

Diversidad y uniformidad legal en materia de obligaciones contractuales.

Un análisis desde el punto de vista del derecho internacional privado

*William Fernando Martínez Luna**

Resumen

La globalización transformó el tradicional modelo de comercialización internacional, pues eliminó o disminuyó las fronteras físicas y legales de los intercambios internacionales. Sin embargo, aunque se avanza en la conformación de un mercado único, las normas jurídicas no han prosperado al mismo ritmo de la realidad comercial para brindarles a los intervinientes del comercio transnacional la idónea seguridad legal. El presente estudio pretende analizar el estado actual de las disposiciones que regulan la contratación internacional

* Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, máster en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, máster en Derecho de los Negocios y Litigación Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid), abogado de la Universidad Santo Tomás sede Bucaramanga, profesor de tiempo completo de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Correo electrónico: williamf.martinezl@utadeo.edu.co

desde el punto de vista del derecho internacional privado, con el objetivo de descubrir la relación entre las normas materiales uniformes y las normas de conflicto uniformes.

Palabras clave: derecho internacional privado, normas de conflicto, contratos internacionales.

Abstract

Globalization has transformed the traditional model of international trade, eliminating or reducing the physical and legal borders to international trade. While the unique market is pretended, the law has not increased with the commercial reality to provide to the participants of transnational trade legal certainty. This paper aims to analyze the current state of the rules governing the international contracts from the point of view of private international law, in order to discover the relationship between uniform substantive rules and uniform conflict of law rules.

Keywords: international private law, conflict of law rules, international contract.

Introducción

Determinar la ley aplicable a los contratos internacionales con un alto grado de previsibilidad, ha sido uno de los grandes retos del derecho internacional privado, pues los contratantes necesitan conocer *ex ante* la ley nacional que dirimirá los futuros conflictos que se presenten en el desarrollo de las operaciones comerciales transnacionales, de no ser así, deberán enfrentar un proceso jurídico con la incertidumbre de que una ley foránea, regule su comportamiento comercial. Lo anterior, representa un enorme perjuicio para el comerciante transnacional, ya que deberá sumar a los costos propios de la operación, la asesoría jurídica internacional, así mismo, no podrá adaptar su conducta comercial a las disposiciones legales que en última instancia serán las que den solución al problema.

La raíz de esta dificultad se encuentra en la pluralidad normativa. En efecto, como el contratante realiza una operación comercial vinculada con más de un país, y cada uno de ellos tiene sus propias normas jurídicas independientes y ubicadas en un mismo rango de importancia, se necesita establecer cuál norma de esas naciones, será la que zanjará los problemas jurídicos que se presenten en el desarrollo del contrato. Para solucionar el conflicto de leyes, el derecho internacional privado ha utilizado principalmente dos fórmulas distintas: las normas materiales uniformes y las normas de conflicto uniformes. De esta manera, se fijan dos métodos considerados antagónicos, pues el primero representa la idea de la uniformidad legal, mientras el segundo sigue la corriente de la diversidad normativa.

El presente artículo pretende estudiar el impacto que han tenido las normas materiales uniformes y las normas de conflicto uniformes en la solución de la disputa de leyes, a fin de establecer si la uniformidad legal eliminará o disminuirá la pluralidad normativa.

Rasgos del derecho del comercio internacional

Desde hace varios años la sociedad mundial experimenta un acelerado proceso evolutivo que se conoce como globalización, que afecta no solo al tradicional modelo del comercio transnacional, sino que incide de modo directo en el ciudadano, pues aunque manifiesta un carácter general, es fundamentalmente un “fenómeno social” (Calvo y Carrascosa, 2003). Este proceso de “mundialización” ha venido prescindiendo de “las barreras económico-políticas a la libre circulación de factores productivos” (Carrascosa, 2004) y ha provocado la reducción de las distancias físicas mediante el uso de los avances tecnológicos, en especial del sector de las telecomunicaciones. Por tal motivo, a pesar de que la tierra continúa fraccionada en Estados, cada uno con su poder ejecutivo, legislativo y judicial independiente, esta segmentación del territorio se considera hoy en día “artificial”, desde dos ópticas diversas: la económica y la personal. En el primer caso, las fronteras políticas no impiden la existencia de un mercado global, pues al suprimirse los muros a los intercambios comerciales transnacionales, los factores de producción pueden circular sin restricciones. En el segundo, los ciudadanos pueden relacionarse libremente sin que los límites territoriales sean ahora un obstáculo insalvable. Es por eso que el fenómeno de la globalización potencia las relaciones internacionales en el ámbito personal, pero en particular en el ámbito patrimonial (Carrascosa, 2004). Esto estimula la liberalización de los intercambios comerciales, incrementando el número de las transacciones internacionales de bienes y servicios, y a su vez, extendiendo el flujo transfronterizo de capitales que se desarrollan ya no en mercados individuales y perfectamente delimitados, sino en una irreversible propensión al mercado único (Carrascosa, 2004).

