

LA CONTRATACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ¹

Hernany Veytia Palomino

Sumario: I. Formación del contrato; II. La buena fe; III. La internacionalidad del contrato; IV. La autonomía de la voluntad; V. La convención de Roma; VI. La vía del derecho uniforme.

I. FORMACIÓN DEL CONTRATO

Si a un abogado se le cuestiona sobre la naturaleza de un contrato seguramente afirmará que se trata del acuerdo de dos o más partes para crear o transmitir derechos y obligaciones. Sin embargo, se corre el grave riesgo de olvidar su verdadera esencia, lo que hace que un contrato sea un contrato y no otra cosa diversa. El contrato es antes que nada un instrumento para el intercambio de mercancías, servicios o dinero. Un hecho que se corrobora diariamente en el comercio internacional es que vivimos y nos movemos en un mundo de contratos, pero no necesariamente en el del derecho de los contratos ².

Los comerciantes frecuentemente utilizan contratos para llevar a cabo sus operaciones. Pero no debemos olvidar que en la práctica contractual internacional, cada vez es más común el recurso a los

¹ Este escrito reproduce en gran medida la conferencia dictada el 2 de diciembre de 1992, en la II Universidad de Roma, dentro del seminario **Diritto dell'integrazione e unificazione del Diritto**.

² Esto es tan cierto que todo abogado conoce la frase latina *Ubi societas ibi ius*. Donde hay sociedad existe el Derecho. Sin embargo, recuérdese que primero es la vida y después es la norma.

usos y a las reglas del comercio internacional. Se habla frecuentemente de una *nova lex mercatoria*, incluso se le ha llegado a considerar un ordenamiento jurídico autónomo y autosuficiente...³.

El contrato más frecuente, como es de suponerse, es el de la compraventa internacional de mercaderías⁴. En este tipo de contratos, los comerciantes suelen llegar al acuerdo por medio de teléfono o fax, estableciendo así los linchamientos más importantes del contrato –los que conocemos como elementos esenciales del contrato–, dejando los otros elementos contractuales pendientes de ser precisados en un contrato estándar que acompaña o sigue a la oferta aceptada.

Existen, por otra parte, contratos de formación progresiva, como el caso de transferencia de tecnología, de arrendamiento financiero o financiamiento internacional en los que las partes se intercambian numerosas propuestas y contrapropuestas, de sus respectivas condiciones generales de contratación –a este fenómeno se le conoce como *battle of the form*–; en esta guerra de formas, quien propone el último modelo de contrato, el llamado *last shot*, es quien «gana» la negociación⁵.

Nuestro código civil, siguiendo al francés y compartiendo el criterio de la Corte de Casación italiana, establece en su artículo 1810, la tan criticada *mirror image rule*:

«El proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe modificación de la primera. En este caso la respuesta se considerará como nueva proposición».

³ Cfr. al autor de la peculiar expresión *lex mercatoria*, el profesor Goldman, en «La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalité et perspective», en **Journal droit internationaux**. 1975, p.475 ss.

⁴ México es signatario de la Convención de Naciones Unidas sobre esta materia y actualmente es derecho vigente en nuestro país.

⁵ Cfr. Draeta, Ugo. «Gli usi del commercio internazionale nella formazione dei contratti internazionali», en **Fonti e Tipi del Contratto Internazionale**. Milano. EGEA, 1992, p.56.

Por lo que podría pensarse que es indispensable la total identificación de la aceptación a la oferta. Sin embargo, si se tratara de materia internacional y fuera aplicable, *la Convención de la ONU en materia de compraventa internacional de mercaderías* sólo sería necesario que coincidieran los elementos esenciales, ya que el artículo 19 de esta Convención sigue a la doctrina más reciente en materia de aceptación:

«La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren substancialmente los de la oferta constituirá aceptación, a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido».

Uno de los fines del derecho, además de la justicia, es la certeza jurídica. El criterio de nuestro código civil, indudablemente, coadyuva a la certeza y seguridad jurídica. Sin embargo, la celeridad que requiere el comercio internacional hace imprescindible que la negociación, celebración y ejecución del contrato se realicen sobre la base del principio de la buena fe y de acuerdo a derecho. Como lo afirma Ole Lando al comentar el famoso caso *Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co., Ltd*⁶.

