes, emita un informe, formule recomendaciones y posibles soluciones, todo ello a ser presentado a una Reunión de Expertos.

3. Solicitar a la Asamblea General que convoque una Reunión de Expertos para que, con base en el Informe del Comité Jurídico Interamericano, considere la posibilidad de elaborar un instrumento internacional sobre la materia, que deberá ser presentado a la Asamblea General de la OEA en su período ordinario de sesiones del año 2003.

Nosotros creemos que una adopción en el ámbito contractual de las normas que tradicionalmente pertenecían a la responsabilidad extracontractual, es un camino necesario, en razón de la ampliación del daño indemnizable, y de la tendencia universal hacia la armonización en materia de responsabilidad. Las legislaciones internas de los países ya la han adoptado. Resta por ver el reflejo de ello en materia convencional de los tratados.

CONCLUSIONES GENERALES

Tal como lo señalamos en la introducción de este trabajo, el objeto de nuestro estudio ha sido el contrato internacional, usando una metodología en la cual tratamos de abarcar de manera general al comienzo y cada vez más específica, después, todos los aspectos que rodean la contratación internacional, sus conceptos, dados en la doctrina nacional e internacional, así como en ciertas legislaciones internas, las cuales, como ya vimos, eluden la tal vez pretenciosa tarea de dar un concepto de un tipo de negocio el cual naturalmente escapa de las jurisdicciones internas de los países, pues ve su desarrollo pleno en el escenario internacional. Un poco más exitosa ha sido la tarea en el terreno de los tratados, donde, a pesar de evitar dar conceptos que pudieran ser demasiado rígidos, se establecen las características esenciales que nos permiten determinar si estamos o no en presencia de un contrato internacional. Las Convenciones de Roma y México, como lo vimos, siguen este método para identificar al contrato internacional.

Los esfuerzos en pos de la unificación de las normas que determinarán el derecho aplicable en los contratos internacionales que se han reflejado en las Convenciones señaladas en el párrafo anterior, nos han motivado para hacer un estudio profundo de ellas en el capítulo segundo. Del análisis de ambas ha resultado que en primer lugar, las semejanzas son evidentes, claramente debido a que la Convención de México tuvo como principal fuente inspiradora el Convenio de Roma. Es por ello que consideramos que hacer un estudio en paralelo sería redundante. En lugar de ello, abordamos los aspectos de contenido de las Convenciones, los que son de mayor relevancia, desde distintas perspectivas, para con ello ampliar el terreno a cubrir.

Habiendo establecido claramente lo que ambas Convenciones han señalado en cuanto a sus contenidos, concluimos este trabajo con el capítulo tercero, el cual propone al lector la discusión acerca de lo que podemos esperar, o por lo menos deseamos esperar para una futura armonización de las normas para la determinación del derecho aplicable, armonización la cual busca ser universal. El Convenio de Roma es un buen ejemplo de ello. En sus disposiciones señala expresamente que sus normas son de carácter universal. En el hecho, sin embargo, y como está expresado en el capítulo tercero, las normas del Convenio han sido objeto de críticas y recomendaciones por parte de los países europeos, pues se ha dicho que hay aspectos en ella que falta perfeccionar.

En mayor medida, la Convención Interamericana ha sufrido un grave revés después de su aprobación debido a la falta de ratificaciones por parte de los países de América. Ello nos permitiría concluir que por una parte, la determinación del derecho aplicable en los contratos no ocupa un lugar preponderante en las políticas de los países; o por otra, que en el caso que sí lo ocupen, los países prefieren aplicar su propio ordenamiento que rige al respecto, ello con los riesgos consiguientes como el reenvío. O simplemente, dan a los contratantes la más amplia libertad para elegir el derecho aplicable al contrato. La autonomía de la voluntad, como ya vimos, es el método de localización más ampliamente aplicado. Pero es necesario insistir en el hecho que deben establecerse límites claros a este principio que circunscriban y armonicen su aplicación.

Frente a la preeminencia que los distintos ordenamientos internos dan a sus propias legislaciones, tenemos que el campo de aplicación de una futura Convención Internacional quedaría restringido, ya que las disposiciones existentes o futuras de los distintos Derechos positivos del mundo le dan prioridad a sus legislaciones por sobre las disposiciones internacionales, en particular, las disposiciones que, en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales.

En cuanto a los principios que encontramos presente dentro de los contratos internacionales, los sistemas armonizadores internacionales han supuesto una serie de principios que sirven para establecer pautas y modelos de actuación en el Derecho Internacional.

Desde este punto de vista sería necesario señalar cuales de estos principios serían un aporte en la misión de una armonización que se persigue dentro del Derecho internacional. En primer lugar, un principio de internacionalidad según el cual, sea necesaria la vinculación del supuesto con dos o más Estados. Esto para excluir interpretaciones de situaciones puramente internas de cada uno.

Otros Principios serían los siguientes:

- a. Principio de igualdad o de "no discriminación"
- b. Principio de libertad
- c. Principio de solidaridad
- d. Principio de unidad o de uniformidad
- e. Principio de protección jurídica de las personas

También habría que tener en cuenta los siguientes:

- a. Los Principios de buena fe, confianza legítima y justo equilibrio,
- b. Los Principios de seguridad jurídica y protección de los particulares, y
- c. El Principio del interés general.

La aplicación directa de principios de aceptación general es una vía de armonización del derecho aplicable a los contratos. El mejor ejemplo de ello lo encontramos en los Principios de UNIDROIT, los cuales son de aplicación voluntaria. Se podría llegar a una armonización a largo plazo por la aplicación general de estos principios en forma inmediata, la cual podría desembocar en la elaboración de un instrumento que tenga las características de universalidad requeridas para una aplicación por todos los ordenamientos internos.

Una salida más directa sería la elaboración inmediata de un tratado que sea universal, abierto a la firma de todos los países y que se formule en base de principios de derecho internacional de amplia aceptación y que busque armonizar los distintos criterios de determinación del derecho aplicable. Un punto de partida para ello sería elaborar un convenio de esta naturaleza en organismos tales como la Organización de las Naciones Unidas, y más específicamente, dentro de la Organización Mundial de Comercio, actualmente la única entidad que agrupa a los países que tienen al comercio internacional como una importante fuente de divisas. Una vía directa como la que estamos señalando es ciertamente más rápida, pero como ya hemos visto, las soluciones rápidas no existen en el comercio internacional y deben darse de manera gradual y siguiendo el ritmo de los tiempos y las necesidades de los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

- Albónico, Fernando. Derecho Internacional Privado. Ed. Jurídica de Chile, 1950
- Alessandri Rodríguez, Arturo: De los Contratos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1940.
- Alfonsín, Quintín: Régimen Internacional de los Contratos, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950
- Batiffol, Henri Lagarde, Paul. Droit International Privé, Editorial Dalloz, Paris, 1980, Tomo II.
- Batiffol: Traité élémentaire de Droit International Privé. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 4° ed. Paris, 1967
- Boggiano, Antonio. Contratos Internacionales. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1995.
- Delaume, Georges. What is an international contract? An American and Gallic Dilemma. en: International and Comparative Law Quarterly, 1979.
- Goldschmidt, Werner. Derecho Internacional Privado. Quinta Edición, De Palma, Buenos Aires, 1985
- González Campos, Julio y otros. Derecho Internacional Privado, Editorial Tecnos, Madrid, 1983
- Guzmán Latorre, Diego. Tratado de derecho internacional privado. Editorial Jurídica de

