

## EL DERECHO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Jorge ADAME GODDARD\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las reglas para definir cuál es la ley aplicable a los contratos internacionales.* III. *Esfuerzos por la construcción de un derecho contractual común.* IV. *La formación de una jurisdicción común.* V. *Reflexión: el papel de la doctrina.*

### I. INTRODUCCIÓN

Si uno se pregunta por qué los contratos internacionales tienen que tratarse jurídicamente de manera diferente a los contratos nacionales, me parece que la respuesta es que se trata de contratos que pueden ser regidos por dos o más leyes nacionales.

En cuanto a su naturaleza contractual, la compraventa nacional es igual a la internacional, salvo las peculiaridades que puede implicar por razón del transporte de las mercancías y el paso de las aduanas, pero las obligaciones del vendedor y del comprador son esencialmente las mismas que en una compraventa nacional. Lo mismo cabe decir de un contrato de arrendamiento de bienes; por ejemplo, de maquinarias o vehículos. Las obligaciones del arrendador y del arrendatario son esencialmente las mismas, aunque habrá algunas peculiaridades por razón de transporte y aduanas.

Pero tales peculiaridades no modifican la naturaleza del contrato, ni su régimen principal. Las compraventas o arrendamientos entre nacionales de un mismo Estado pueden tener también peculiaridades que deriven de

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

la naturaleza de las mercancías, del lugar donde se han de entregar, o el uso específicos que vaya a darse a los bienes arrendados.

En un ordenamiento jurídico en el que se entiende que cada Estado tiene su propio y peculiar derecho, y que todos los actos que ocurren entre los nacionales del mismo Estado o en el territorio del mismo, se rigen por el derecho de ese Estado, el contrato internacional, es decir entre personas que son nacionales de diferentes Estados o que están ubicadas en diferentes Estados, presenta el problema de qué ley u ordenamiento jurídico nacional va a regir ese contrato.

La problemática que presentan los contratos internacionales tiene dos soluciones posibles: 1) dar reglas para definir cuál es la ley nacional aplicable al contrato internacional, que es la solución propia del derecho internacional privado, las llamadas reglas de conflicto, y es actualmente todavía la solución predominante. La otra solución es 2) definir un régimen contractual común aplicable a los contratos, con independencia de la nacionalidad o establecimiento de las partes; esta es la mejor solución, pero más laboriosa, pues requiere la construcción de un derecho común en materia contractual; en esta solución se han dado hoy pasos importantes, aunque notoriamente insuficientes.

Para poder tener verdaderamente un derecho contractual común se requiere 3) la formación de una jurisdicción común especializada, que resuelva los conflictos derivados de contratos internacionales aplicando las reglas jurídicas definidas en las fuentes del derecho común; el arbitraje comercial internacional se va convirtiendo en esa jurisdicción especializada.

Las entidades que han colaborado más eficazmente hacia la unificación del derecho contractual han sido las siguientes: respecto de la unificación de las reglas de conflicto: la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (*Hague Conference on Private International Law*),<sup>1</sup> y la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) que es parte de la Organización de Estados Americanos;<sup>2</sup> respecto de la unificación del derecho sustantivo, y la promoción del arbitraje comercial internacional: el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (más conocido como *UNIDROIT*);<sup>3</sup> la Comisión de Na-

<sup>1</sup> [www.hcch.net/index\\_en.php](http://www.hcch.net/index_en.php)

<sup>2</sup> [www.oas.org](http://www.oas.org)

<sup>3</sup> [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)

ciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida por sus sigla en Inglés *UNCITRAL*),<sup>4</sup> y la Cámara Internacional de Comercio (conocida por sus siglas en Inglés ICC).<sup>5</sup> Los textos de las convenciones y otros documentos que estos organismos han aprobado, y que se citan en este trabajo se pueden consultar por internet en las páginas respectivas, citadas a pié de pagina.

En este trabajo se trata de presentar un panorama general de lo que podrían llamarse las fuentes del derecho de los contratos internacionales, y concluir con el papel que corresponde a la doctrina para lograr verdaderamente un derecho común en materia contractual.

## II. LAS REGLAS PARA DEFINIR CUÁL ES LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Ordinariamente los códigos civiles u otras leyes nacionales contienen las reglas de conflicto para definir la ley aplicable. Se habla, por ejemplo, de que es aplicable, en cuanto a la forma, la ley del lugar donde se perfecciona el contrato, o que es aplicable, en cuanto a la ejecución de una prestación, la ley del lugar donde ésta debe cumplirse, o que si el contrato involucra bienes inmuebles, la ley del lugar donde éstos están situados. Como estas reglas de conflicto son parte del orden jurídico nacional, resulta que esas reglas varían en cada Estado.

Quien aplica estas reglas es el juez ante quien se presenta un conflicto. Él, como parte de su actividad jurisdiccional, tendrá que discernir qué reglas de conflicto aplica, que por la general son aquellas del lugar donde ejerce su jurisdicción, y luego, con la ayuda de dichas reglas, determinar cuál es la ley aplicable al contrato en litigio.