El comercio internacional se ha constituido en el pilar más trascendente de la economía de un Estado. Aunque todas las actividades económicas favorecen la prosperidad de un país, el comercio transnacional se ubica en el punto más alto de importancia, toda vez que le permite a la población disfrutar de bienes y servicios que de otro modo les hubiese resultado imposible, ya sea por la ausencia de las materias primas idóneas, o por la falta de la tecnología necesaria para su producción. Precisamente esta demanda internacional de bienes y servicios es el motor que impulsa la economía haciendo viable su crecimiento, generando más y mejor empleo, y en definitiva, forjando riqueza para las naciones (Chuah, 2009). Por esta razón, el proceso de globalización y descentralización productiva estimula una verdadera revolución, no solo en la manera de desarrollar el comercio internacional, el cual adquiere un prominente grado de libertad, sino en la facilidad con que la población accede a los bienes y servicios (Serrano, 2011). Es por eso que la globalización aumenta el bienestar de la población, al expandir el espacio donde los particulares

pueden realizar el intercambio de sus recursos con un elevado grado de independencia (Carrascosa, 2011).

Lo precedente ha generado la revalorización de la empresa, pues ahora se aprovechan las múltiples oportunidades que ofrece el mercado internacional. La internacionalización de las compañías debe soportarse en un completo estudio del mercado donde se pretenden introducir, y en un análisis exhaustivo del medio de penetración más apto conforme con el concreto modelo de negocio. Así, la empresa puede acudir a distribuidores independientes, o por el contrario, utilizar agentes que conservan un alto grado de dependencia, puede emplear también modelos de colaboración empresarial como la franquicia, la prestación de servicios, o el establecimiento de sucursales o filiales, etc. (Fernández, 2000).

Justamente en este entorno de comercio internacional se encuentra la figura jurídica que posibilita los intercambios comerciales transnacionales: el contrato internacional. El contrato es la herramienta jurídica que hace posible el tránsito de los valores patrimoniales internacionales, es decir, permite la circulación de cosas, servicios y derechos entre personas naturales o jurídicas ubicadas en países diferentes, dotando de seguridad y agilidad estos vínculos comerciales internacionales. La relevancia del contrato en el modelo de comercio internacional globalizado es indiscutible. En el actual escenario económico donde existe una creciente competitividad, y donde las transacciones comerciales son cada vez más ágiles y complejas, notoriamente se ven incrementados los riesgos en los intercambios internacionales. Es por ello que el contrato cobra significado como medio vital de previsibilidad y seguridad, ya que los contratantes a la hora de concluir un acuerdo, tienen la posibilidad de calcular y valorar los escollos de la operación (Guzmán, 2004). Si se cuenta con un contrato adecuado, se evitarán futuras complicaciones que amenacen la colaboración comercial (Roca, 1994).

Toda actividad comercial tiene inmersa una serie de contingencias, las cuales producen que el empresario despliegue su actividad en un ambiente de incertidumbre (Hernández, 2003). Sin embargo, el comercio internacional supone asumir unos mayores riesgos en la transacción, ya que sin duda esta relación comercial transnacional le genera más inseguridad que una operación comercial de ámbito nacional, pues se le suman las coyunturas propias del comercio exterior. Empero, un empresario estará dispuesto a asumir riesgos superiores si encuentra que no obstante las dificultades, la transacción le traerá beneficios, *ad ex*, como la apertura de nuevos mercados que redundará en más ventas (Ballesteros, 1998). Por lo tanto, toda actividad de comercio transnacional dependerá de la valoración y el manejo de la contingencia, pues dicha valoración influye directamente en los costos de la actividad comercial.

El comercio internacional evidencia principalmente dos clases de riesgos: el de la transacción comercial y el de litigar por fuera de las propias fronteras. Una transacción comercial internacional le impone al empresario contraer un enorme riesgo, pues debe enfren-

tar los aranceles que determine el gobierno receptor, asumir restricciones comerciales de carácter cuantitativo y cualitativo, encararse a un consumidor con diferentes preferencias, sobrepasar las barreras de tipo técnico, entre otras (Rühl citado en Basedow y Zimmermann, 2012). Pero se estima que el mayor problema que debe afrontar un comerciante internacional, es contraer el riesgo de litigar en el exterior. Este riesgo de litigar en el escenario internacional está forzosamente presente en esta clase de relaciones contractuales, es oneroso y perjudicial en sí mismo, y adhiere costos a la transacción (Fentiman, 2010). En efecto, litigar en el contexto internacional representa adquirir grandes incertidumbres, pues las partes desconocen ante qué tribunal deberán acudir para resolver su querrela, cuál ley será aplicable a su contrato, y si la decisión proferida podrá ser reconocida en un país diferente al del tribunal que la expidió. Todo ello incrementa los gastos de la operación, es lo que la doctrina califica como el “coste internacional” del derecho internacional privado (Carrascosa, 2004). Por tal motivo, la regulación jurídica del comercio internacional tiene vital importancia, ya que el empresario internacional necesita de unas disposiciones legales que le otorguen seguridad a la hora de emprender la aventura comercial transnacional, pues de lo contrario, “la descentralización y la pluralidad normativa” harán de la “incerteza la regla básica del tráfico externo” (Virgos, 1996, pág. 5289).

A día de hoy, no existe un derecho del comercio internacional común para todos los países, ni se cuenta con un tribunal que resuelva las controversias producidas en las relaciones comerciales internacionales, por ello, el comercio internacional se desarrolla con un alto grado de incertidumbre. Esta incertidumbre debe ser solventada por normas jurídicas que permitan que los intercambios internacionales se lleven a cabo con un elevado nivel de seguridad, para que la división del mundo en Estados que cuentan con sus propios preceptos legales y tribunales, no limite el comercio transnacional (Carrascosa, 2011).