⁶ Lando, Ole, «Contracts» en *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. III. Private International Law. The Hague. 1976.

Los hechos de este caso sucedieron en 1939. Recuérdese que el certificado de embarque usado para transportar cierta mercancía registrada en Nueva Escocia, de Newfoundland para Nueva York, contenía una cláusula que incluía la elección de la ley Inglesa para la interpretación y ejecución del contrato. *Vita Food Products, Inc.* acudió a los tribunales para pedir que se aplicara la ley de Newfoundland, ya que no existía ningún punto de contacto con Inglaterra. Pero, *Unus Shipping Co., Ltd*, quiso hacer valer el principio de la autonomía de la voluntad, las partes habían decidido sujetar el contrato a la ley inglesa y bastaba eso para que dicha ley fuera la aplicable. Los tribunales ingleses intentaron establecer que en el comercio internacional aquello que las partes eran libres de elegir la aplicación de la ley inglesa. (Como dato extra recordemos que a Inglaterra entraban fuertes divisas por pagos judiciales extranjeros). Más tarde, en otro caso, este criterio de los tribunales ingleses se inclinó a pensar que no se permitiera a las partes elegir una ley de un país con la que no presentara ningún punto de contacto y consideraban que era necesario que criterios más «objetivos» que la voluntad de las partes fuera el que regulara el contrato. Westlake, en concreto, dijo que la ley que siempre debería aplicarse es aquélla con la que el contrato tiene su vínculo más estrecho *—it's most real connection*.

II. LA BUENA FE

Más que un estudio sobre el principio de buena fe en materia de derecho internacional, ya sea el llamado público o privado, es necesario precisar su concepto y justa dimensión en el derecho interno, para después integrarla a la mecánica de los contratos internacionales.

De una u otra forma se podría afirmar que el eje de los principios generales del derecho en el derecho privado es la «buena fe». Sin embargo este término también requiere ser precisado. Tarea difícil, porque el código civil italiano, por ejemplo, la menciona cerca de setenta veces. La doctrina de todos los tiempos liga a la buena fe los principios éticos como la honestidad, la lealtad y el comprometerse a la palabra dada. Es la encarnación del hombre *prudens, peritus, diligens*.

Lo contrario a la buena fe podría pensarse que es la mala fe, ya que quien actúa de mala fe, traiciona los ideales éticos y morales de la convivencia en sociedad. El concepto de buena fe ha sido desarrollado por los romanistas, pero sobre todo por los canonistas, quienes suelen buscar los motivos de buena fe en la buena «intención» de la persona.

En la doctrina de tiempos pasados sobre el negocio jurídico nunca falta considerar al error, al dolo y a la mala fe, como vicios del consentimiento. Todos nuestros códigos latinoamericanos consideran motivo de invalidez relativa a quien actúe bajo estos «engaños». Sin embargo, siempre se considera a la mala fe un «hecho objetivo», en cambio se pide un comportamiento subjetivo de buena fe.

No obstante lo anterior, nos vemos en la necesidad de precisar el tiempo en que se está obligado a actuar de buena fe. La elección de las partes siempre deberá ser legítima, de buena fe y no en fraude a la ley. Lo ideal sería que la vida del contrato girara en torno al eje, al principio de la buena fe, y la pudiéramos encontrar en la fase preliminar, en el momento de celebrarse, y durare hasta que cesaran los efectos del mismo. Sin embargo, conviene detenernos unos momentos en este punto:

Tanto el código civil y penal mexicanos, como los italianos, tienen ambiguas expresiones en torno a la buena fe, tales como «a quien actuando de buena fe», «si el poseedor es de buena fe»... refiriéndose a la buena fe como quien actúa con ignorancia o inexperiencia.

En cuanto a la ejecución del contrato, podría decirse que quien utiliza un derecho con el único propósito de causar un daño a otro no actúa de «buena fe», pero esto no quiere decir que el ejercerlo sea actuar con «mala fe», tan no lo es que en la doctrina es conocido como «abuso de derecho».