Con el objeto de uniformar las reglas de conflicto aplicables a los contratos internacionales, se han venido haciendo varios esfuerzos de unificación por medio de tratados o convenciones. Los principales son los siguientes:

1) La Convención de la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías (*Convention on the law applicable to international sales of goods*), del 15 de junio de 1955. Entró en vigor el 1o. de septiembre de 1964 y está en vigor sólo en 8 países:

<sup>4</sup> [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>5</sup> [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)

Dinamarca, Finlandia, Italia, Noruega, Suecia, Suiza y Nigeria. Sus principales reglas son:

- a) la ley aplicable al contrato internacional es la que las partes hayan elegido por cláusula expresa o se infiera con claridad de las disposiciones del contrato.
- b) A falta de lo anterior, el contrato se rige por la ley del país donde tiene su domicilio o está establecido el vendedor, si ahí recibió la orden de entregar las mercancías, o por la ley del lugar donde está establecido el comprador, si fue en ese lugar donde el vendedor recibió la orden de entregar las mercancías. Este es básicamente el criterio del lugar de perfeccionamiento del contrato.

2) Dada la poca difusión que tuvo esta convención, y la aprobación en 1980 de la nueva convención sobre compraventa internacional, se hizo un nuevo esfuerzo para unificar las reglas de conflicto respecto de este contrato. Fue otra Convención de la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, publicada el 22 de diciembre de 1986. Esta convención no ha entrado en vigor, pues sólo la firmaron cuatro estados, Argentina, República Checa, Holanda y Eslovaquia, y sólo Argentina la ha ratificado. Los criterios para elegir la ley aplicable son básicamente los mismos que la anterior convención:

- a) Rige la ley que las partes hayan elegido expresamente, o que se infiera que eligieron por las disposiciones del contrato.
- b) A falta de elección expresa, rige la ley del lugar donde el vendedor tenga su establecimiento al momento de perfeccionarse el contrato.
- c) Pero rige la ley del lugar de establecimiento del comprador, si en ese lugar se llevaron a cabo las negociaciones y se perfeccionó el contrato estando ambas partes presentes, o si el vendedor tiene que entregar las mercancías en ese Estado, o si el contrato fue predeterminado por el comprador que hizo una licitación para adjudicarlo al mejor postor.

3) Con una finalidad más amplia y con mejores resultados se hizo entre los países que formaban la Unión Europea, la Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, en Roma el 19 de junio de 1980. Aunque no se refiere expresamente a contratos internacionales, sino a obligaciones contractuales, de hecho se aplica en los casos en que hay conflictos de leyes, lo cual sucede evidentemente en los contratos entre partes establecidas en países de la Unión Europea. Es una convención

que está en vigor entre los países que conformaban la Unión Europea y los que se han adherido posteriormente, a los que se pide que se adhieran a esta convención. Es una convención más amplia y compleja que las anteriores, por razón de su propio ámbito material que es también más amplio. Sus reglas principales de conflicto son:

- a) Rige la ley que las partes eligen expresamente, o que resulta elegida por inferencia de las disposiciones contractuales o de las circunstancias; las partes pueden variar la elección de la ley aplicable. A falta de elección:
  - b) El contrato se rige por la ley del país con el que tenga un vínculo más estrecho. Se precisa esta regla con algunas presunciones: i) Se presume que el contrato tiene un vínculo más estrecho con el país donde está establecida, al momento del perfeccionamiento del contrato, la parte obligada a la prestación característica del contrato (en general se entiende por prestación característica aquella diferente al pago de un precio), ii) Si el contrato tiene por objeto derechos reales sobre inmuebles, se presume que el vínculo más estrecho es con el país donde están ubicados los inmuebles, y iii) Para el contrato de transporte de mercancías se presume el vínculo más estrecho es el país donde el transportista tiene su establecimiento principal, si dicho país es también el lugar de carga o descarga de las mercancías, o el lugar donde el cargador tiene su sede principal, en los demás casos.
- 4) En el ámbito americano se aprobó, en el marco de la V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V), la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 17 de marzo de 1994). La convención entró en vigor, pero únicamente entre dos países que la han ratificado: México y Venezuela; sus reglas principales son:
- a) El contrato se rige por el derecho elegido por las partes, por pacto expreso, o cuando puede inferirse claramente esa elección de las disposiciones y la conducta de las partes. Las partes pueden variar de común acuerdo el derecho aplicable.
  - b) A falta de elección, el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos. A diferencia de la convención de Roma, no establece presunciones de vínculos más estrechos, y sólo indica que el tribunal tomará en cuenta

“todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato” para determinar con qué Estado existen los vínculos más estrechos.

- c) Una novedad importante es que añade que además del derecho del Estado que resulte aplicable, regirán el contrato, “cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación” (artículo 10).

### III. ESFUERZOS POR LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO CONTRACTUAL COMÚN

Se ha procurado la formación de un derecho común por medio de tres vías: 1) la expedición de convenciones internacionales, 2) la recopilación de usos y costumbres, y 3) la elaboración de cuerpos doctrinales.