La ley aplicable al contrato internacional es tal vez el inconveniente más significativo al que se enfrenta el comerciante transnacional, pues al no existir una legislación global común para todos los países, se debe elegir una ley nacional para que regule la relación jurídica. Es decir, en la mayoría de los casos –salvo cuando las partes hacen uso de su autonomía conflictual– el comerciante internacional solo conocerá la ley nacional que regulará su contrato cuando ya se adelante el proceso jurídico que pretenda resolver cualquier disputa generada en la operación comercial internacional. Esta incertidumbre jurídica produce graves consecuencias, pues el comerciante no puede adaptar su conducta mercantil a una norma previamente conocida, así mismo, se acrecientan los costos jurídicos, pues en muchos casos la disposición que regula el contrato es un mandato jurídico foráneo y debe contratarse asesoría jurídica internacional. Para evitar dicha incertidumbre, el derecho cuenta con dos herramientas que contribuyen a la seguridad jurídica contractual: las normas de conflicto y las normas materiales uniformes. La primera determina la ley aplicable al contrato internacional sobre la base de la diversidad jurídica, esto es, escoge una ley nacional para regular el contrato. La segunda, pretende unificar las disposiciones para que exista un único precepto que regule los vínculos comerciales transnacionales.

Normas materiales uniformes y normas de conflicto uniformes. Aspectos introductorios

La búsqueda de la anhelada seguridad jurídica del comercio internacional se ha adelantado sobre todo mediante dos técnicas de reglamentación jurídica: las normas materiales uniformes y las normas de conflicto uniformes. Las primeras pretenden unificar el derecho sustantivo para regular de forma directa el fondo de la relación internacional, de tal suerte que exista una única disposición que resuelva las controversias presentadas en los distintos ámbitos del comercio internacional. Sus principales instrumentos normativos son los tratados internacionales y los cuerpos jurídicos propios de la Unión Europea (UE) (Rühl, 2012). A su vez, existe una iniciativa coordinada tan solo por los agentes económicos, esto es, los intervinientes en el tráfico comercial internacional actúan sin que haya mediación estatal alguna, constituyendo así instrumentos de regulación de índole privada, que vienen a reglar de manera directa y material algunos aspectos puntuales de la contratación transnacional, donde la denominada nueva *lex mercatoria* y el arbitraje internacional son sus referentes primordiales. Las segundas –las normas de conflicto uniformes– no ofrecen una solución directa y material al problema en cuestión, su función es remitir a un derecho nacional para que este sea quien se encargue de dirimir el pleito. Estas normas de conflicto están plasmadas en convenios internacionales y en instrumentos propios de la UE. En lo referente a las normas de conflicto uniformes de la UE, es claro que tienen un rol fundamental en el territorio judicial de dicha comunidad política de derecho, pues tal uniformidad hace que la ley aplicable a las situaciones internacionales sea la misma, sin importar el tribunal del Estado miembro que conozca del litigio (Carrascosa, 2011).

Un sector de la doctrina estima que las normas de conflicto unificadas y el derecho material uniforme son sistemas jurídicos incompatibles y antagónicos, pues en la medida en que el derecho material uniforme se generalice, se eliminaría uno de los elementos esenciales del DIPr: la pluralidad de sistemas jurídicos (Basedow, 2006). Sin embargo, aunque parece que las normas de conflicto uniforme y el derecho material uniforme sean contrapuestos, lo cierto es que hoy en día deben concebirse como complementarios (Cafaggi y Muir-Watt, 2008).

El método conflictual parte de la existencia de situaciones privadas de carácter internacional que pueden regularse por ordenamientos jurídicos diferentes e incluso contradictorios. Infortunadamente para el derecho, la sociedad mundial se encuentra dividida en continentes, países, regiones, comunidades. etc. Esta segmentación, que no atiende tan solo a aspectos meramente geográficos, sino que conlleva además aspectos culturales, sociales, de idiomas y de raza, repercute de forma directa en el derecho, generando el pluralismo jurídico, y este a su vez, provoca sin que se pueda evitar, el conflicto de leyes (Castellanos citado en Calvo y Areal, 2005). En el tráfico comercial internacional, el conflicto de leyes produce unos altos costos de transacción, pues la incertidumbre de conocer cuál

ley nacional específica regirá el destino del contrato, hace que el comerciante deba invertir en información, negociación y control del futuro negocio transfronterizo (Virgos, 1996).

La disputa de leyes nace cuando a una determinada relación jurídica son perfectamente aplicables dos o más derechos nacionales vigentes. En efecto, cuando un vínculo jurídico internacional tiene elementos que lo conectan con más de un país, surge la duda sobre cuál de esas leyes se debe suministrar para solucionar los problemas que se presenten en el desarrollo de la relación. El conflicto de leyes parte de una idea de igualdad, es decir, el DIPr considera que los ordenamientos jurídicos aplicables al asunto internacional evidencian un grado de paridad, que deriva del concepto de la soberanía estatal, es por eso, que el DIPr debe fijar un mecanismo jurídico para determinar, dentro de los distintos ordenamientos jurídicos, cuál de ellos se administrará para resolver la situación jurídica internacional (Guzmán, 2006).