III. LA INTERNACIONALIDAD DEL CONTRATO

El término «internacional» utilizado como adjetivo de ciertos contratos, podría indicar que se trata de contratos celebrados entre diversas naciones, por lo que el calificativo más idóneo sería el de «transnacionales», sin embargo, por ser el vocablo que generalmente se usa en el medio es el que utilizaremos en lo sucesivo.

Tradicionalmente se ha dicho que un contrato es internacional cuando presenta puntos de contactos con más de una nación, y que es necesario saber cuáles y cuántos son esos puntos de contacto, para determinar «el centro de gravedad», la ley aplicable a ese contrato. Sin embargo, para quien no se encuentre familiarizado con esta expresión, puede parecer una contradicción, ya que la vida de un contrato no puede desarrollarse en la anarquía. De todo contrato se espera que se desarrolle en un orden jurídico preexistente ⁷.

Sergio Carbone y Riccardo Luzzato ⁸, opinan que no basta la voluntad de las partes y menos aún la nacionalidad de ellas para que

⁷ De gran interés resultan los comentarios de Jean-Flavien Lalive en su curso: «Contrats entre états ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents» (**Recueil des Cours, collected courses of the Hague Academy of International Law**). 1983. III. T. 182 de La collection. La Hague/Boston/London. 1984, p.46.

⁸ «I Contratti del Commercio Internazionale», in **Trattato di Diritto Privato. Obbligazioni e contratti, a cura di Pietro Rescigno**. Milano, UTET. t. III, 1985, p.122.

un contrato nacional sea internacional, ellos aseguran que es necesario algún otro elemento en el contrato ⁹ que presente algún punto de contacto con una segunda nación, ya que de otra forma se propiciarían fraudes a la ley, por ejemplo en materia fiscal.

Si nos preguntáramos qué ley debe aplicarse a un contrato celebrado entre la filial costarricense de una empresa canadiense que contrata con una sociedad italiana en México que surtirá efectos en el Perú, Chile y el Japón, la solución, en realidad, no resuelve un problema nuevo.

Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) ¹⁰, se había formulado una pregunta muy similar y la resolvió mediante su famoso principio de *Lex loci contractus*, el lugar de celebración del contrato. Posteriormente, Savigny encontró la respuesta en la *lex loci executionis*, lugar de cumplimiento del contrato. Von Bar y Zitelman, en la ley del domicilio de los contratantes. Tampoco debemos olvidarnos de Bartolomeo da Saliceto y de Rocco Cursio (siglo XV), de Dumoulin (siglo XVI) y la jurisprudencia inglesa de los siglos sucesivos para quienes la ley aplicable a cada contrato es diferente para cada contrato, dependiendo de la especie del contrato *propter law*.

⁹ En contra, Bonell, quien comentando el artículo 3° *comma* 3, de la Convención de Roma, afirma que dicho artículo no fija límite para la elección de la ley, a diferencia de un cierto número de legislaciones nacionales: «L'esempio piú evidente é dato dallo *Uniform Commercial Code* degli Stati Uniti, il quale limita la libertà delle parti di scegliere il diritto applicabile a quei ordinamenti con i quali la singola transazione presenti una *reasonable relation* (& 1-105); ma vedi anche & 187(2) del Restatement (Second) of *Conflicts of Law*, il quale richiede che il diritto scelto abbia una "substantial relationship" con le parti o la transazione stessa, oppure vi sia un'altra "reasonable basis" per la scelta delle parti» Bonell, Michael Joachim, «L'impatto de diritto uniforme sui diritti nazionali: Il caso emblematico della convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e della convenzione di Roma sul diritto applicabile», en **Rivista di Diritto Civile**. Padova. Anno XXXVIII. N.3. maggio-giugno 1992, p.261 y ss.

¹⁰ Batiffol, Henri, **Les Conflits de Lois en matière de contrats. Etude de Droit International privé comparé**. Paris. Librairie du recueil. Sirey. 1938, p.19 y ss.

En cambio en el siglo pasado, la Escuela italiana concretamente Mancini ¹¹, se inclinaba por la ley elegida por las partes, el llamado *principio de autonomía de la voluntad*.

En Italia, desde el Código Civil de 1865, un contrato podía regirse por la voluntad de las partes, artículo 9. Este principio enunciado por Mancini también lo sigue el actual C.C. italiano de 1942, en su artículo 25 ¹².