- Chile, 2ª edición, 1989
- Hargain-Mihalt. Contratación Mercantil Internacional en el MERCOSUR. Ediciones B. de F. Buenos Aires, 1993.
- Kaller de Orchansky, Berta. Derecho Internacional Privado. Editorial De Palma, Buenos Aires, 1990
- Lando, Ole. The Conflict of Laws of Contracts. General Principles. Recueil des Tours de la Academie de Droit Internacional de La Haye, 1980.
- López Santa María, Jorge: Los Contratos. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I Segunda Edición. 1998.
- Loussaurn, Ivonne. Droit International Privé. Editorial Sirey, París, 1979.
- Maluenda Parraguez, Rodrigo. Los Contratos Internacionales en el Derecho Chileno. Memoria de Prueba, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 1995
- Meza Barros, Ramón: De las fuentes de las obligaciones Tomo I Editorial Jurídica de Chile Octava Edición, 2000
- Morales Errázuriz, Guillermo. Selección del Derecho que rige el contrato en el Derecho Internacional Privado. Memoria de Prueba, 1985.
- Oppetit, Bruno. L'arbitrage et les contrats internationaux de longue durée, Revue de L'arbitrage, 1976
- Plender, Richard. The European contract convention. The Rome convention on the choice of law for contracts, pág.7. Sweet & Maxwell, Londres, 1991
- Ramírez Necochea, Mario. Manual de Derecho Internacional Privado, Editorial Conosur, 1994
- Reese, William: Internacional Contracts, Parker School of foreign and Comparative Law, 1981
- Ripoll S., María Teresa: Regulación jurídica del MERCOSUR respecto de los contratos internacionales. Memoria de prueba, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2001.
- Strenger, Irineu. Contratos Internacionais do Comercio. Sao Paulo, 1986.
- Vial del Rio, Victor. Teoría General del Acto Jurídico, Ediciones Universidad Católica, Segunda Edición, 1991.

ANEXOS

ANEXO 1. CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE)

PREAMBULO

LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea,

PREOCUPADAS por proseguir, en el ámbito del Derecho internacional privado, la obra de unificación jurídica ya emprendida en la Comunidad, especialmente en materia de competencia judicial y de ejecución de resoluciones judiciales,

DESEANDO establecer unas normas uniformes relativas a la ley aplicable a las obligaciones contractuales,

HAN CONVENIDO LAS DISPOSICIONES SIGUIENTES:

TITULO I. AMBITO DE APLICACION

Artículo 1

Ámbito de aplicación

1. Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales.

2. No se aplicaran:

a) al estado civil y a la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11;

b) a las obligaciones contractuales relativas a:

- los testamentos y sucesiones;

- los regímenes matrimoniales;

- los derechos y deberes dimanantes de las relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, incluidas las obligaciones alimenticias respecto a los hijos no matrimoniales;

c) a las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones surgidas de estos otros instrumentos se deriven de su carácter negociable;

d) a los compromisos, cláusulas compromisorias y acuerdos de designación de fuero;

e) a las cuestiones reguladas por el derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica;

f) a la determinación de si un representante puede comprometer frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar o si un órgano de una sociedad, de una asociación o de una persona jurídica puede comprometer ante terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica;

g) a la constitución de trusts, a las relaciones que se creen entre los constituyentes, los trustees y los beneficiarios;

h) a la prueba y al procedimiento, sin perjuicio del artículo 14.

3. Las disposiciones del presente Convenio no se aplicaran a los contratos de seguros que cubran riesgos situados en los territorios de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. Para determinar si un riesgo está situado en estos territorios, el juez aplicará su ley interna.

4. El apartado precedente no se refiere a los contratos de reaseguro.

Artículo 2

Carácter universal

La ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante.

TITULO II. NORMAS UNIFORMES

Artículo 3

Libertad de elección

1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias.

Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía antes bien sea en virtud de una elección según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio. Toda modificación, en cuanto a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstara a la validez formal del contrato a efectos del artículo 9 y no afectara a los derechos de terceros.

3. La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita excluir por contrato, denominadas en lo sucesivo "disposiciones imperativas".

4. La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 8, 9 y 11.

Artículo 4

Ley aplicable a falta de elección

1. En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los lazos más estrechos. No obstante, 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.

2. Sin perjuicio del apartado 5, se presumirá que el contrato presenta los lazos mas estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su principal establecimiento o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento.

3. No obstante, lo dispuesto en el apartado 2, 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.

4. El contrato de transporte de mercancías no estará sometido a la presunción del apartado 2. En este contrato, si el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato fuere también aquel en que esté

situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor , se presumirá que el contrato tiene sus lazos mas estrechos con este país . Para la aplicación del presente apartado, se consideraran como contratos de transporte de mercancías los contratos de flete para un solo viaje u otros contratos cuando su objetivo principal sea el de realizar un transporte de mercancías.

5. No se aplicara el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica. Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 deberán descartarse cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta lazos mas estrechos con otro país.

Artículo 5

Contratos celebrados por los consumidores

1. El presente artículo se aplicara a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona , el consumidor , para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional , así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros .

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual:

- si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera cumplimentado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o

- si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el pedido del consumidor en ese país, o

- si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor hubiera ido de ese país a un país extranjero y hubiera pasado el pedido , a condición de que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con el fin de incitar al consumidor a comprar .

3. No obstante lo dispuesto en el artículo 4, y en defecto de elección realizada conforme al artículo 3, estos contratos se regirán por la ley del país en que el consumidor tuviera su residencia habitual, si concurrieran las circunstancias descritas en el apartado 2 del presente artículo.

4. El presente artículo no se aplicara:

a) a los contratos de transporte;

b) a los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto a aquel en que tenga su residencia habitual.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 4, el presente artículo se aplicara a los contratos que, por un precio global, comprendan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

Artículo 6

Contrato individual de trabajo

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo.

2. No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá:

a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal esté empleado en otro país, o

b) si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador,

A menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga lazos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país.

Artículo 7

Leyes de policía

1. Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivaran de su aplicación o de su inaplicación.

2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.

Artículo 8

Consentimiento y validez de fondo

1. La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus cláusulas, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Convenio si el contrato o la disposición fueran válidos.

2. Sin embargo, a efectos de probar que no ha dado su consentimiento cualquiera de las partes podrá remitirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no es razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado precedente.

Artículo 9

Forma

1. Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en un mismo país será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Convenio o de la ley del país en el que se haya

celebrado.

2. Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en países diferentes será valido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Convenio o de la ley de uno de estos países.

3. Cuando se celebre el contrato por medio de un representante, el país en el que se encuentre el representante en el momento de actuar será el que se considere para la aplicación de los apartados 1 y 2.

4. Un acto jurídico unilateral relativo a un contrato celebrado o por celebrar será valido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que rija o regirá el fondo del contrato en virtud del presente Convenio o de la ley del país en el que se efectúe dicho acto.

5. Las disposiciones de los apartados precedentes no se aplicaran a los contratos que entren en el ámbito de aplicación del artículo 5 celebrados en las circunstancias descritas en su apartado 2. La forma de estos contratos se regirá por la ley del país en el que tenga su residencia habitual el consumidor.

6. No obstante lo dispuesto en los cuatro primeros apartados del presente artículo, todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometido a las normas sobre forma imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre que según esta ley sean aplicables independientemente del lugar de celebración del contrato y de la ley que lo rija en cuanto al fondo.

Artículo 10

Ámbito de la ley del contrato

1. La ley aplicable al contrato en virtud de los artículos 3 a 6 y del artículo 12 del presente Convenio regirá en particular:

a) su interpretación;

b) la ejecución de las obligaciones que genere;

c) dentro de los límites de los poderes atribuidos al tribunal por su ley de procedimiento, las consecuencias de la inejecución total o parcial de estas obligaciones, incluidas la evaluación del daño en la medida en que estas normas jurídicas la gobiernen;

d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo;

e) las consecuencias de la nulidad de un contrato.

2. En lo que se refiere a las modalidades de ejecución defectuosa, habrá que referirse a la ley del país donde tenga lugar la ejecución.

Artículo 11

Incapacidad

En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo

podrán invocar su incapacidad resultante de otra ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en razón, solamente, de negligencia por su parte.

Artículo 12

Cesión de crédito

1. Las obligaciones entre el cedente y el cesionario de un crédito se regirán por la ley que, en virtud del presente Convenio, se aplique al contrato que les ligue.