Normas materiales uniformes

La iniciativa para elaborar un derecho material uniforme ha sido liderada en primer lugar por los Estados, al crear una base normativa para resolver los conflictos de algunos contratos internacionales. El instrumento jurídico utilizado es principalmente el convenio internacional, aunque hoy en día la UE emplea también normas propias para unificar o uniformar el derecho material, tales como los reglamentos y las directivas.

Son ejemplos de este derecho uniforme: la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, el Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 sobre el contrato de transporte internacional de mercaderías por tierra, el Convenio de Berna de 9 de mayo de 1980 sobre transporte internacional por ferrocarril, entre otros (Calvo y Carrascosa, 2009). Este derecho uniforme presenta una enorme ventaja, en comparación con el derecho nacional, y es que por su unificada redacción y el fin mismo para el que se creó, no necesita de grandes esfuerzos “determinadores de naturalezas jurídicas” (Illescas y Perales, 2003, pág. 19). El derecho material uniforme evidencia unos rasgos comunes y diferenciadores que se pueden resumir en: la internacionalidad, la uniformidad y su contenido obligacional privado. Lo cierto es que desde el exitoso proceso de unificación de las normas sobre compraventa internacional de mercaderías, los Estados han entendido los beneficios que una ley uniforme representa para los actores del comercio internacional, que en primera instancia, son la razón de ser de los procesos integracionistas actuales, principalmente porque se evita el conflicto de leyes, pues es esta norma uniforme la que regulará de manera directa la querrela presentada en el contrato, sin ser menester acudir a una norma de remisión para establecer una ley nacional que solucione la dificultad jurídica. Sin embargo, el derecho uniforme posee algunos inconvenientes: tiene unos costos de elaboración muy elevados, no resulta sencillo alcanzar un vasto consenso internacional y su posibilidad de modificación es muy limitada (Carrascosa, 2000). Es por

eso que el mundo jurídico no cuenta con una gran variedad de normas internacionales uniformes, lo que indudablemente conduce al uso de la normativa estatal interna, identificada necesariamente por la norma de conflicto.

Las normas de conflicto uniformes

Como se mencionó, unificar el derecho material internacional es una labor titánica, y esta uniformidad, en sí misma, no garantiza una interpretación y aplicación uniforme de dicho cuerpo normativo. Por tal motivo, existe una segunda tendencia para solucionar el conflicto de leyes: la uniformidad de las normas de conflicto.

Recordemos que la norma de conflicto es una disposición jurídica que no ofrece una solución material o sustantiva al problema internacional, su función, es determinar cuál será la ley nacional que deberá regular el fondo del contrato internacional. Cada país tiene su propia norma de conflicto, y esta circunstancia ocasiona que el contratante no pueda conocer previamente y con un alto grado de certeza, cuál será la ley que regulará su contrato, pues cada norma de conflicto interna regula de modo diferente el conflicto de leyes. Una solución idónea para este inconveniente, es unificar dichas normas de conflicto internacional, de esta manera, si se presenta un pleito en un contrato internacional, el juez que conoce el caso utilizará la misma norma de conflicto para determinar la ley aplicable. Aunque los más exitosos procesos de unificación conflictual se han dado en Europa, fue en América donde se dieron los primeros pasos.

La unificación conflictual en América Latina

La idea de unificar y codificar el DIPr en el continente americano se anticipa a todo intento al respecto en cualquier otro lugar del mundo. Inicia en el ya célebre Congreso de Panamá de 1826 en cabeza del libertador Simón Bolívar, motivado por un sentimiento de solidaridad entre los países hispanoamericanos, debido a la amenaza extranjera de España y los Estados Unidos (Silva citado en Kleinheisterkamp y Lorenzo, 2002). Infortunadamente ni en este, ni en posteriores intentos se alcanzó la unificación de las normas. Es en el congreso sudamericano de Montevideo (Uruguay) de 1889 donde se logra plasmar las verdaderas bases de unificación del DIPr latinoamericano. En 1928 se aprueba el denominado Código de Bustamante, y en 1940 el Tratado de Montevideo de 1940 (González, 2006), y se necesitó más de un siglo desde la primera tentativa para que se suscribiera la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a las Obligaciones Contractuales de México 1994 (Silva citado en Kleinheisterkamp y Lorenzo, 2002).

Como se puede apreciar, América Latina aprobó los más antiguos tratados en vigencia de DIPr y fue pionera en la reglamentación de la competencia internacional en el ámbito

multilateral (Operti citado en Mestre, 1998). Desgraciadamente, las normas convencionales sobre derecho aplicable a los contratos internacionales no han recibido el beneplácito de los Estados, y en la actualidad varios instrumentos convencionales conviven entrelazando los distintos Estados ratificadores, lo que genera una colcha de retazos normativa en la región. El Estado colombiano tan solo ha ratificado el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, tratado que lo vincula con Bolivia, Perú, Paraguay, Argentina y Uruguay, pero no a estos tres últimos entre sí, ya que tienen vigentes otros dispositivos de unificación normativa. No obstante, todos estos tratados internacionales, así no estén ratificados por Colombia se suministrarán a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme con las reglas precedentes (decreto 410/1971, Código de Comercio, Bogotá, 27 de junio de 1971).