IV. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Antes de seguir adelante, convendrá hacer una breve reflexión en torno a la autonomía de voluntad en derecho interno, para después retomarla en el marco internacional.

Casi la totalidad de los autores al tratar la voluntad contractual le anteponen el adjetivo de autónoma, por eso nos referiremos a esta llamada autonomía.

La raíz etimológica de la autonomía hace referencia a «dictarse leyes a sí mismo» e, indudablemente, autonomía significa facultad de autodeterminarse, conforme a los propios intereses. Es autónomo aquel que tiene la libertad para optar entre ejercitar un derecho o no y también sobre cómo ejercitarlo. En el ámbito jurídico mencionar la autonomía es lo contrario a lo reglamentado. Por eso hablar de autonomía privada parece dejar a un lado la intervención de la ley, con todas las implicaciones que esto tiene el ámbito económico, social y jurídico.

¹¹ Cfr. Benedetto Conforti, «La volontà delle parti come criterio di collegamento», en **La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali Consiglio nazionale del Notariato**. Milano. Giuffrè. 1983.

¹² Bonell, Michael Joachim, «The law applicable to international commercial contracts: The Standpoint of Italian Doctrine and case-law», en **Juristische fakultät Basel**. Helbing & Lichtenhahn. 1983, p.13 y ss.

Un punto de gran interés es el de los efectos de la voluntad de las partes. ¿Los efectos jurídicos son fruto directo e inmediato de la voluntad de las partes o únicamente se producen por disposición de la ley?

La contestación de esta pregunta se la dejaremos a los filósofos del derecho. Nosotros, para efectos de este trabajo, nos limitaremos a decir que si nos inclinamos a que los efectos se producen por la voluntad de las partes, nos estaremos acercando a la concepción kantiana que dio origen al liberalismo y a la exaltación de la voluntad de las partes sobre todo principio; en cambio, si decimos que se producen por disposición de la ley no estamos muy lejos del pensamiento kelseniano del Derecho. Por eso nosotros simplemente apuntaremos que los efectos de la manifestación de la voluntad se producen por la voluntad de las partes, pero de una forma subsidiaria se encuentran las disposiciones de la ley. Aquí también nos encontramos en la frontera del derecho público y del derecho privado. En cuanto al aforismo de que «en el contrato la voluntad de las partes tiene fuerza de ley», más bien parece un pleonismo, o por lo menos un artículo con cierto sabor retórico, como opina Gazzoni¹³. La autonomía contractual incluye: a) libertad de celebrar o no el contrato; b) libertad para fijar el contenido; c) libertad de escoger con quién contratar; d) la libertad de dar vida a contratos atípicos y en materia internacional la posibilidad de elegir la ley de la nación que será aplicable al contrato celebrado.

Frente a esta libertad, existe una serie de limitaciones en cada una de estas hipótesis que el legislador de cada nación ha fijado. Como ejemplo mencionaremos el orden público nacional e internacional.

¿Hablar de acuerdo de voluntades es lo mismo que un acuerdo de las partes?

¹³ Gazzoni, Francesco, **Manuale di diritto privato**. Roma. Edizioni Scientifiche italiane, p.719.

La doctrina y legislación austriaca hablan de *wahre Winwilligung*¹⁴, es decir que califican al acuerdo de: libre, serio, determinado y comprensible. La doctrina suiza habla del acuerdo como la manifestación concordante con la recíproca voluntad.

Aunque para el *common law* la conclusión de un contrato se lleva a cabo únicamente con el acuerdo (*agreement*), a condición de que sea *definite and certain to be legally enforceable*. Esto significa que el acuerdo parcial no crea el vínculo, como en el caso de que las partes hayan decidido renegociar el contenido de algunas cláusulas. En el mundo anglosajón un acuerdo al que se llegará en el futuro no es aún acuerdo y, por lo tanto, no tiene fuerza vinculante entre las partes.

Cuando se habla de voluntad expresa, nos referimos a la manifestada en forma escrita o de otra manera, ya sea tácita¹⁵ o implícita, de la manera que lo establece el artículo 1839 del C.C. mexicano:

«Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley».