2. La ley que rija el crédito cedido determinara el carácter transferible del mismo, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor.

Artículo 13

Subrogación

1. Cuando , en virtud de un contrato , una persona , el acreedor , tenga derechos con respecto a otra persona , el deudor , y un tercero tenga la obligación de satisfacer al acreedor o haya , de hecho , satisfecho al acreedor en ejecución de esa obligación , la ley aplicable a esta obligación del tercero determinara si éste puede ejercer en su totalidad o en parte los derechos que el acreedor tenia contra el deudor según la ley que rija sus relaciones .

2. La misma regla se aplicara cuando varias personas estén obligadas por la misma obligación contractual y el acreedor haya sido satisfecho por una de ellas.

Artículo 14

Prueba

1. La ley que rija el contrato en virtud del presente Convenio se aplicara en la medida en que, en materia de obligaciones contractuales, establezca presunciones legales o reparta la carga de la prueba.

2. Los actos jurídicos podrán ser acreditados por cualquier medio de prueba admitido bien por la ley del fuero, o bien por cualquiera de las leyes contempladas en el artículo 9 conforme a la cual el acto sea valido en cuanto a la forma, siempre que tal medio de prueba pueda ser empleado ante el tribunal que esté en conocimiento del asunto.

Artículo 15

Exclusión del reenvío

Cuando el presente Convenio prescriba la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado.

Artículo 16

Orden público

No podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Convenio salvo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del fuero.

Artículo 17

Aplicación en el tiempo

El Convenio se aplicara en cada Estado contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en tal Estado.

Artículo 18

Interpretación uniforme

Para la interpretación y la aplicación de las reglas uniformes que preceden, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la conveniencia de conseguir que se interpreten y apliquen de manera uniforme.

Artículo 19

Sistemas no unificados

1. Cuando un Estado comprenda varias unidades territoriales y cada una de ellas tenga sus propias normas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerara como un país para la determinación de la ley aplicable según el presente Convenio.

2. Un Estado cuyas diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales no estará obligado a aplicar el presente Convenio a los conflictos que interesen únicamente a esas unidades territoriales.

Artículo 20

Prioridad del Derecho comunitario

El presente Convenio se entiende sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o estarán contenidas en los actos dimanantes de las instituciones de las Comunidades Europeas o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos.

Artículo 21

Relaciones con otros convenios

El presente Convenio no afectara a la aplicación de los convenios internacionales de los que un Estado contratante sea o pase a ser parte.

Artículo 22

Reservas

1. Todo Estado contratante, en el momento de la firma, de la ratificación, de la aceptación o de la aprobación, podrá reservarse el derecho de no aplicar:

- a) el apartado 1 del artículo 7;
- b) la letra e) del apartado 1 del artículo 10.

2. Todo Estado contratante podrá , hacer , notificando una ampliación del Convenio de conformidad con el apartado 2 del artículo 27 , una o varias de estas reservas con

efecto limitado a los territorios o a ciertos territorios mencionados en la ampliación .

3. Todo Estado contratante podrá, en cualquier momento, retirar una reserva que hubiera efectuado; el efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes natural siguiente a la notificación de la retirada.

TITULO III. CLAUSULAS FINALES

Artículo 23

1. Si, después de la fecha de entrada en vigor del presente Convenio con respecto a él, un Estado contratante deseara adoptar una nueva norma de conflicto de leyes para una clase particular de contratos que entren en el campo de aplicación del convenio, comunicara su intención a los demás Estados signatarios por medio del Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas.

2. En un plazo de seis meses a partir de la comunicación hecha al Secretario General, cualquier Estado signatario podrá solicitar a éste que organice unas consultas entre Estados signatarios con el fin de llegar a un acuerdo.

3. Si, en este plazo, ningún Estado signatario hubiera solicitado la consulta, o si, en los dos años siguientes a la comunicación hecha al Secretario General, no se hubiere llegado a ningún acuerdo como consecuencia de las consultas, el Estado contratante podrá modificar su Derecho. La medida tomada por este Estado se pondrá en conocimiento de los demás Estados signatarios por mediación del Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas.

Artículo 24

1. Si , después de la fecha de entrada en vigor con respecto a él , un Estado contratante deseara formar parte de un convenio multilateral cuyo objeto principal , o uno de los objetos principales , fuera una regulación de Derecho internacional privado en una de las materias regidas por el presente Convenio , se aplicara el procedimiento previsto en el artículo 23 .

No obstante, el plazo de dos años, previsto en el apartado 3 del artículo 23, se reducirá a un año.

2. No se seguirá el procedimiento previsto en el apartado precedente si un Estado contratante o una de las Comunidades Europeas ya fueran parte del convenio multilateral o si el objeto de éste fuera revisar un convenio del que fuera ya parte el Estado interesado o si se tratase de un convenio celebrado en el marco de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.

Artículo 25

Cuando un Estado contratante considere que la unificación realizada por el presente Convenio se ve perjudicada por la celebración de acuerdos no previstos en el apartado 1 del artículo 24, este Estado podrá solicitar al Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas que organice una consulta entre los Estados signatarios del presente Convenio.

Artículo 26

Cualquier Estado contratante podrá solicitar la revisión del presente Convenio. En tal caso, el Presidente del Consejo de las Comunidades Europeas convocara una conferencia de revisión.

Artículo 27

1. El presente Convenio se aplicara en el territorio europeo de los Estados contratantes, comprendida Groenlandia, y en la totalidad del territorio de la Republica Francesa.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

a) el presente Convenio no se aplicara a las Islas Feroe, salvo declaración en contrario del Reino de Dinamarca;

b) el presente Convenio no se aplicara a los territorios europeos situados fuera del Reino Unido y cuyas relaciones internacionales hubiera asumido éste, salvo declaración en contrario del Reino Unido para tal territorio;

c) el presente Convenio se aplicara a las Antillas neerlandesas, si el Reino de los Países Bajos hiciese una declaración a este fin.

3. Estas declaraciones podrán efectuarse en cualquier momento, mediante notificación al Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas.

4. Los procedimientos de apelación promovidos en el Reino Unido contra resoluciones de los tribunales situados en uno de los territorios mencionados en la letra b) del apartado 2 serán considerados como procedimientos que se desarrollan ante estos tribunales.

Artículo 28

1. El presente Convenio estará abierto a partir del 19 de junio de 1980 a la firma de los Estados partes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

2. El presente Convenio será ratificado, aceptado o aprobado por los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación, de aceptación o de aprobación se depositaran ante la Secretaria General del Consejo de las Comunidades Europeas.

Artículo 29

1. El presente Convenio entrara en vigor el primer día del tercer mes siguiente al depósito del séptimo instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

2. El convenio entrara en vigor, para cada Estado signatario que lo ratifique, acepte o apruebe con posterioridad, el primer día del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

Artículo 30

1. El Convenio tendrá una vigencia de diez años a partir de la fecha de su entrada en vigor conforme al apartado 1 del artículo 29, incluso para los Estados para los que entrase en vigor con posterioridad.

2. El Convenio será renovado tácitamente por periodos de cinco años, salvo denuncia.

3. La denuncia será notificada, al menos seis meses antes de la expiración del plazo de diez años, o de cinco años según los casos, al Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas. Podrá limitarse esta denuncia a uno de los territorios a los que se hubiera extendido el Convenio en aplicación del apartado 2 del artículo 27.

4. La denuncia solo tendrá efectos para el Estado que la hubiere notificado. El Convenio permanecerá vigente para los demás Estados contratantes.

Artículo 31

El Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas notificara a los Estados partes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea:

- a) las firmas;
- b) el depósito de todo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación;
- c) la fecha de entrada en vigor del presente Convenio;
- d) las comunicaciones realizadas en aplicación de los artículos 23, 24, 25, 26, 27 y 30;
- e) las reservas y revocaciones de reservas mencionadas en el artículo 22.

Artículo 32

El Protocolo anexo al presente Convenio forma parte integrante del mismo.