Por otro lado, Colombia convalidó la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Público suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979, en donde los Estados parte se comprometieron a que la determinación de la ley aplicable a situaciones vinculadas con un derecho extranjero, se rija por las convenciones internacionales firmadas o futuras de ámbito bilateral o multilateral, y solo en defecto de estas, se aplicarían las normas de conflicto internas. Además se comprometieron a que los jueces y autoridades estatales ejecuten el derecho foráneo, de igual forma como lo hacen los jueces del Estado, cuyo derecho resultase aplicable de acuerdo con la norma de conflicto (Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Público, Montevideo, 8 de mayo de 1979).

Tratados de Montevideo de 1889 y 1940

Después de alcanzar una consolidación política en los nacientes Estados americanos, los gobiernos de Uruguay y Argentina impulsaron la realización de un congreso de jurisprudencia de los Estados del sur, para que mediante un tratado, se unificaran todas las materias de DIPr. En 1889 en la ciudad de Montevideo se firmaron siete tratados y un protocolo adicional, abarcando todo el derecho conflictual existente para la época. Los tratados convenidos versaron sobre las siguientes materias: a) derecho procesal, b) propiedad literaria y artística, c) patentes de invención, marcas de comercio y fábricas, d) derecho penal internacional, e) ejercicio de profesiones liberales, f) derecho civil internacional y g) derecho comercial internacional (Caicedo, 1967). A esta convención enviaron representantes: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Y fue suscrito y ratificado por Argentina, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Perú y Colombia. Entre tanto, Brasil y Chile lo suscribieron pero no lo ratificaron. El Tratado de Montevideo de 1889 se caracteriza principalmente por adoptar la teoría del “domicilio”.

En el año de 1939 cuando se cumplió el 50 aniversario de este tratado, los gobiernos de Argentina y Uruguay convocaron a una reunión conmemorativa a los países asistentes

al congreso de 1889 (Caicedo, 1967). El resultado de este encuentro fueron cuatro nuevos tratados firmados en marzo de 1940: derecho civil, derecho comercial terrestre, navegación comercial y derecho procesal. Así mismo, se suscribió un protocolo adicional. Los tratados de 1940 buscaban subsanar las deficiencias de los suscritos en 1889 y adaptarlos a los cambios sociales y jurídicos de la época (Caicedo, 1967). Estos tratados no han sido hasta el momento aprobados por el poder legislativo colombiano.

Código de Bustamante

Aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana de 1928, que se celebró en Cuba, el Código de Bustamante –que promovió el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante– constituye el primer código completo de América referido al DIPr (Maekelt, 2001). Cuenta con 437 artículos que abarcan las materias civil, comercial, penal y procesal internacional. El código acoge la ley personal para resolver el conflicto de leyes, entendiéndose por tal, la ley nacional o la del domicilio, según el sistema de cada legislación (Caicedo, 1967). Este código no tuvo mucha aceptación incluso desde antes de su aprobación, puesto que Estados Unidos se retiró en medio de las negociaciones, y otros países nunca lo ratificaron, entre ellos Colombia. En el año de 1930 se propuso su aprobación al Congreso de la República colombiana con reservas sobre la nacionalidad de las sociedades, la adopción del sistema del domicilio y las sucesiones. El Senado pidió concepto de aprobación al Consejo de Estado y a la Corte Suprema de Justicia, quienes jamás lo emitieron. Nunca más se presentaría a la rama legislativa para su ratificación (Caicedo, 1967).

Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México 1994

En el momento histórico de la naciente Convención de México, el mundo seguía una marcada tendencia a constituir bloques económicos que abrieran el camino a una futura integración estatal. Por tal motivo, se hacía imprescindible la concepción de un cuerpo único en materia contractual, capaz de prevenir futuros conflictos que impidieran el normal desarrollo de las operaciones transnacionales. Es así como en 1994 en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA), se crea un cuerpo legal que pretende unificar el derecho aplicable a los contratos internacionales en América (Silva citado en Kleinheisterkamp y Lorenzo, 2002). El tema de la contratación internacional venía discutiéndose en las distintas convenciones interamericanas de DIPr, iniciando el camino en Montevideo en 1979, donde se aprobó la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. En 1984, al aprobarse la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras,

se volvió a debatir el asunto de los contratos internacionales y la necesidad de unificar las normas de conflicto. La misma cuestión se deliberó en la cuarta conferencia realizada en Montevideo 1989. En la Quinta Conferencia Interamericana vio la luz la Convención de México, que se inspiró principalmente en dos instrumentos internacionales: el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías, y el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales en la Unión Europea (De Cosio, 2009).

La Convención de México se suscribe el 17 de marzo de 1994 en la ciudad de México D. F., y de este modo se reafirma la voluntad de avanzar en el desarrollo y la codificación del DIPr entre los Estados que forman parte de la OEA, donde se hace indispensable la armonización de los aspectos relativos al comercio internacional, y muy especialmente, las cuestiones atinentes a su marco jurídico. La Convención de México se constituye en la herramienta jurídica que determinará la ley aplicable a los contratos internacionales que se celebren en un Estado parte, o en los que participe un Estado miembro. La propia convención otorga la posibilidad a los Estados, de definir la clase de contratos a los que se les aplicarán sus disposiciones, y al igual que el Convenio de Roma de 1980 y el Reglamento Roma I, la ley establecida por el convenio, podrá ser la de un Estado no parte del mismo, reafirmando el carácter universal del cuerpo normativo.