Sin embargo, siempre queda excluida la voluntad presunta¹⁶, nuevamente citaremos el código civil mexicano, en su artículo 1852:

«Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar».

¹⁴ (& 869 ABGB), citado por Ferrari en *Atlante di Diritto comparato*, Padova. Zanicheli, p.70.

¹⁵ Ole Lando otorga una especial importancia a la *tacit and presumed intention* de las partes al contratar. Especialmente en lo referente a los contratos de adhesión. Cfr. «The Conflict of Law of Contracts General principles», en *Recueil des Cours-Collected courses of the Hague Academy of International Law*. 1984. VI. Tome 189 de la collection. Martinus Nijhoff publishers. Dordrech/Boston/London. 1988, p.392-394.

¹⁶ Aunque a decir verdad es muy difícil demostrarla, como opina Curti Gialdino: «La voluntad presunta, en realidad no es voluntad ya que ésta nunca se ha manifestado». Cfr. «La volonté des parties en droit international privé» en *Recueil des Cours, Collected courses of the Hague Academy of International Law*. 1972, III, Tome 137 de la collection. Sijthoff, Leyde, p.760.

Sin embargo, la doctrina, principalmente la francesa, ha dado especial importancia a la voluntad hipotética. Un ejemplo curioso de la voluntad no manifestada por las partes lo encontramos al final del artículo 1424 del C.C. italiano ¹⁷.

Rabel ¹⁸, sobre las diversas formas de presentar esta voluntad hipotética, cita lo siguiente:

«The intention which would have been formed by sensible persons in the position of X and A if their attention had been directed to contingencies which escaped their notice (Dicey),

What the parties would have determined in reasonable and fair consideration of all circumstances (the German Reichsgericht).

“The law which the parties reasonable could and should have expected to be applied”; or the “law which the parties would have declared applicable if they had thought at all of stipulating on the question” (the Swiss Federal Tribunal).

The law upon which the parties “might be supposed instinctively to rely”, the variant of a judge of the High Court of Australia, apply explaining the net result of the English rule».

Las sentencias internacionales ¹⁹ sobre este tema son muy elocuentes, pero sobre todo debe tomarse en cuenta que en la doctrina existen varias opiniones acerca de la designación del ordenamiento sobre la base del cual se debe manifestar la voluntad, puesto que la mayoría de los tratadistas se inclinan a pensar que deben seguirse los criterios del ordenamiento al cual se somete el contrato.

¹⁷ «El contrato nulo puede producir los efectos de un contrato diverso, del que contenga los requisitos sustanciales y formales, sin embargo, tomando en cuenta lo deseado por las partes, deberá considerarse lo que éstas hubieran deseado de haber conocido la nulidad».

¹⁸ Rabel, Ernst, **The conflict of Laws, a comparative study**. Ann Arbor, University of Michigan Law School. 1947, p.431.

¹⁹ Cfr. Rabel, **op.cit.**, pp.432-435. Obra de gran importancia ya que sirvió de fuente directa a Giuliano para preparar su informe.

Puede darse que las partes no hayan expresado la voluntad de sujetar el contrato a determinada ley y jurisdicción, o que dicha elección no haya sido válida, en ese caso nos encontramos ante el llamado contrato sin ley.

De gran interés resulta la opinión de la Corte Federal alemana. La jurisprudencia de este país ha determinado que la elección de la ley es facultad de las partes y tiene el único límite del orden público. Además, por supuesto, se requiere que las partes tengan un legítimo interés. La elección de la ley se debe realizar por acuerdo de las partes, mismo que es diferente del acuerdo que da origen al contrato. Esto se demuestra porque es posible, incluso, hacer la elección de la ley aplicable en diferente momento.

V. LA CONVENCIÓN DE ROMA DE 1980

En el marco de la Comunidad Europea existe una Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Fue presentada para firma en la ciudad de Roma el 19 de junio de 1980 y entró en vigor el primero de abril de 1992, por lo que aún no se cuenta con el suficiente tiempo de vigencia para probar o no su utilidad.

En esta Convención se establece, una vez más, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para que al momento de celebrar el contrato, o después, fijen la ley que rijan a todo o una porción del contrato. En su artículo 3 establece:

«1. Il contratto é regolato dalla legge scelta dalle parti. La scelta dev'essere espressa, o risultante in todo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto, ovvero a una parte soltanto di esso.