Artículo 33

El presente Convenio, redactado en un ejemplar único en lenguas alemana, danesa, francesa, inglesa, irlandesa, italiana y neerlandesa, dando fe por igual todos los textos, se depositara en los archivos de la Secretaria General del Consejo de las Comunidades Europeas. El Secretario General remitirá una copia certificada conforme a cada uno de los Gobiernos de los Estados signatarios.

ANEXO 2

PRIMER PROTOCOLO relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980

NOTA PRELIMINAR

La firma, el 29 de noviembre de 1997, del Convenio de adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia al Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como a los dos Protocolos relativos a su interpretación por el Tribunal de Justicia ha hecho necesario elaborar una versión codificada del Convenio de Roma y de los dos Protocolos antes mencionados.

Estos textos se completan con tres declaraciones, una hecha en 1980 respecto de la unificación que debe existir entre las medidas que deben adoptarse respecto a normas de

conflicto en el seno de la Comunidad con las del Convenio, una segunda hecha igualmente en 1980 relativa a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio y una tercera, en 1996, relativa al respecto del procedimiento previsto en el artículo 23 del Convenio de Roma en materia de transporte de mercancías por vía marítima.

La Secretaría General del Consejo, en cuyos archivos están depositados los originales de los instrumentos en cuestión, ha establecido el texto impreso en el presente fascículo. No obstante, debe señalarse que este texto carece de valor legal, encontrándose los textos oficiales de los instrumentos codificados en los Diarios Oficiales siguientes.

PRIMER PROTOCOLO relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980

LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA,

REFIRIÉNDOSE a la Declaración común anexa al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980,

HAN DECIDIDO celebrar un Protocolo que atribuya competencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para la interpretación de dicho Convenio y han designado con tal fin como plenipotenciarios:

[Plenipotenciarios designados por los Estados miembros]

QUIENES, reunidos en el seno del Consejo de las Comunidades Europeas, después de haber intercambiado sus plenos poderes, reconocidos en buena y debida forma,

HAN CONVENIDO EN LAS DISPOSICIONES SIGUIENTES:

Artículo 1

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas será competente para pronunciarse sobre la interpretación:

a) del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, en lo sucesivo denominado «el Convenio de Roma»;

b) de los Convenios relativos a la adhesión al Convenio de Roma de los Estados que hayan pasado a ser miembros de las Comunidades Europeas después de la fecha de su apertura a la firma;

c) del presente Protocolo.

Artículo 2

Cualquiera de los órganos jurisdiccionales contemplados a continuación podrá solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre una cuestión planteada en un asunto pendiente ante él, relativa a la interpretación de las disposiciones de los instrumentos mencionados en el artículo 1, cuando dicho órgano jurisdiccional considere necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo:

a) - en Bélgica: la Cour de cassation (het Hof van Cassatie) y le Conseil d'État (de

instrumentos mencionados en el artículo 1 si los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro hubiesen dictado sentencias que estuvieren en contradicción con la interpretación dada por el Tribunal de Justicia o con la sentencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante mencionado en el artículo 2. Lo dispuesto en el presente apartado solamente se aplicará a las sentencias firmes.

2. La interpretación que dé el Tribunal de Justicia como consecuencia de una solicitud de esta índole no afectará a las sentencias que dieron lugar a que le fuese solicitada dicha interpretación.

3. Serán competentes para presentar al Tribunal de Justicia una solicitud de interpretación con arreglo al apartado 1 los Fiscales Generales de los Tribunales de Casación de los Estados contratantes o cualquier otra autoridad designada por un Estado contratante.

4. El Secretario del Tribunal de Justicia notificará la solicitud a los Estados contratantes, al Consejo y a la Comisión de las Comunidades Europeas quienes, en un plazo de dos meses a partir de dicha notificación, podrán presentar ante el Tribunal de Justicia memorias y observaciones escritas.

5. El procedimiento contemplado en el presente artículo no dará lugar a la percepción o al reembolso de costas ni de gastos procesales.

Artículo 4

1. En la medida en que el presente Protocolo no disponga otra cosa, las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y las del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia anexo al mismo, que son aplicables cuando el Tribunal de Justicia debe pronunciarse con carácter prejudicial, se aplicarán asimismo al procedimiento de interpretación de los instrumentos mencionados en el artículo 1.

2. El Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia será adaptado y completado, si fuere necesario, de conformidad con el artículo 188 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

Artículo 5

El presente Protocolo será sometido a ratificación de los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación serán depositados en poder del Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas.

Artículo 6

1. Para entrar en vigor, el presente Protocolo deberá ser ratificado por siete Estados para los que esté en vigor el Convenio de Roma. El presente Protocolo entrará en vigor el primer día del tercer mes siguiente al de depósito del instrumento de ratificación por parte del Estado que proceda en último término a dicha formalidad. No obstante, si el Segundo Protocolo por el que se atribuyen al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinadas competencias en materia de interpretación del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, celebrado en Bruselas, el 19 de diciembre de 1988 (4), entrare en vigor en una

fecha posterior, el presente Protocolo también entrará en vigor en la fecha de entrada en vigor del Segundo Protocolo.

2. Toda ratificación posterior a la entrada en vigor del presente Protocolo surtirá efecto el primer día del tercer mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación, siempre que la ratificación, la aceptación o la aprobación del Convenio de Roma por parte del Estado en cuestión haya pasado a ser efectiva.

Artículo 7

El Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas notificará a los Estados signatarios:

- a) el depósito de cualquier instrumento de ratificación;
- b) la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo;
- c) las designaciones comunicadas en aplicación del apartado 3 del artículo 3;
- d) las comunicaciones efectuadas en aplicación del artículo 8.

Artículo 8

Los Estados contratantes comunicarán al Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas los textos de sus disposiciones legales que impliquen modificación de la lista de órganos jurisdiccionales designados en la letra a) del artículo 2.

Artículo 9

El presente Protocolo surtirá efecto mientras esté en vigor el Convenio de Roma, en las condiciones contempladas en su artículo 30.

Artículo 10

Cada Estado contratante podrá solicitar la revisión del presente Protocolo. En tal caso, el Presidente del Consejo de las Comunidades Europeas convocará una conferencia de revisión.

Artículo 11

El presente Protocolo, redactado como un ejemplar único en lenguas alemana, danesa, española, francesa, griega, inglesa, irlandesa, italiana, neerlandesa y portuguesa, cuyos diez textos son igualmente auténticos, se depositará en los archivos de la Secretaría General del Consejo de las Comunidades Europeas. El Secretario General remitirá una copia certificada conforme a cada uno de los contratos de los Estados signatarios.

En fe de lo cual, los plenipotenciarios abajo firmantes suscriben el presente Protocolo.

Hecho en Bruselas, el diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho

DECLARACIONES COMUNES

Declaración común

Los Gobiernos del Reino de Bélgica, del Reino de Dinamarca, de la República Federal de Alemania, de la República Helénica, del Reino de España, de la República

Francesa, de Irlanda, de la República Italiana, del Gran Ducado de Luxemburgo, del Reino de los Países Bajos, de la República Portuguesa y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

En el momento de la firma del Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el día 19 de junio de 1980,

Deseosos de garantizar una aplicación tan eficaz y uniforme como sea posible de sus disposiciones,

Se declaran dispuestos a organizar, conjuntamente con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, un intercambio de informaciones sobre las sentencias firmes, dictadas en aplicación del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales por los órganos jurisdiccionales mencionados en el artículo 2 del mencionado Protocolo. El intercambio de informaciones abarcará:

- la transmisión al Tribunal de Justicia, por parte de las autoridades nacionales competentes, de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales mencionados en la letra a) del artículo 2, y de las sentencias más importantes dictadas por los órganos jurisdiccionales contemplados en la letra b) del artículo 2;

- la clasificación y la utilización documental de dichas sentencias por el Tribunal de Justicia, incluidos, si fueren necesarios, compendios y traducciones, así como la publicación de las sentencias especialmente importantes;

- la comunicación por el Tribunal de Justicia de la documentación a las autoridades nacionales competentes de los Estados que forman parte del Protocolo, así como al Consejo y a la Comisión de las Comunidades Europeas.