La Convención de México no determinará la ley aplicable a las cuestiones que atañen al estado civil, capacidad de las personas, o a las consecuencias que se deriven de dicha incapacidad, como la nulidad o invalidez de un contrato. Tampoco regulará contratos donde la obligación principal sea un asunto sucesorio, testamentario, de régimen matrimonial o derivado de una relación de familia, así como las obligaciones que procedan de un título crediticio, ni de aquellas provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en un mercado de valores. De la misma manera se excluye de la determinación de la ley aplicable por parte de la Convención de México, los acuerdos referentes al arbitraje o la elección del foro, y los asuntos concernientes al derecho societario. Por último, esta convención no se aplicará a aquellos contratos que tengan en el derecho convencional vigente entre los Estados miembro, una regulación autónoma.

La Convención de México logra avanzar en temas trascendentales para la contratación internacional, como el reconocimiento de la autonomía de la voluntad para que las partes puedan elegir la norma estatal aplicable a su negocio jurídico, y a falta de ella, estipula la convención que se regirá por las normas del Estado con el que el contrato presente los "vínculos más estrechos" (Silva citado en Kleinheisterkamp y Lorenzo, 2002, pág. 28). La Convención de México ha sido firmada por Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela, pero tan solo se ha ratificado por Venezuela y México.

La unificación conflictual en Europa

Normas de origen convencional: el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales

El Convenio de Roma se erigió como una de las herramientas jurídicas más importantes sobre el tema de la ley aplicable a los contratos internacionales en la UE, y fue la prolongación de otro relevante instrumento de DIPr, el Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial internacional. Justamente los temores que generó la aplicación del Convenio de Bruselas, en especial el *forum shopping*, impulsaron el diseño de un mecanismo que garantizara la administración de un mismo derecho por cualquier juez de los Estados parte (Rodríguez citado en Calvo y Carrascosa, 2006), elevando así el nivel de seguridad y confianza en la estabilidad de las relaciones jurídicas, procurando la protección de los derechos adquiridos en la esfera del derecho privado (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 6 de octubre de 2009).

Es así como el 19 de mayo de 1980 en la ciudad de Roma se firmó este convenio de la UE, con el objetivo de generar seguridad jurídica en el comercio, al contener normas de conflicto uniformes en materia de contratos internacionales, para todos los Estados miembro. El Convenio de Roma no formaba parte estrictamente del derecho de la UE, pero por la vía convencional “proporcionó soluciones conflictuales uniformes en el mercado interior” (Garcimartín, 2008). El Convenio de Roma era de carácter universal, es decir, se aplicaba con independencia del domicilio, residencia, nacionalidad de las partes, de la ley establecida por el propio convenio, y de cualquier otra circunstancia vinculada al contrato (Calvo y Carrascosa, 2008). Así lo reafirmó la Audiencia Provincial de Pontevedra al declarar que el ordenamiento jurídico de un Estado no parte del convenio (venezolano), por ello debía ser el encargado de regular el negocio jurídico; decisión que adoptó después de utilizar la norma de conflicto del Convenio de Roma (Audiencia Provincial de Pontevedra, sentencia del 10 de julio de 2008).

El Convenio de Roma de 1980 era de aplicación a todos los territorios de los Estados parte, y a contratos celebrados con posterioridad a la fecha de entrada en vigor, que para el caso español fue el 1 de septiembre de 1993. Hay que tener presente que con la aparición del Reglamento Roma I (instrumento jurídico que reemplazó al Convenio de Roma de 1980), los contratos celebrados con posterioridad al 17 de diciembre de 2009 quedaron regulados por este reglamento de la UE y no por el Convenio de Roma, de esta manera se limitó, desde el punto de vista temporal, el convenio por estas dos fechas. Este instrumento convencional de la UE nació para determinar la norma aplicable a las obligaciones contractuales en los supuestos internacionales, ya sean estas civiles, mercantiles, onerosas, gratuitas, típicas o atípicas (Calvo y Carrascosa, 2008). Así mismo, el propio convenio excluía de su ámbito de aplicación ciertos contratos que ya contaban con regulación específica, o cuestiones propias del derecho de familia.

Fue el Convenio de Roma un cuerpo normativo innovador, por las distintas soluciones consagradas en su articulado, y en especial, por las razones anotadas por Rodríguez Benot (citado en Calvo y Carrascosa, 2006): primero contaba con un ámbito de aplicación sustancial flexible “obligaciones contractuales con elemento extranjero”; segundo, otorgaba una protección a determinados sujetos contractuales al considerarlos débiles, y finalmente reconocía la autonomía de la voluntad de las partes, en la elección de la ley aplicable al contrato, proponiendo en su defecto, reglas de solución basadas en los “vínculos más estrechos”.

En definitiva, el Convenio de Roma contribuyó enormemente a la uniformidad normativa en materia contractual, dotó de seguridad jurídica a las transacciones comerciales internacionales, y aunque el Reglamento Roma I nació para tomar su lugar en el mundo jurídico, pasarán algunos años antes de que sea totalmente relegado, y es muy probable que siga influenciando el conflicto de leyes en el ámbito internacional.