#### 1. *Por la vía de convenciones internacionales*

Se ha procurado la unificación en el régimen de contratos específicos:

a) El contrato de compraventa internacional. En este ámbito es donde ha habido mejores resultados. Los trabajos comienzan en 1929, cuando se forma una comisión en el UNIDROIT para preparar un proyecto de reglas uniformes sobre la compraventa internacional, que no llegó a discutirse por la incidencia de la Guerra Mundial. Pasada la guerra, se hicieron, a partir del primer proyecto, dos documentos, que fueron aprobados en una conferencia diplomática en La Haya en 1964. Uno se refería a las reglas sobre formación del contrato de compraventa (Ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías) y el otro, a las reglas sobre el contrato mismo (Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías). Ambas convenciones entraron en vigor únicamente entre los diez países que las ratificaron, casi todos de Europa.

Posteriormente, y con el objeto de lograr mayor aceptación, se hizo un nuevo proyecto de convención, ahora en el seno de UNCITRAL, que fue aprobado en Viena en 1980, la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que actualmente está en vigor en más de 70 países, de los cinco continentes, entre

los que se cuentan los principales países agentes del comercio internacional: todos los de América del Norte, de la Unión Europea, China, Rusia, y casi todos los de América del Sur. Los grandes ausentes son: Brasil, Inglaterra y Japón.<sup>6</sup>

Como convenciones complementarias en materia de compraventa, aparte de las ya mencionadas sobre la ley aplicable al contrato de compraventa internacional, se firmó la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional, el 4 de junio de 1974, cuyo objetivo es definir el plazo para la prescripción de acciones derivadas de un contrato de compraventa internacional. Esta convención fue modificada por un protocolo de enmiendas, para ajustar sus disposiciones a la convención de Viena de 1980, aprobado en la misma fecha que la Convención sobre Compraventa Internacional. Los países que ratifican la convención de compraventa por lo general ratifican también esta sobre prescripción de acciones.

Hay otra convención sobre la representación en materia de compraventa internacional (Convención sobre representación en la compraventa internacional, Ginebra, 1983), también resultado de los trabajos de UNCITRAL, pero no ha entrado en vigor por falta de ratificaciones, y no parece que haya interés en promover las ratificaciones que hacen falta para que entre en vigor.<sup>7</sup>

b) El contrato de transporte también ha alcanzado, aunque parcialmente, una regulación uniforme.<sup>8</sup>

Respecto del contrato de transporte marítimo internacional, el instrumento más difundido y en vigor, desde el 2 de junio de 1931, es la Convención Internacional sobre la Unificación de ciertas Reglas Relativas al Conocimiento de Embarque (Bruselas, 1924, conocidas como reglas de “La Haya”), enmendada por dos protocolos aprobados en 1968 y 1979, y

<sup>6</sup> Una exposición del régimen del contrato de compraventa internacional definido por esa convención, puede verse en: Adame Goddard, Jorge, *El contrato de compraventa internacional*, México, UNAM-McGraw-Hill, 1994. En la página de UNCITRAL se encuentran muchas referencias bibliográficas.

<sup>7</sup> Una curiosa vigencia de esta convención se da en México, por efecto de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, que dice que en las compraventas marítimas, es decir en las que intervenga un buque que transporta las mercancías, nacionales o internacionales, se aplicará esta convención.

<sup>8</sup> Una exposición compendiosa y a la vez detallada del contrato de transporte internacional, puede verse en: Enríquez Rosas, José David, *Transporte internacional de mercancías*, México, Porrúa, 1999.

conocidas así reformadas como “Reglas de la Haya y Visby. Esta convención regula principalmente la responsabilidad del transportista respecto de las mercancías transportadas, en términos más favorables al transportista que al cargador.

Como una reacción contra la excesiva limitación de la responsabilidad del transportista, por iniciativa de los países en desarrollo, se formuló un proyecto para una nueva convención, que finalmente fue aprobada en una conferencia que tuvo lugar en Hamburgo, el 31 de marzo de 1978, con el nombre de Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, también conocida como “Reglas de Hamburgo”. Entró en vigor el 1o. de noviembre de 1992, y aunque actualmente la han ratificado 33 Estados, no tiene mucha aplicación porque los Estados económicamente más fuertes, que son también los Estados que tienen empresas navieras de carga importantes, no la han ratificado, y prefieren acogerse a las Reglas de la Haya-Visby.

El contrato de transporte internacional de mercancías por vía aérea tiene una reglamentación uniforme en la Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte internacional por aire (Varsovia, 1929), enmendada por un protocolo aprobado en La Haya (1955), y complementado por el Convenio de Guadalajara (1961), que se refiere al transporte realizado por un tercero. Este conjunto de instrumentos, conocidos como “Sistema de Varsovia” regulan principalmente la responsabilidad de los transportistas especialmente en casos de accidentes y demoras.

El transporte por vía terrestre, tiene reglas uniformes en diferentes espacios territoriales. En el ámbito europeo, está en vigor el Convenio relativo al contrato de transporte internacional por carretera (1956), modificado por el protocolo de 1958. Se le conoce por sus siglas en francés CMR, y regula los documentos utilizados en ese transporte y la responsabilidad del transportista.