En fe de lo cual, los plenipotenciarios abajo firmantes suscriben la presente Declaración común.

Hecho en Bruselas, el diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Declaración común

Los Gobiernos del Reino de Bélgica, del Reino de Dinamarca, de la República Federal de Alemania, de la República Helénica, del Reino de España, de la República Francesa, de Irlanda, de la República Italiana, del Gran Ducado de Luxemburgo, del Reino de los Países Bajos, de la República Portuguesa y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

En el momento de la firma del primer Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980,

Refiriéndose a la Declaración común anexa al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales,

Deseosos de garantizar una aplicación tan eficaz y uniforme como sea posible de sus disposiciones,

Preocupados por evitar que las divergencias de interpretación del Convenio

perjudiquen su carácter unitario,

Consideran que cualquier Estado que se convierta en miembro de las Comunidades Europeas debería adherirse al presente Protocolo.

En fe de lo cual, los plenipotenciarios infrascritos han estampado sus firmas en la presente Declaración común.

Hecho en Bruselas, el diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

ANEXO 3

SEGUNDO PROTOCOLO por el que se atribuyen al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinadas competencias en materia de interpretación del convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980

NOTA PRELIMINAR

La firma, el 29 de noviembre de 1997, del Convenio de adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia al Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como a los dos Protocolos relativos a su interpretación por el Tribunal de Justicia ha hecho necesario elaborar una versión codificada del Convenio de Roma y de los dos Protocolos antes mencionados.

Estos textos se completan con tres declaraciones, una hecha en 1980 respecto de la unificación que debe existir entre las medidas que deben adoptarse respecto a normas de conflicto en el seno de la Comunidad con las del Convenio, una segunda hecha igualmente en 1980 relativa a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio y una tercera, en 1996, relativa al respecto del procedimiento previsto en el artículo 23 del Convenio de Roma en materia de transporte de mercancías por vía marítima.

La Secretaría General del Consejo, en cuyos archivos están depositados los originales de los instrumentos en cuestión, ha establecido el texto impreso en el presente fascículo. No obstante, debe señalarse que este texto carece de valor legal, encontrándose los textos oficiales de los instrumentos codificados en los Diarios Oficiales siguientes.

SEGUNDO PROTOCOLO por el que se atribuyen al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinadas competencias en materia de interpretación del convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980

LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA,

CONSIDERANDO que el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, denominado en adelante «el Convenio de Roma», entrará en vigor una vez depositado el séptimo

instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación;

CONSIDERANDO que la aplicación uniforme de las normas fijadas por el Convenio de Roma requiere el establecimiento de un mecanismo que garantice la uniformidad de su interpretación y que, a tal efecto, conviene atribuir competencias adecuadas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aun antes de que el Convenio de Roma entre en vigor con respecto a la totalidad de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea;

HAN DECIDIDO celebrar el presente Protocolo y han designado con tal fin como plenipotenciarios:

[Plenipotenciarios designados por los Estados miembros]

QUIENES, reunidos en el seno del Consejo de las Comunidades Europeas, después de haber intercambiado sus plenos poderes, reconocidos en buena y debida forma,

HAN CONVENIDO EN LO SIGUIENTE:

Artículo 1

1. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tendrá, con respecto al Convenio de Roma, las competencias que le confiere el Primer Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, celebrado en Bruselas el 19 de diciembre de 1988. El Protocolo sobre el Estatuto del trabajador de las Comunidades Europeas y el Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia serán aplicables.

2. El representante de procedimiento del Tribunal de Justicia se adaptará y completará, si fuere necesario, con arreglo al artículo 188 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

Artículo 2

El presente Protocolo será sometido a ratificación de los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación serán depositados en poder del Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas.

Artículo 3

El presente Protocolo entrará en vigor el primer día del tercer mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del Estado signatario que proceda a dicha formalidad en último lugar.

Artículo 4

El presente Protocolo, redactado en un ejemplar único en lenguas alemana, danesa, española, francesa, griega, inglesa, irlandesa, italiana, neerlandesa y portuguesa, cuyos diez textos son igualmente auténticos, se depositará en los archivos de la Secretaría General del Consejo de las Comunidades Europeas. El Secretario General remitirá una copia certificada conforme a cada uno de los Gobiernos de los Estados signatarios.

En fe de lo cual, los plenipotenciarios infrascritos han estampado sus firmas en el presente Protocolo.

Hecho en Bruselas, el diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

ANEXO 4

PRINCIPIOS DEL UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

PREAMBULO

(Propósito de los Principios)

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla (rule) de derecho aplicable a dicho contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden servir como modelo para la legislación a nivel nacional e internacional.

CAPÍTULO 1 — DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1.1

(Libertad de contratación)

Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

ARTÍCULO 1.2

(Libertad de forma)

Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos.

ARTÍCULO 1.3

(Carácter vinculante de los contratos)

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.

ARTÍCULO 1.4

(Normas de carácter imperativo)

Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

ARTÍCULO 1.5

(Exclusión o modificación de los Principios por las partes)

Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente.

ARTÍCULO 1.6

(Interpretación e integración de los Principios)

(1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

(2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.

ARTÍCULO 1.7

(Buena fe y lealtad negocial)

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

ARTÍCULO 1.8

(Usos y prácticas)

(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

(2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

ARTÍCULO 1.9

(Notificación)

(1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.

(2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.

(3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación “llega” al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal.

(4) A los fines de este artículo, la palabra “notificación” incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.

ARTÍCULO 1.10

(Definiciones)

A los fines de estos Principios:

– “tribunal” incluye un tribunal arbitral;

– si una de las partes tiene más de un “establecimiento,” su “establecimiento” será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración;

– “deudor” o “deudora” es la parte a quien compete cumplir una obligación, y “acreedor” o “acreedora” es el titular del derecho a reclamar su cumplimiento;

– “escrito” incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.

CAPÍTULO 2 — FORMACIÓN

ARTÍCULO 2.1

(Modo de perfección)

El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.

ARTÍCULO 2.2

(Definición de la oferta)

Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

ARTÍCULO 2.3

(Retiro de la oferta)

(1) La oferta surte efectos cuando llega al destinatario.

(2) Cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

ARTÍCULO 2.4

(Revocación de la oferta)

(1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.

(2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

(a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o

(b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.

ARTÍCULO 2.5

(Rechazo de la oferta)

La oferta se extingue cuando la notificación de su rechazo llega al oferente.

ARTÍCULO 2.6

(Modo de aceptación)

(1) Constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación.

(2) La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente.

(3) No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto.

ARTÍCULO 2.7

(Plazo para la aceptación)

La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

ARTÍCULO 2.8

(Aceptación dentro de un plazo fijo)

(1) El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta, comenzará a correr desde el momento de la entrega del telegrama para su expedición o desde la fecha indicada en la carta, o, si ésta no indica ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente para la aceptación a los Principios de UNIDROIT a través de medios de comunicación instantánea comienza a correr desde el momento en que la oferta llega al destinatario.

(2) Los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro del plazo fijado para la aceptación serán incluidos en el cómputo de dicho plazo. Sin embargo, si la notificación de la aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente.

ARTÍCULO 2.9

(Aceptación tardía. Demora en la transmisión)

(1) No obstante, la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido.

(2) Si la carta o cualquier otra notificación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera

sido normal habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación surtirá efecto a menos que, sin demora injustificada, el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado.

ARTÍCULO 2.10

(Retiro de la aceptación)

La aceptación puede retirarse si su retiro llega al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación haya surtido efecto.

ARTÍCULO 2.11

(Aceptación modificada)

(1) La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta.

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

ARTÍCULO 2.12

(Confirmación por escrito)

Si dentro de un plazo razonable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere términos adicionales o diferentes, éstos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete la discrepancia.