Normas de origen propio de la Unión Europea: el Reglamento Roma I

El Reglamento Roma I sustituyó al Convenio de Roma como norma unificadora del derecho aplicable a las obligaciones contractuales para la mayoría de países europeos (Fernández y Sánchez, 2009), constituyéndose así, en el principal instrumento jurídico para el tema de la ley aplicable a los contratos internacionales. Esto significa que cualquier remisión al antiguo Convenio de Roma de 1980, se entenderá realizada al Reglamento Roma I (Castellanos, 2009), que en gran medida tomó el texto del Convenio de Roma y le introdujo unas pocas pero valiosas modificaciones. Con la transformación del convenio en un reglamento se avanzó en tres puntos de vital importancia para el derecho de la UE:

- Sencilla posibilidad de reforma. Al ser un reglamento de la UE, resulta menos dificultosa la tarea de reformar en el futuro su articulado, situación que no era la misma al ser un convenio internacional, donde para su modificación requería el difícil consenso de los Estados parte (Carrascosa, 2009).
- Tribunal de Justicia. Con la entrada en vigor del Reglamento Roma I, el Tribunal de Justicia de la UE asumió competencias en la interpretación del reglamento, lo que garantiza una aplicación uniforme por parte de los Estados miembro (Prats, 2008).
- Introducción de cambios. Con la transformación del texto convencional, se ha aprovechado para realizar algunos cambios que se consideraban indispensables para la regulación de los contratos internacionales (Carrascosa, 2009).

De forma general, el objetivo del Reglamento Roma I es implantar un conjunto de normas iguales que permitan a los particulares de la Unión –de distinta nacionalidad, o residencia diferente en la UE–, conocer cuál derecho contractual nacional, será de aplicación a sus contratos internacionales (Prats, 2008). El ámbito de aplicación espacial del reglamento, será la totalidad del territorio de los Estados miembro, por lo tanto, sus tribunales y autoridades están obligados a suministrar la norma uniforme (Calvo y Carrascosa, 2009). El Reglamento Roma I se distancia de la fórmula adoptada por el Reglamento Roma II, respecto de su aplicación temporal, la cual ha provocado cierta confusión (Garcimartín, 2008), y expone en concreto que se administrará a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009 (Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, 17 de junio de 2008). Para los contratos celebrados con anterioridad a esa fecha seguirá rigiendo –como anotábamos antes– el Convenio de Roma y el artículo 10.5 del Código Civil. Designará el Reglamento Roma I la ley aplicable al contrato internacional, incluso si esta no pertenece a un Estado miembro. Además, tendrá aplicación independientemente de la residencia, nacionalidad o domicilio de las partes y de cualquier otra circunstancia referente al contrato mismo, lugar donde se celebra el contrato, o donde estén ubicadas las mercancías, entre otras (Calvo y Carrascosa, 2009). Para Garcimartín (2008), esto puede representar un problema sobre la suficiencia de la base jurídica, ya que el artículo 65 del Tratado de la Comunidad Europea exige la unificación conflictual, para que el mercado interior tenga un correcto funcionamiento.

Tal como establece en su artículo 1, el Reglamento Roma I señalará la ley aplicable a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil, cuando estas impliquen un conflicto de leyes, es decir, en supuestos internacionales. El reglamento será de aplicación únicamente en materia civil y mercantil, ya sea en el ámbito jurídico privado, incluyendo los contratos de trabajo (Garcimartín, 2008) y exceptuando los asuntos que relaciona el artículo 1.2, por tener una regulación legal específica (Calvo y Carrascosa, 2009). No será aplicable a la contratación sometida al régimen jurídico público, y esto lo determina el hecho de actuar con poderes soberanos, y no la persona misma que se obliga (Garcimartín, 2008). Tampoco se aplicará a las obligaciones extracontractuales, donde ya existe un reglamento comunitario sobre la materia (Reglamento Roma II).

Conclusiones

Las dos tendencias más importantes para solucionar el conflicto de leyes (normas materiales uniformes y normas de conflicto uniformes) se encuentran hoy en día presentes en buena parte de los Estados. Sin embargo, las normas materiales uniformes son muy escasas, regulan aspectos muy puntuales del comercio internacional, su ámbito de aplicación material es muy restrictivo, y aunque reglan de manera uniforme un aspecto del comercio internacional, dicha uniformidad no garantiza su aplicación e interpretación uniforme

por parte de los contratantes y de los jueces. Por tal motivo, el conflicto de leyes se debe resolver utilizando principalmente la norma de conflicto.

A pesar de esta realidad, se debe reconocer que la uniformidad de normas materiales es una herramienta fundamental que evita la incertidumbre de determinar la ley del contrato, y beneficia la seguridad jurídica del comercio internacional mediante la previsibilidad del derecho aplicable.

Por su parte, las normas de conflicto uniformes permiten solucionar la diversidad legal estableciendo una ruta previamente conocida por las partes para fijar la ley del contrato. Infortunadamente en el continente americano no han sido unánimemente ratificados los convenios internacionales en esta materia, lo que produce una diversidad normativa que afecta de forma directa las relaciones comerciales internacionales, a diferencia de lo que ocurre en la UE, donde las normas de conflicto uniformes constituyen una herramienta cardinal para el buen funcionamiento del mercado interior.