2. Le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo regolava in precedenza, vuoi in funzione di una scelta anteriore secondo il presente articolo, vuoi in funzione di altre disposizioni della presente convenzione. Qualsiasi modifica relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla

conclusión del contrato, no indica la validez formal del contrato ai sensi dell'articolo 9 e non pregiudica i diritti dei terzi.

3. La scelta di una legge straniera ad opera delle parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate "disposizioni imperative".

4. L'esistenza e la validità del consenso delle parti sulla legge applicabile al contratto sono regolate dagli articoli 8, 9 e 11».

El análisis de este artículo es de gran interés. Como se sabe, la doctrina siempre ha considerado al consentimiento un elemento esencial del contrato, a la voluntad libre de vicios un elemento de validez; sin embargo, la elección de la ley aplicable al contrato y la jurisdicción competente nunca se menciona ni siquiera como elemento accidental. Lo cual implica que si las partes no acuerdan qué ley es aplicable ese contrato no está viciado de nulidad. Por otro lado, diremos que la Convención de Roma permite la elección de dos o más leyes para las diferentes partes del contrato (artículo 3&1). Sin embargo no debemos olvidar que esto debe hacerse con sumo cuidado ya que el contrato, como decíamos al principio de este trabajo, es un instrumento para lograr los fines de las partes y resulta peligroso interpretar por «pedazos» un contrato.

No obstante, si las partes no eligen la ley aplicable o si dicha elección resulta inválida, se aplicará la ley con la que el contrato presente el vínculo más estrecho. Pero si una parte del contrato presenta un *vínculo más estrecho* con otro país, será posible que a esa parte se le aplique, en vía de excepción, la ley del otro país. Sería el caso de un contrato en que se le aplicarían las normas de un país para todo lo referente a la celebración, por lo que se aplicarían las normas de dicho país en todo lo referente a la forma y, en cambio, la ejecución del contrato se podría regir por otra ley.

El criterio del vínculo más estrecho es, pues, un criterio subsidiario y se entiende que es el «más estrecho» punto de contacto del país

en donde se efectúe la «prestación característica» —aquella no consistente en dinero—, donde la parte que presta dicha «prestación característica» tenga su domicilio o si se trata de una sociedad, asociación o persona jurídica, en donde tenga su administración central (artículo 4 de la Convención de Roma).

Según el informe Giuliano-Lagarde ²⁰, «el concepto de la prestación característica básicamente liga el contrato con el medio socioeconómico del cual forma parte, dándole precisión y objetividad al impreciso concepto de “los vínculos más estrechos”, perdiendo importancia el lugar donde se llevó a cabo el acto y concediendo mayor jerarquía a la residencia habitual, administración central o establecimiento principal de la parte que debe realizar la prestación esencial, pauta para *localizar* geográficamente el contrato».

Los criterios del vínculo más estrecho y de la prestación característica han sido muy criticados por varias razones, entre ellas que hablar de un vínculo más estrecho es tan genérico como decir que se aplicará el «mejor vínculo» o el «vínculo más idóneo» y, por otra parte, existen contratos en donde no interviene el dinero como contraprestación, como el contrato de permuta. Además es preferir aplicar, por lo general, el derecho de la parte más fuerte.

Cuando es imposible identificar la prestación característica y todas las circunstancias llevan a la conclusión que el contrato tiene lazos más estrechos con otro país, las presunciones se ignoran y sólo se aplica la ley que, a criterio del juez, tiene los vínculos o conexión más próxima con el contrato (artículo 4). Pero obviamente, para los países de *civil law*, donde el juez aplica el código, puede llegar a crear cierta inseguridad jurídica, ya que dependerá de la discrecionalidad del juez el «vínculo más estrecho».

²⁰ Este informe forma parte de los trabajos preparatorios de la Convención de Roma y puede consultarse en *Atti del Convegno di Studi Tenutosi a Roma nei Giorni 21-22 Gennaio 1983*. Milán. Giuffrè 1983, p.459 y ss.