ARTÍCULO 2.13

(Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una formalidad determinada)

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una determinada forma, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo.

ARTÍCULO 2.14

(Contrato con términos “abiertos”)

(1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato.

(2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad:

(a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o

(b) el tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

ARTÍCULO 2.15

(Negociaciones de mala fe)

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

ARTÍCULO 2.16

(Deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

ARTÍCULO 2.17

(Cláusulas de integración)

Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.

ARTÍCULO 2.18

(Cláusulas que exigen que la modificación o extinción del contrato sea por escrito)

Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea por escrito no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado en función de tales actos.

ARTÍCULO 2.19

(Contratación con cláusulas estándar)

(1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.20 al 2.22.

(2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra

parte.

ARTÍCULO 2.20

(Cláusulas sorprendentes)

(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.

(2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

ARTÍCULO 2.21

(Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar)

En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última.

ARTÍCULO 2.22

(Conflicto entre formularios)

Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato.

CAPÍTULO 3 — VALIDEZ

ARTÍCULO 3.1

(Cuestiones excluidas)

Estos Principios no se ocupan de la invalidez del contrato causada por:

- (a) falta de capacidad;
- (b) falta de legitimación;
- (c) inmoralidad o ilegalidad.

ARTÍCULO 3.2

(Validez del mero acuerdo)

Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional.

ARTÍCULO 3.3

(Imposibilidad inicial)

(1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída.

(2) Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto

del contrato.

ARTÍCULO 3.4

(Definición del error)

El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente al momento en que se celebró el contrato.

ARTÍCULO 3.5

(Error determinante)

(1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y:

(a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o

(b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún de conformidad con el contrato.

(2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si:

(a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o

(b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo.

ARTÍCULO 3.6

(Error en la expresión o en la transmisión)

Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es imputable a la persona de quien emanó dicha declaración.

ARTÍCULO 3.7

(Remedios por incumplimiento)

Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento.

ARTÍCULO 3.8

(Dolo)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

ARTÍCULO 3.9

(Intimidación)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra alternativa razonable. En particular, una amenaza es injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente incorrecta, o resultó incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato.

ARTÍCULO 3.10

(Excesiva desproporción)

(1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y

(b) la naturaleza y finalidad del contrato.

(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

(3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las disposiciones del Artículo 3.13(2).

ARTÍCULO 3.11

(Terceros)

(1) Cuando el dolo, la intimidación, excesiva desproporción o el error sean imputables o sean conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte, el contrato puede anularse bajo las mismas condiciones que si dichas anomalías hubieran sido obra suya.

(2) Cuando el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción sean imputables a un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato puede anularse si dicha parte conoció o debió conocer el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción, o bien si en el momento de anularlo dicha parte no había actuado todavía de conformidad con lo previsto en el contrato.

ARTÍCULO 3.12

(Confirmación)

La anulación del contrato queda excluida si la parte facultada para anularlo lo confirma de una manera expresa o tácita una vez que ha comenzado a correr el plazo

para notificar la anulación.

ARTÍCULO 3.13

(Pérdida del derecho a anular el contrato)

(1) Si una de las partes se encuentra facultada para anular un contrato por causa de error, pero la otra declara su voluntad de cumplirlo o cumple el contrato en los términos en los que la parte facultada para anularlo lo entendió, el contrato se considerará perfeccionado en dichos términos. En tal caso, la parte interesada en cumplirlo deberá hacer tal declaración o cumplir el contrato inmediatamente de ser informada de la manera en que la parte facultada para anularlo lo ha entendido y antes de que ella proceda a obrar de conformidad con la notificación de anulación.

(2) La facultad de anular el contrato se extingue a consecuencia de dicha declaración o cumplimiento, y cualquier otra notificación de anulación hecha con anterioridad no tendrá valor alguno.

ARTÍCULO 3.14

(Notificación de anulación)

El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte.

ARTÍCULO 3.15

(Plazos)

(1) La notificación de anular el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, después de que la parte impugnante conoció o no podía ignorar los hechos o pudo obrar libremente.

(2) Cuando una cláusula del contrato pueda ser anulada en virtud del Artículo 3.10, el plazo para notificar la anulación empezará a correr a partir del momento en que dicha cláusula sea invocada por la otra parte.

ARTÍCULO 3.16

(Anulación parcial)

Si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato.

ARTÍCULO 3.17

(Efectos retroactivos)

(1) La anulación tiene efectos retroactivos.

(2) En caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada, siempre que proceda al mismo tiempo a restituir lo recibido conforme al contrato o a la parte que haya sido anulada. Si no puede restituir en especie lo recibido, deberá compensar adecuadamente a la otra parte.

ARTÍCULO 3.18

(Daños y perjuicios)

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

ARTÍCULO 3.19

(Carácter imperativo de estas disposiciones)

Las disposiciones de este capítulo son imperativas, salvo cuando ellas se refieran a la fuerza vinculante del mero acuerdo, a la imposibilidad inicial de cumplimiento y al error.

ARTÍCULO 3.20

(Declaraciones unilaterales)

Las disposiciones de este capítulo se aplicarán, con las modificaciones pertinentes, a toda comunicación de intención que una parte dirija a la otra.

CAPÍTULO 4 — INTERPRETACIÓN

ARTÍCULO 4.1

(Intención de las partes)

(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.

(2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

ARTÍCULO 4.2

(Interpretación de declaraciones y otros actos)

(1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.

(2) Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

ARTÍCULO 4.3

(Circunstancias relevantes)

Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo:

- (a) las negociaciones previas entre las partes;
- (b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí;
- (c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato;
- (d) la naturaleza y finalidad del contrato;
- (e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo

ramo comercial; y

(f) los usos.

ARTÍCULO 4.4

(Interpretación sistemática del contrato)

Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto.

ARTÍCULO 4.5

(Interpretación dando efecto a todas las disposiciones)

Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos.

ARTÍCULO 4.6

(Interpretación contra proferentem)

Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

ARTÍCULO 4.7

(Discrepancias lingüísticas)

Cuando un contrato es redactado en dos o más versiones de lenguaje, todas igualmente auténticas, prevalecerá, en caso de discrepancia entre tales versiones, la interpretación acorde con la versión en la que el contrato fue redactado originalmente.

ARTÍCULO 4.8

(Integración del contrato)

(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias.

(2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

(a) la intención de las partes;

(b) la naturaleza y finalidad del contrato;

(c) la buena fe y la lealtad negocial;

(d) el sentido común.

CAPÍTULO 5 — CONTENIDO

ARTÍCULO 5.1

(Obligaciones expresas e implícitas)

Las obligaciones contractuales de las partes pueden ser expresas o implícitas.

ARTÍCULO 5.2

(Obligaciones implícitas)

Las obligaciones implícitas pueden derivarse de:

- (a) la naturaleza y la finalidad del contrato;
- (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos;
- (c) la buena fe y la lealtad negocial.
- (d) el sentido común.

ARTÍCULO 5.3

(Cooperación entre las partes)

Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.

ARTÍCULO 5.4

(Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos)

(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.

(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

ARTÍCULO 5.5

(Determinación del tipo de obligación)

Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

- (a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato;
- (b) el precio y otros términos del contrato;
- (c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado;
- (d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.

ARTÍCULO 5.6

(Determinación de la calidad de la prestación)

Cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato ni puede ser determinada en base a éste, el deudor debe una prestación de una calidad razonable y no inferior a la calidad media, según las circunstancias.

ARTÍCULO 5.7

(Determinación del precio)

(1) Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de

esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable.

(2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario.

(3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable.

(4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

ARTÍCULO 5.8

(Contrato de tiempo indefinido)

Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación.

CAPÍTULO 6: CUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: CUMPLIMIENTO EN GENERAL

ARTÍCULO 6.1.1

(Momento del cumplimiento)

Una parte debe cumplir sus obligaciones:

(a) si el momento es fijado o determinable por el contrato, en ese momento;

(b) si un período de tiempo es fijado o determinable por el contrato, en cualquier momento dentro de tal período, a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde elegir el momento del cumplimiento;

(c) en cualquier otro caso, en un plazo razonable después de la celebración del contrato.