En el mismo ámbito europeo se aprobó otro instrumento para el transporte por vía férrea, denominado Convenio Relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril (Berna, 1980), y conocido por sus siglas COTIF. Este convenio consolida las reglas que se tenían en convenios separados respecto del transporte de pasajeros y equipajes, por una parte, y el transporte de mercancías, por la otra. No es tampoco una regulación completa del contrato de transporte, sino sólo de los relativos a los documentos que genera, la carta de porte, y la responsabilidad del transportista.



En el ámbito interamericano, gracias a los esfuerzos de la CIDIP IV, se aprobó la Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por carretera, en Montevideo en julio de 1989. Aunque fue firmada por nueve estados, ninguno la ha ratificado y no ha entrado en vigor.

En América del Norte, y como un resultado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, se ha iniciado un proceso para unificar las reglas del transporte terrestre en esa región. El capítulo IX de dicho tratado establece un Comité de Medidas Relativas a la Normalización, que pretende coordinar las medidas para lograr uniformidades normativas en ámbitos específicos, e incluye un Subcomité de Normas de Transporte Terrestre, del cual se han generado diversas normas comunes en materia de transporte terrestre por autobús o camión, de transporte ferroviario y de transporte de sustancias peligrosas. Son medidas que tienden a uniformar la reglamentación pública que rige los diferentes tipos de transportes, y que incidirá en los contratos de transporte respectivos, pero no se refieren directamente a las reglas de los contratos de transporte.

El esfuerzo más ambicioso respecto del transporte ha sido la Convención de las Naciones Unidas sobre transporte multimodal internacional, aprobada en Ginebra en 1980. Tiene una tendencia similar a las Reglas de Hamburgo, en tanto que considera el transporte desde la perspectiva de que es una actividad pública. Logra considerar el transporte multimodal como una sola operación, que constituye un único contrato, con un solo documento comprobatorio, y una responsabilidad integral del transportista por todo el trayecto. La Convención entrará en vigor cuando alcance 30 ratificaciones. Hasta ahora sólo hay diez.

c) En algunos otros contratos se ha logrado una reglamentación uniforme: i) Hay una convención sobre los contratos de viaje (*International Convention on Travel Contracts*), aprobada en Bruselas en abril de 1970. Entró en vigor el 21 de febrero de 1976, y actualmente son parte de ella: Argentina, Bélgica, Benin, Camerún, Italia y Togo. ii) Otra sobre los contratos de arrendamiento financiero (*Unidroit Convention on International Financial Leasing*), aprobada en Ottawa en 1988, que entró en vigor el 1o. de mayo de 1995, y que actualmente son partes de ella diez países: Bielorusia, Finlandia, Hungría, Italia, Letonia, Nigeria, Panamá, Rusia, Ucrania y Uzbekistán. Estos contratos si bien están ligados a un préstamo de dinero, son por su propia naturaleza contratos de arrendamiento de cosa, combinados con la posibilidad de una compra del bien arrendado.

iii) Hay una convención más sobre los contratos de facturaje financiero (*Unidorit Convention on International Factoring*), aprobada en la misma conferencia que aprobó la de arrendamiento financiero (Ottawa 1988), que entró en vigor el 1o. de mayo de 1995, y de la que actualmente son parte Francia, Alemania, Italia, Letonia, Nigeria y Ucrania; en este contrato también hay un préstamo de dinero, pero combinado con una especie de contrato de representación que obliga a quien recibe las facturas a conservarlas, a recibir pagos y eventualmente a demandarlos.

d) Recientemente se aprobó una convención aplicable a todo tipo de contratos internacionales, denominada Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Fue aprobada en una conferencia diplomática en Nueva York, en 2005. La han firmado 18 Estados, pero ninguno la ha ratificado, por lo que no ha entrado en vigor.

## 2. *La costumbre comercial internacional*

Las costumbres y prácticas mercantiles internacionales van formando de hecho un régimen común en aquello que se practica regularmente. Las costumbres o prácticas son recogidas luego, principalmente por la Cámara Internacional de Comercio, en documentos que no tienen el valor jurídico de una ley o de un tratado pero que sirven para atestiguar la existencia de una cierta costumbre.

a) Un elemento muy importante en el régimen de la compraventa internacional son las modalidades de entrega de las mercancías definidas por medio de ciertas designaciones que se han vuelto costumbres en el comercio internacional, como “libre a bordo”, “en almacén”, “costo pagado hasta”, entre otras. Estas modalidades de entrega han sido recogidas en un documento que publica cada diez años la Cámara Internacional de Comercio, con el título de *International Commercial Terms*, más conocido por su forma abreviada: *Incoterms*. Este es un documento privado, que no tiene ninguna sanción oficial, pero que tiene validez jurídica en cuanto que es una colección de reglas que son ya una costumbre ampliamente difundida, y regularmente observada en el comercio internacional. Cada modalidad de entrega se designa por medio de una abreviatura, como FOB (*free on board*), EX (*ex works*) o DAF (*delivered at frontier*). Cada modalidad de entrega implica reglas propias relativas al lugar de entrega de las mercancías, costos de transporte, derechos de importación

y exportación, costos del despacho aduanal y momento de transmisión del riesgo al comprador. La Cámara Internacional de Comercio actualiza cada diez años esta publicación, cuya última edición fue del año 2000.