VI. LA VÍA DEL DERECHO UNIFORME

Como puede verse, no es una tarea fácil encontrar la piedra filosofal del mejor criterio conflictual en materia contractual. Todos presentan ventajas pero también puntos débiles, por eso pensamos que otra vía para dar una respuesta a la problemática que presenta la contratación internacional es el derecho uniforme; ya que, una vez unificadas las legislaciones nacionales, resultaría inútil ponerse a elegir aquella aplicable al contrato, puesto que fuera cual fuera la que se aplicara, su contenido sería igual a la de todas las demás. Este remedio tampoco es inobjetable, ya que siempre existirían disposiciones que impliquen un conflicto de leyes, como lo sería incluir las disposiciones siguientes:

- «El contrato se perfecciona mediante su inscripción en el Registro local.
- »Declarada la nulidad del contrato por el juez local, las partes quedarán en la misma situación que tuvieran si el contrato no se hubiera celebrado.
- »En caso de suspensión de garantías la obligación no será exigible en el territorio del Estado mientras dure dicho estado de emergencia.
- »La deuda estipulada en moneda extranjera debe ser pagada en moneda local al tipo del día de su vencimiento.
- »En todos estos casos siempre sería necesario determinar cuál es la ley aplicable para determinar dicha localidad para los actos jurídicos».

Finalmente, diremos que existe una solución menos utópica que la anterior: la de elaborar una legislación extra nacional para los contratos internacionales, que podría ser una Convención internacional, de la misma forma de la Convención de la ONU para la compraventa internacional de mercaderías. Si se firmara una convención, cada

Estado conservaría su propia legislación para regular todos los contratos nacionales, pero los internacionales, en cambio, quedarían bajo la tutela de un ordenamiento internacional.

Ésta es la postura que actualmente sustenta el UNIDROIT²¹, y que pretende codificar las reglas uniformes del comercio internacional en unos «principios para los contratos comerciales internacionales» en los que después de un profundo examen del derecho comparado proponen normas para la celebración, validez, cumplimiento, incumplimiento e interpretación de los contratos internacionales.

El presente artículo ha pretendido dar un esbozo de la problemática que presenta para los contratos superar las barreras nacionales. Para terminar, enunciaremos un consejo que daba cierto profesor italiano: «explicar cualquier tema con tal sencillez que incluso pueda entenderlo un jardinero». Esperamos que la lectura de este trabajo no haya dado la impresión de haber andado por las ramas.

© Índice General
© Índice ARS 10

²¹ En el Instituto para la Unificación del Derecho. Los siguiente profesores formaron un grupo de trabajo en 1980, para presentar el proyecto: Ulrich Drobnig, Director at the Max Planck-Institut für ausländischer und internationales Privatrecht, Hamburg; Marcel Fontaine, Director of the Centre de droit des obligations, Louvain-La-Neuve; Ole Lando, Director of the Institute of European Market Law, Copenhagen; Dietrich Maskow, Director of the Institut für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung Postdam; Babelsberg and Jerzy Rajski, Director of the Intitute of Comparative Civil Law, University of Warsaw. Subsequently the Group was joined by Professor C. Massimo Bianca, University of Rome I; Mr. Patrick Brazil, former Secretary to the Attorney General's Office, Camberra; Professors Paul A. Crépeau, Director of the Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec; Adolfo Di Majo, University of Rome I; E. Allan Farnsworth, Columbia University, New York; Michael P. Furmston, University of Bristol; Arthur Harkamp, Advocate-General of the Supreme Court of the Netherlands; Dr. Huang Danhan of the Department of Treaties and Law, Ministry of Foreign Economic Relations and Trade, Beijing; Professors Alexander S. Komarov, URSS, Academy of Foreign Trade, Moscow; Denis Tallon, Director of the Institut de droit comparé de Paris; Mr. Tony Wade, Deputy Director of the Asser Institute, The Hague; and Mr. Wang Zhenpu, Deputy Director of the Departament of Treaties and Law, Ministry of Foreign Economic Relations and Trade, Beijing. J. Bonell: «A "Restatement" of Principles for International Commercial Contracts: an Academic Exercise or a Practical Need?», en **Fonti e Tipi dei Contratto Internazionale**. Milano. EGEA. 1992.