ARTÍCULO 6.1.2

(Cumplimiento en un solo momento o en etapas)

En los casos previstos en el Artículo 6.1.1(b) o (c), el deudor debe cumplir sus obligaciones en un solo momento, siempre que la prestación pueda realizarse de una vez y que las circunstancias no indiquen otro modo de cumplimiento.

ARTÍCULO 6.1.3

(Cumplimiento parcial)

(1) El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligación, vaya acompañada o no dicha oferta de una garantía relativa al cumplimiento del resto de la obligación, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo.

(2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

ARTÍCULO 6.1.4

(Secuencia en el cumplimiento)

(1) En la medida en que las prestaciones de las partes puedan ser efectuadas de manera simultánea, las partes deben realizarlas simultáneamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

(2) En la medida en que la prestación de sólo una de las partes exija un período de tiempo, esta parte debe efectuar primero su prestación, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

ARTÍCULO 6.1.5

(Cumplimiento anticipado)

(1) El acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo.

(2) La aceptación por una parte de un cumplimiento anticipado no afecta el plazo para el cumplimiento de sus propias obligaciones si este último fue fijado sin considerar el momento del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

(3) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento anticipado han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

ARTÍCULO 6.1.6

(Lugar del cumplimiento)

(1) Si el lugar de cumplimiento no está fijado en el contrato ni es determinable con base en aquél, una parte debe cumplir:

- (a) en el establecimiento del acreedor cuando se trate de una obligación dineraria;
- (b) en su propio establecimiento cuando se trate de cualquier otra obligación.

(2) Una parte debe soportar cualquier incremento de los gastos que inciden en el cumplimiento y que fuere ocasionado por un cambio en el lugar de su establecimiento ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato.

ARTÍCULO 6.1.7

(Pago con cheque u otro instrumento)

(1) El pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago.

(2) No obstante, un acreedor que acepta un cheque o cualquier otra orden de pago o promesa de pago, ya sea en virtud del párrafo anterior o voluntariamente, se presume que lo acepta solamente bajo la condición de que sea cumplida.

ARTÍCULO 6.1.8

(Pago por transferencia de fondos)

(1) El pago puede efectuarse por una transferencia a cualquiera de las instituciones

financieras en las que el acreedor haya hecho saber que tiene una cuenta, a menos que haya indicado una cuenta en particular.

(2) En el caso de pago por transferencia de fondos, la obligación se cumple al hacerse efectiva la transferencia a la institución financiera del acreedor.

ARTÍCULO 6.1.9

(Moneda de pago)

(1) Si una obligación dineraria es expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago, éste puede efectuarse en la moneda de dicho lugar, a menos que:

(a) dicha moneda no sea convertible libremente; o

(b) las partes hayan convenido que el pago debería efectuarse sólo en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada.

(2) Si es imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada, el acreedor puede reclamar el pago en la moneda del lugar del pago, aun en el caso al que se refiere el parágrafo (1)(b) de este artículo.

(3) El pago en la moneda del lugar de pago debe efectuarse conforme al tipo de cambio aplicable que predomina en ese lugar al momento en que debe efectuarse el pago.

(4) Sin embargo, si el deudor no ha pagado cuando debió hacerlo, el acreedor puede reclamar el pago conforme al tipo de cambio aplicable y predominante, bien al vencimiento de la obligación o en el momento del pago efectivo.

ARTÍCULO 6.1.10

(Moneda no expresada)

Si el contrato no expresa una moneda en particular, el pago debe efectuarse en la moneda del lugar donde ha de efectuarse el pago.

ARTÍCULO 6.1.11

(Gastos del cumplimiento)

Cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de sus obligaciones.

ARTÍCULO 6.1.12

(Imputación de pagos)

(1) Un deudor de varias obligaciones dinerarias al mismo acreedor puede especificar al momento del pago a cuál de ellas pretende que sea aplicado el pago. En cualquier caso, el pago ha de imputarse en primer lugar a cualquier gasto, luego a los intereses debidos y finalmente al capital.

(2) Si el deudor no hace tal especificación, el acreedor puede, dentro de un plazo razonable después del pago, indicar al deudor a cuál de las obligaciones lo imputa, siempre que dicha obligación sea vencida y sea indisputada.

(3) A falta de imputación conforme a los parágrafos (1) o (2) de este artículo, el pago se imputa, en el orden indicado, a la obligación que satisfaga uno de los siguientes

criterios:

- (a) la obligación que sea vencida, o la primera en vencerse;
- (b) la obligación que cuente con menos garantías para el acreedor;
- (c) la obligación que es más onerosa para el deudor;
- (d) la obligación que surgió primero.

Si ninguno de los criterios precedentes se aplica, el pago se imputa a todas las obligaciones proporcionalmente.

ARTÍCULO 6.1.13

(Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)

El Artículo 6.1.12 se aplica, con las adaptaciones del caso, a la imputación del pago de obligaciones no dinerarias.

ARTÍCULO 6.1.14

(Solicitud de autorización pública)

Cuando la ley de un Estado requiera una autorización pública que afecta la validez del contrato o su cumplimiento y ni la ley ni las circunstancias del caso indican algo distinto:

(a) si sólo una parte tiene su establecimiento en tal Estado, esa parte deberá tomar las medidas necesarias para obtener la autorización; y

(b) en los demás casos, la parte cuyo cumplimiento requiere de la autorización deberá tomar las medidas necesarias para obtenerla.

ARTÍCULO 6.1.15

(Gestión de la autorización)

(1) La parte obligada a tomar las medidas necesarias para obtener la autorización debe hacerlo sin demora injustificada y soportará todos los gastos en que incurra.

(2) Esa parte deberá, cuando sea pertinente, notificar a la otra parte, sin demora injustificada, de la concesión o la denegación de la autorización.

ARTÍCULO 6.1.16

(Autorización ni otorgada ni denegada)

(1) Cualquiera de las partes puede resolver el contrato si, pese a que la parte responsable de obtener la autorización ha tomado todas las medidas requeridas para obtenerla, ésta no se otorga ni rechaza dentro del plazo convenido o, cuando no se haya acordado plazo alguno, dentro de un plazo prudencial a partir de la celebración del contrato.

(2) No se aplicará lo previsto en el párrafo (1) de este Artículo cuando la autorización afecte solamente algunas cláusulas del contrato, siempre que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea razonable mantener el resto del contrato a pesar de haber sido denegada la autorización.

ARTÍCULO 6.1.17

(Autorización denegada)

(1) La denegación de una autorización que afecta la validez del contrato comporta su nulidad. Si la denegación afecta únicamente la validez de algunas cláusulas, sólo tales cláusulas serán nulas si, teniendo en cuenta las circunstancias, es razonable mantener el resto del contrato.

(2) Se aplican las reglas del incumplimiento cuando la denegación de una autorización haga imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato.

SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP)

ARTÍCULO 6.2.1

(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (hardship).

ARTÍCULO 6.2.2

(Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))

Hay “excesiva onerosidad” (hardship) 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:

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

(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

ARTÍCULO 6.2.3

(Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))

(1) En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

CAPÍTULO 7 — INCUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: INCUMPLIMIENTO EN GENERAL

ARTÍCULO 7.1.1

(Definición del incumplimiento)

El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.

ARTÍCULO 7.1.2

(Interferencia de la otra parte)

Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.

ARTÍCULO 7.1.3

(Suspensión del cumplimiento)

(1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación.

(2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido.

ARTÍCULO 7.1.4

(Subsanación del incumplimiento)

(1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:

(a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;

(b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias;

(c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y

(d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.

(2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.

(3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.

(4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación.

(5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el

resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación.

ARTÍCULO 7.1.5

(Período suplementario para el cumplimiento)

(1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla.