b) También pueden considerarse como reflejo de costumbre internacional los diversos modelos de contratos o cláusulas contractuales que publica la Cámara Internacional de Comercio. Existen los siguientes: i) modelo de cláusula de exoneración de responsabilidad por caso fortuito; ii) modelo de contrato de agencia; iii) modelo de contrato de construcción “llave en mano” de una planta industrial; iv) modelo de contrato de franquicia internacional; v) modelo de contrato para la adquisición de una empresa; vi) modelo de contrato de distribución; vii) modelo de contrato de distribución selectiva (es decir por distribuidores que cumplen determinados requisitos); viii) modelos simplificados de contratos de distribución y agencia; ix) modelos de acuerdos de confidencialidad; x) modelo de contrato de compraventa internacional; xi) modelo de contrato de intermediación mercantil ocasional; xii) modelo de contrato de construcción “llave en mano” de obras importantes; xiii) modelos de cláusulas para contratación electrónica, y xiv) modelos de cláusulas para contratar por medios electrónicos, o “e-terms”.

c) Puede considerarse también como reflejo de costumbre internacional, las diversas “guías” y “leyes modelo” preparadas por la CNUDMI. Cabe mencionar estas: i) Guía jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales; ii) Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, y cláusulas modelo, que incide sobre contratos de concesión administrativa; iii) ley modelo sobre firmas electrónicas; iv) ley modelo sobre comercio electrónico; v) ley modelo sobre contratación pública de bienes, obras y servicios; vi) guía jurídica sobre operaciones de comercio compensatorio internacional, que comprende reglas sobre diversos convenios en los que se intercambian bienes y servicios, por medio de diversos contratos, como permutas, compra recíproca, venta con pacto de compra.

### *3. Formulación de cuerpos doctrinales*

Recientemente se ha procurado uniformar el régimen contractual a través de cuerpos doctrinales que contienen un conjunto ordenado y sistemático de reglas generales aplicables a cualquier tipo de contrato internacional.

a) Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, preparados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y publicados en su versión inglesa el año de 1994.

Estos principios son un conjunto de reglas que pretenden ser aplicables a los diversos contratos comerciales internacionales. Se refieren a los aspectos generales comunes a cualquier contrato, a los aspectos que en la tradición civilística se consideran como los temas de la teoría general del contrato. Consta de un preámbulo que expresa el propósito del documento y siete capítulos, dos de los cuales se subdividen en secciones; en total contiene 119 artículos. El primer capítulo (10 artículos) contiene disposiciones generales. El segundo (22 artículos) se ocupa de la formación del contrato; el tercero (20 artículos) de su validez; el cuarto (8 artículos) da reglas para la interpretación de los contratos, y el quinto (8 artículos) acerca del contenido general de las obligaciones contractuales. El sexto capítulo se refiere al cumplimiento, subdividido en dos secciones: la primera (17 artículos) sobre el cumplimiento en general y la segunda (3 artículos) sobre la excesiva onerosidad sobrevenida (*hardship*). El capítulo séptimo, sobre las consecuencias del incumplimiento, es el más largo; se subdivide en cuatro secciones: la primera (7 artículos) sobre el incumplimiento en general, la segunda (5 artículos) sobre el derecho a exigir el cumplimiento específico de las obligaciones contractuales, la tercera (6 artículos) sobre la terminación o resolución del contrato, y la cuarta (13 artículos) sobre el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

El texto se presenta en una forma distinta de la que es propia de los códigos de la tradición civilista, y parecida a la de los *restatements* americanos. En primer lugar aparece el texto de cada artículo, que se numera en razón del lugar que ocupa dentro del capítulo y sección al que pertenece, conforme al sistema decimal, y no en forma continua. Así, el artículo primero de la sección cuatro del capítulo siete, lleva el número 7.4.1 El artículo puede subdividirse en párrafos, separados por un punto y aparte y caracterizados con números arábigos colocados entre paréntesis, o en cláusulas, separadas por un punto y coma, e identificadas con una letra minúscula colocada entre paréntesis; los párrafos también pueden subdividirse en cláusulas. Las referencias se hacen indicando el número del artículo, y luego el número del párrafo o la letra de la cláusula entre paréntesis; por ejemplo 7. 3. 5 (1) o 7. 3. 1 (2) (a). Después del texto de la regla sigue un comentario, que tiene el mismo valor que la regla, y que se

subdivide en secciones marcadas con números arábigos, y encabezadas por una rúbrica en letra negrita que indica su contenido; si el comentario no tiene secciones, no se numera; intercalados en el comentario aparecen ejemplos que se distinguen por su número arábigo; si no hay más que un solo ejemplo, no se numera. También pueden hacerse referencia a las secciones del comentario o a los ejemplos, indicando el número del artículo, seguido de la palabra *comentario* o ejemplo, y el número correspondiente a la sección del comentario o al ejemplo o si no están numerados, la indicación de que es único; verbigracia: artículo 6.1.3 *comentario* 2, o artículo 6.1.4 ejemplo 2, o bien artículo 5.8 *comentario* único o artículo 4.5, ejemplo único.