(2) Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del período suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.

(3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.

(4) El párrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

ARTÍCULO 7.1.6

(Cláusulas de exoneración)

Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato.

ARTÍCULO 7.1.7

(Fuerza mayor) (force majeure)

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.

SECCIÓN 2: DERECHO A RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO

ARTÍCULO 7.2.1

(Cumplimiento de obligaciones dinerarias)

Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago.

ARTÍCULO 7.2.2

(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)

Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que:

- (a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;
- (b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;
- (c) la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía;
- (d) la prestación tenga carácter exclusivamente personal; o
- (e) la parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde de que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.

ARTÍCULO 7.2.3

(Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)

El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda.

ARTÍCULO 7.2.4

(Pena judicial)

(1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden.

(2) La pena será pagada a la parte perjudicada, salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa. El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de ésta al resarcimiento.

ARTÍCULO 7.2.5

(Cambio de remedio)

(1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio.

(2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio.

SECCIÓN 3: RESOLUCIÓN

ARTÍCULO 7.3.1

(Derecho a resolver el contrato)

(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.

(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;

(b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;

(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;

(d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;

(e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

(3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5.

ARTÍCULO 7.3.2

(Notificación de la resolución)

(1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte.

(2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato, la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que notifique su decisión a la otra parte en un período razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa.

ARTÍCULO 7.3.3

(Incumplimiento anticipado)

Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato.

ARTÍCULO 7.3.4

(Garantía adecuada de cumplimiento)

Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede

suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato.

ARTÍCULO 7.3.5

(Efectos generales de la resolución)

(1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras.

(2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

(3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.

ARTÍCULO 7.3.6

(Restitución)

(1) Al resolver el contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable.

(2) No obstante, si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante algún tiempo, la restitución sólo podrá reclamarse para el período posterior al efecto de la resolución.

SECCIÓN 4: RESARCIMIENTO

ARTÍCULO 7.4.1

(Derecho al resarcimiento)

Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios.

ARTÍCULO 7.4.2

(Reparación integral)

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.

(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.

ARTÍCULO 7.4.3

(Certeza del daño)

(1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.

(2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.

(3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.

ARTÍCULO 7.4.4

(Previsibilidad del daño)

La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.

ARTÍCULO 7.4.5

(Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)

Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

ARTÍCULO 7.4.6

(Prueba del daño por el precio corriente)

(1) Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operación de reemplazo, pero hay un precio corriente para la prestación contratada, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolución del contrato, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

(2) Precio corriente es el precio generalmente cobrado por mercaderías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar donde el contrato debió haberse cumplido o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como referencia.

ARTÍCULO 7.4.7

(Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)

Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.

ARTÍCULO 7.4.8

(Atenuación del daño)

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño.

ARTÍCULO 7.4.9

(Intereses por falta de pago de dinero)

(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.

(2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.

(3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.

ARTÍCULO 7.4.10

(Intereses sobre el resarcimiento)

A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre el resarcimiento por el incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento.

ARTÍCULO 7.4.11

(Modalidad de la compensación monetaria)

(1) El resarcimiento ha de pagarse en una suma global. No obstante, puede pagarse a plazos cuando la naturaleza del daño lo haga apropiado.

(2) El resarcimiento pagadero a plazos podrá ser indexado.

ARTÍCULO 7.4.12

(Moneda en la que se fija el resarcimiento)

El resarcimiento ha de fijarse, según sea más apropiado, bien en la moneda en la cual la obligación dineraria fue expresada o en aquella en la cual el perjuicio fue sufrido.

ARTÍCULO 7.4.13

(Pago estipulado para el incumplimiento)

(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.

(2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.

ANEXO 5

CIDIP-IV/RES.5 (89)

REUNIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

La Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado,

considerando:

que la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado ha propuesto bases para futuros estudios acerca de la elaboración de un proyecto de convención interamericana sobre ley aplicable a la contratación internacional, y que es de suma importancia la continuación de las labores iniciadas a fin de que los esfuerzos puedan reflejarse en un anteproyecto de convención,

resuelve:

recomendar a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos que convoque una Reunión de Expertos para formular un anteproyecto de Convención acerca de la ley aplicable a la contratación internacional sobre las bases referidas, con suficiente antelación a la próxima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, o cualquier otra conferencia interamericana que se convoque a efectos de considerar dicho proyecto.

ANEXO 6

CIDIP-IV/DOC.43/89, 14 JULIO 1989

BASES PROPUESTAS POR LA COMISIÓN II PARA EL ESTUDIO FUTURO DEL TEMA RELATIVO A LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

(Revisado por la Comisión de Estilo para ser considerado)

Los contratantes podrán acordar libremente la ley aplicable a la totalidad o parte del contrato cuya internacionalidad se manifieste a través de elementos objetivos localizados en Estados diversos. También podrán modificar en cualquier momento la ley seleccionada, pero sin afectar derechos de terceros.

El acuerdo a que se refiere el párrafo anterior debe ser expreso o, excepcionalmente, desprenderse en forma inequívoca de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto.

En el caso de que la ley aplicable al contrato no haya sido elegida por los contratantes, o si su elección es ineficaz, el contrato se regirá por la ley del estado con el

cual tenga vínculos más estrechos.

Serán necesariamente aplicadas las disposiciones de la legislación del tribunal que tengan carácter imperativo respecto del contrato a que se refiere la base primera y que deban ser aplicadas con independencia de la ley que rija el contrato.

Podrán ser tenidas en cuenta las disposiciones de cualquier Estado con el cual el contrato tenga vínculos cuando, de acuerdo con la legislación del Estado respectivo, tengan carácter imperativo y deban ser aplicadas con independencia de la ley que rija el contrato.

El contrato es válido en su forma, si se observa la ley del lugar de su celebración.

La ley de cada Estado regirá lo concerniente a la publicidad del contrato.

La ley que rija al contrato no será aplicada cuando sea manifiestamente contraria al orden público.

ANEXO 7.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V)

Los Estados Partes de esta Convención,

REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos;

REITERANDO la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional;

CONSIDERANDO que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y que para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico,

HAN CONVENIDO aprobar la siguiente Convención:

CAPITULO PRIMERO

Ámbito de aplicación Artículo 1

Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales.

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.

Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte.

Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.

Artículo 2

El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte.

Artículo 3

Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.

Artículo 4

Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.

Artículo 5

Esta Convención no determina el derecho aplicable a:

a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes;

b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia;

c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito;

d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores;

e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro;

f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.

Artículo 6

Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención.

CAPITULO SEGUNDO

Determinación del derecho aplicable

Artículo 7

El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

Artículo 8

En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.

Artículo 9

Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.

Artículo 10

Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

Artículo 11

No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.

Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

CAPITULO TERCERO

Existencia y validez del contrato

Artículo 12

La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo.

Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.

Artículo 13

Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.

Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución.

CAPITULO CUARTO

Ámbito del derecho aplicable

Artículo 14

El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente:

- a) su interpretación;
- b) los derechos y las obligaciones de las partes;
- c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;
- d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;
- e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.

Artículo 15

Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.

Artículo 16

El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos.

Artículo 17

Para los efectos de esta Convención se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

Artículo 18

El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

CAPITULO QUINTO

Disposiciones generales

Artículo 19

Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en un Estado Parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en ese Estado Parte.

Artículo 20

Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.

Artículo 21

En el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención, los Estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de esta Convención.

Un Estado Parte podrá retirar en cualquier momento la reserva que haya formulado. El efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes calendario siguiente a la fecha de notificación del retiro.

Artículo 22

Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado.

Artículo 23

Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales.

Artículo 24

Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas.

CAPITULO SEXTO

Cláusulas finales

Artículo 25

Esta Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 26

Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 27

Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigencia. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 28

Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 29

Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.

Artículo 30

El instrumento original de esta Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.

EN FE DE LO CUAL los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman esta Convención.

HECHO EN LA CIUDAD DE MÉXICO, D.F., MÉXICO, el día diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.