Los Principios no tienen validez oficial como un tratado o convención internacional; tampoco como un uso o costumbre internacional. Son, por ahora, simplemente un conjunto de reglas y comentarios que han sido aprobados por un grupo representativo de juristas de las diversas tradiciones jurídicas actuales como reglas adecuadas para los contratos comerciales internacionales. Pero pueden convertirse en reglas efectivamente aplicables a los contratos comerciales internacionales por acuerdo específico de las partes de un contrato, o bien cuando las partes hacen un acuerdo de aplicar los “principios generales del derecho”, la *lex mercatoria* u otras expresiones semejantes. En el ámbito americano, pueden llegar a ser aplicables, aunque no haya acuerdo de las partes, por efecto de la Convención Interamericana sobre La Ley Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales<sup>9</sup> que dispone que los jueces y árbitros que conocen una controversia derivada de un contrato internacional deberán aplicar, a falta de acuerdo de las partes, la ley nacional que guarde más relación con el contrato así como las reglas internacionales que suelen aplicarse a tales casos; los Principios pueden ser considerados como una de esas reglas.

A los diez años de haberse publicado, se ha publicado (2004) una segunda edición aumentada, *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, que más que una edición revisada es una

<sup>9</sup> Artículo 10 de la Convención Interamericana sobre la ley, aplicables a los contratos comerciales internacionales (México 1994) que ya ha sido aprobada y ratificada por México. Véase al respecto, Siqueiros, José Luis “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales” y Juenger, F. K. “The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Interamerican Contracts choisis of Law”, *Contratación Internacional*, México, 1998, pp. 217 y 229.

edición ampliada. En efecto, muy poco se modificó de los artículos originales, algo más de los comentarios, pero el cambio mayor fue la inclusión de nuevas materias: En el capítulo de formación del contrato (capítulo 2) se añadió una nueva sección sobre la actuación de representantes en la formación del contrato, en la que se considera la posición en que queda la parte contratante que negoció y consintió con un representante del otro contratante, sea que el representante actuara a nombre propio, sea que actuara a nombre del representado. Se añadió en el capítulo quinto, relativo al contenido de las obligaciones contractuales, una sección sobre la estipulación a favor de terceros. Y se añadieron tres nuevos capítulos: el octavo sobre compensación de deudas recíprocas provenientes del mismo contrato; el noveno, sobre cesión de créditos, transferencia de obligaciones (= a cesión de deudas) y cesión de contratos, y finalmente un capítulo décimo sobre la prescripción de las acciones contractuales derivadas del contrato.

b) En el ámbito de la Unión Europea, se ha publicado otra obra semejante denominada *Principles of European Contract Law*. Es una obra encargada por la Comisión de la Comunidad Europea. Tiene un objetivo distinto de la de UNIDROIT pues pretende formar un derecho europeo de los contratos, y no un derecho de los contratos internacionales. Sin embargo, en el ámbito de la Unión Europea, dada la diversidad cultural de los países que la componen, los principios contractuales europeos constituyen un esfuerzo de unificación importante en ese ámbito. Pretende regir, en sus líneas generales, todo tipo de contratos y obligaciones, sin distinguir si son civiles o mercantiles. Se han publicado en dos volúmenes; el primero contiene las partes I y II de la obra (1999), y el otro la parte III (2003). Las primeras dos partes contienen nueve capítulos: 1) Disposiciones generales; 2) Formación del contrato; 3) Representación y mandato; 4) Invalidez; 5) Interpretación; 6) Contenido y efecto; 7) cumplimiento; 8) Incumplimiento y tutela general de los derechos; y 9) recursos especiales en caso de incumplimiento. La tercera parte contiene los capítulos 10) pluralidad de partes; 11) cesión de créditos; 12) cesión de deudas y transferencia de contratos; 13) compensación, y 14) prescripción de acciones. Como puede observarse, el contenido general coincide con la segunda edición de los principios de UNIDROIT.

c) También en Europa, pero con carácter académico, se formó un grupo de trabajo en la Universidad de Pavía, dirigido por Giuseppe Gandolfi que ha publicado la primera parte de un proyecto para un *Code européen*

*des contrats* (Milán 2004). De esta obra sólo se ha publicado el Libro Primero, que corresponde a reglas generales de los contratos, y que está dividido en 11 títulos: 1) Disposiciones preliminares; 2) formación del contrato; 3) contenido; 4) forma; 5) interpretación; 6) efectos del contrato; 7) cumplimiento; 8) incumplimiento; 9) cesión del contrato; 10) extinción del contrato y 11) algunas anomalías y remedios. El Libro II, actualmente en preparación, pretende referirse a los contratos en particular. Es una obra más parecida a los códigos civiles y que se publica en lengua francesa.

#### IV. LA FORMACIÓN DE UNA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA

Para tener verdaderamente un derecho común en materia contractual es necesaria una jurisdicción especializada que lo aplique. En principio, cada país tiene su propia jurisdicción y sus reglas procesales, y los conflictos sobre contratos internacionales que lleguen a un juez nacional, los podrá resolver él. Tendrá que averiguar cuál es la ley o régimen jurídico aplicable al contrato, para lo cual se servirá de las Reglas de Derecho Internacional Privado, y si resulta aplicable alguna convención, costumbre o texto internacional, tendrá que resolver conforme a esas fuentes jurídicas internacionales. Pero, dada la vinculación natural del juez a sus propios precedentes y reglas del derecho nacional que usualmente aplica, se ha preferido, y es cada vez más frecuente, que los contratos internacionales contengan una cláusula que remite la decisión de los conflictos a un tribunal arbitral internacional.

Por eso, casi al mismo tiempo que se dan los primeros esfuerzos para la unificación del derecho sustantivo, se van produciendo otras convenciones que tienen como fin facilitar que los conflictos por contratos internacionales se resuelvan por medio de tribunales arbitrales.

##### 1. *La Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York, 1958)

Ha sido el instrumento más importante para promover el arbitraje comercial internacional. Actualmente son partes de ella 142 países. El obje-

to de esta convención es facilitar que las controversias puedan resolverse por medio de un tribunal arbitral. Para ello establece:

a) que se reconoce la validez de un acuerdo por el que dos personas o más señalan que las controversias que su susciten por motivo de algún contrato o acto jurídico se resolverán mediante un árbitro o tribunal arbitral; no se requiere que este acuerdo tenga alguna formalidad especial, basta con que sea por escrito, y considerando como tal el intercambio de comunicaciones, de modo que no requiere que sea un escrito firmado por ambas partes;

b) que la ejecución de un laudo arbitral extranjero no tendrá más requisitos que los que requiere un laudo o sentencia nacional

c) que para solicitar la ejecución del laudo extranjero basta la presentación de una copia del acuerdo arbitral y una copia del laudo, y

d) que sólo se podrá objetar la ejecución del laudo cuando la parte interesada demuestre: i) invalidez del acuerdo arbitral; ii) que no fue debidamente notificada del procedimiento; iii) que el litigio sobre el que versa el laudo no se refería a una materia contemplada en el acuerdo arbitral; iv) que el proceso arbitral que produjo el laudo no respetó las reglas procesales aplicables, o v) que el laudo arbitral no es obligatorio.

## *2. La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá 1975)*

Aunque la mayoría de los países americanos ya eran parte de la convención de Nueva York, se quiso hacer en el ámbito interamericano una convención con la misma finalidad de facilitar el procedimiento arbitral. Esta convención americana contiene esencialmente las mismas reglas que la de Nueva York y son parte de ella 19 estados americanos.

## *3. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976)*

Cuando las partes convienen que un conflicto se resuelva por un tribunal arbitral, es preciso definir qué reglas procesales tendrán que cumplirse. Cada una de las instituciones arbitrales tiene sus propias reglas. Con el fin de unificar las reglas procesales, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional (CNUDMI), formuló y publicó dicho reglamento. Este no es un reglamento que se aplica en dicha comisión, sino un cuerpo de reglas procesales que pueden servir como modelo para que las instituciones arbitrales definan sus propias reglas, o como un



cuerpo que puede ser invocado por las partes al hacer el acuerdo por el que remiten un conflicto a un árbitro, precisando que el procedimiento deberá cumplir el reglamento de arbitraje de dicha comisión.

#### 4. *La ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional*

Cuando las partes de un contrato acuerdan remitir las controversias al arbitraje, pero no precisan las reglas conforme a las cuales se desarrollará el proceso, entonces éste se lleva a cabo de conformidad con las leyes procesales del país donde tenga lugar el arbitraje. Con el fin de promover la uniformidad de las leyes nacionales sobre arbitraje, la misma comisión publicó (1985) esta ley modelo que fue modificada en 2006.

#### 5. Case Law on Uncitral Texts (CLOUT)

Una fuente muy interesante para conocer la efectiva aplicación del derecho contractual internacional es la base de datos que ha formado la CNUDMI sobre los casos resueltos, por tribunales oficiales y arbitrales de todo el mundo, en aplicación de las convenciones y leyes modelo preparadas por la misma comisión. Esta base de datos es a la vez una constatación del avance efectivo del proceso de unificación del Derecho contractual internacional, así como una fuente viva para irlo desarrollando.

### V. REFLEXIÓN: EL PAPEL DE LA DOCTRINA

Como se puede apreciar por lo expuesto, los esfuerzos que se han hecho para procurar un régimen contractual común han sido múltiples y constantes, y aunque ha habido algunos resultados importantes, falta mucho por hacer.

La vía de uniformar las reglas de conflicto parece un recurso hoy poco fructífero. Son muy pocos los países en los cuales se tienen reglas de conflicto uniformes, pero sobre todo, esta solución sirve sólo para mantener el viejo sistema de que cada Estado tiene su propia ley sobre los contratos. Hace falta más bien la evolución en el sentido de construir un derecho contractual supranacional. Sin embargo, mientras no se logre un derecho común, las reglas de conflicto seguirán siendo necesarias.

Por medio de las convenciones internacionales, me parece que el logro más importante, realmente de largo alcance, es la convención sobre los contratos de compraventa internacional, dada la gran aceptación que ha tenido y el número amplio de países que la han ratificado. Pero en los demás contratos no han habido buenos resultados: el contrato de transporte, en sus diversas modalidades, tiene regulaciones uniformes, con una vigencia más o menos amplia, sobre todo en Europa, pero reducida al problema de la responsabilidad del transportista por la carga. Las otras convenciones sobre contratos específicos: contrato de viaje, arrendamiento financiero, factoraje, tienen poca aplicación, y entre pocos países.

La costumbre internacional es una vía efectiva en cuanto se traduce en prácticas jurídicas comunes. De gran uso han sido y son los *Incoterms*; los contratos y cláusulas modelo, así como las guías y leyes modelo tienen una aplicación efectiva pero, por su propia naturaleza, son reglas prácticas que carecen, en conjunto, de un orden conceptual mínimo, y que en muchos casos pueden reflejar las prácticas impuestas por las partes económicamente más fuertes y no una verdadera costumbre jurídica, es decir una regla que asegure el equilibrio contractual y el beneficio recíproco.

La jurisdicción y los precedentes judiciales en la materia son una muestra de lo que va siendo efectivamente el derecho de los contratos internacionales, y a la vez una fuente para proseguir su construcción. Pero la mera acumulación de precedentes no significa nada, si no hay una reflexión sobre los mismos, que los explique o critique, y los sistematice desde una perspectiva científica.

La fuente jurídica que puede hacer realmente la construcción del derecho de los contratos internacionales, con independencia de los intereses políticos y económicos es la doctrina. Ésta consiste en la reflexión racional acerca de la justicia en las relaciones humanas, elaborada por los expertos, es decir los juristas. Actualmente, por la conformación histórica del Estado nacional moderno, se llegó a la consideración del derecho como ley, y especialmente como ley nacional, lo cual hizo que el derecho perdiera su carácter de ciencia, obra de la reflexión racional, y se convirtiera en mandato imperativo, obra de la potestad política.

Para volver a tener un derecho común (o “uniforme”, como se dice ahora) es necesario que la doctrina recupere su carácter de fuente principal del derecho, y éste se entienda, no como expresión del poder legislativa, sino como la ciencia de lo justo posible, que tiene sus propios conceptos, juicios, reglas, relaciones, métodos, como cualquier otra ciencia,

que son independientes del poder político y económico, porque están fundados en la misma realidad de las relaciones humanas y la necesidad fundamental de la justicia en los intercambios de bienes y aprovechamientos patrimoniales.

Las convenciones internacionales realizadas sobre los contratos internacionales, las costumbres recogidas, deben ser consideradas como el punto de partida para la construcción de un Derecho científico de los contratos internacionales, y no como el punto final o de llegada. La publicación de los Principios de UNIDROIT puede considerarse como un paso importante en esa dirección. Pero debe tenerse en cuenta que la ciencia jurídica no puede consistir solo en “reglas” o “artículos” de alguna ley o documento. La ciencia requiere nociones, conceptos, principios o primeras verdades, además de “reglas” o juicios. Por eso me parece necesario que se vaya haciendo una reflexión sobre lo que son los contratos, es decir sobre su naturaleza. Esta reflexión lleva a formular una definición del contrato, pero ésta no es más que la expresión reducida, sintética, de una reflexión mucho más amplia, que no puede reducirse simplemente a la discusión sobre la definición más adecuada.

Los contratos no son un invento de los legisladores, que puedan variar a su antojo, según cambien las circunstancias. Los contratos son una realidad social, es decir una relación entre personas que consiste en conductas o acciones humanas recíprocamente referidas.

Para lograr la formación de un derecho común en materia contractual, me parece que esa teoría del contrato es algo indispensable, sin lo cual no se logrará el resultado apetecido. A partir de ella, y considerando las demás fuentes del derecho contractual internacional, (las convenciones internacionales, la costumbre recogida, las decisiones de los tribunales), se podrá ir construyendo una doctrina jurídica común sobre los contratos internacionales, que pueda permanecer, como opinión común compartida, no obstante los cambios que pudieran darse en las otras fuentes y como resultado del juego de los intereses políticos y económicos.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Véase mi “Esbozo de una teoría del contrato”, *Ars Iuris*, núm. 33, México, 2005, pp. 43 y ss.; donde propongo que el contrato es la obligación recíproca consensualmente contraída, que se distingue de los negocios en los que sólo una parte está obligada, como el mutuo; que sus tipos principales se reducen a tres arquetipos: contratos de intercambio de bienes, contratos de representación y contratos asociativos; y que su régimen principal sigue tres principios: consensualidad, equidad en las prestaciones y responsabilidad agravada por incumplimiento.