Por tanto, es preciso que los Estados de América entiendan la importancia de generar consensos en materia de derecho material uniforme y sobre todo, en materia de derecho conflictual uniforme, para de este modo garantizar que el comerciante internacional, realice sus intercambios comerciales con un elevado nivel de seguridad jurídica.

Por último, es indudable que la pugna entre la diversidad y uniformidad legal en materia de contratos internacionales, la gana y la ganará la diversidad legal, por ende, es imperioso contar con mecanismos jurídicos que beneficien el comercio transnacional otorgando un elevado nivel de previsibilidad de la ley del contrato, y este instrumento no es otro que la norma de conflicto uniforme.

Referencias bibliográficas

- AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA. (2008). Sentencia de 10 de julio. Rec. 476/2008.
- ARTÍCULO 28. Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008.
- BALLESTEROS, A. (1998). *Comercio exterior. Teoría y práctica* (2ª ed.). Murcia: Universidad de Murcia.
- BASEDOW, J. (2006). "Conflicto de leyes y armonización del derecho privado material en la Unión Europea". En: *Anuario Español de Derecho Internacional Privado, Tomo IV*.
- CAFAGGI, F. y MUIR-WATT, H. (2008). "Introduction". En: F. Cafaggi y H. Muir-Watt (eds.). *Taken european private law*. Cheltenham: Edward Elgar.
- CAICEDO, J. (1967). *Derecho internacional privado*. Bogotá: Temis.

- CALVO, A. y CARRASCOSA, J. (2003) “Contrato internacional, nueva *lex mercatoria* y principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales”. En: A. Cabanillas Sánchez (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II*. Madrid: Civitas.
- _____. (2003). “Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”. En: *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 002, pp. 165-195.
- _____. (2009). *Derecho internacional privado. Vol. II*. Granada: Comares.
- CARRASCOSA, J. (2000). “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”. En: *Anales de Derecho*, vol. 18, pp. 7-40.
- _____. (2004). *Globalización y derecho internacional privado en el siglo XXI. Anales de derecho*. Murcia: Universidad de Murcia.
- _____. (2009). *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*. Madrid: Colex.
- _____. (2011). *Conflicto de leyes y teoría económica*. Madrid: Colex.
- CASTELLANOS, E. (2005). “Autonomía conflictual y contratos internacionales: algunas reflexiones”. En: A. Calvo y S. Arenal (dirs.). *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*. Madrid: Colex.
- _____. (2009). *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*. Madrid: Comares.
- CHUAH, J. (2009). *Law of international trade: cross-border commercial transactions*. Londres: Sweet & Maxwell.
- CÓDIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA. (1971). Decreto 410. Diario Oficial 33.339 de 16 de junio de 1971. Bogotá.
- CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. (1979). *Asamblea de la Organización de Estados Americanos del 8 de mayo 1979*. Montevideo.
- DE COSSIO, F. (2009). *La convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales a la luz del derecho conflictual internacional*. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/24/tci/tci8.pdf>
- FENTIMAN, R. (2010). *International commercial litigation*. Oxford: Oxford University Press.
- FERNÁNDEZ, J. (2000) “El derecho del comercio internacional en el entorno de la globalización”. En: *Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, vol. 5, pp. 161-230.

- FERNÁNDEZ, J. y SÁNCHEZ, S. (2009). *Derecho internacional privado*. Madrid: Civitas.
- GARCIMARTÍN, F. J. (2008). “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”. En: *Diario La Ley*. Versión en línea.
- GONZÁLEZ, N. (2006). “La convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”. En: A. Calvo y J. Carrascosa (dirs.). *Estudios sobre contratación internacional*. Madrid: Colex.
- GUZMÁN, M. (2004). “Las obligaciones contractuales”. En: A. P. Abarca. (ed.). *Derecho internacional privado. Vol. II*. Madrid: Colex.
- _____. (2006). *Sociedad internacional y derecho internacional privado. Problemas de aplicación de sus normas*. Madrid: Colex.
- HERNÁNDEZ, L. (2003). *Los riesgos y su cobertura en el comercio internacional*. Madrid: FC Editorial.
- ILLESCAS, R. y PERALES, P. (2003). *Derecho mercantil internacional: el derecho uniforme*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- MAEKELT, T. (2001). *El desarrollo del DIPr en las Américas*. Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/spanish /tatiana_maezelt.htm
- OPERTTI, D. (1998). “El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano”. En: F. Mestre (ed.). *Los principios de Unidroit, ¿un derecho común de los contratos para las Américas?* Roma: Unidroit.
- PRATS, L. (2008). “El Reglamento UE, Roma I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”. En: *Diario La Ley*. Versión en línea.
- ROCA, J. (1994). *Contratación internacional*. Madrid: Crisa.
- RODRÍGUEZ, A. (2006). “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro”. En: A. Calvo y J. Carrascosa (dirs.). *Estudios sobre contratación estatal*. Madrid: Colex.
- RÜHL, G. (2012) “Contractual obligations in european private international law”. En: J. Basedow, K. Hopt y R. Zimmerman (eds.). *Max Planck encyclopedia of european private law*. Recuperado de: <http://ssrn.com/abstract=1989515>
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. (2009). Sentencia de 6 de octubre. Rec. C-133/2008.
- SERRANO, M. J. (2011). *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales: la conversión del Convenio de Bruselas y del Convenio de Roma en reglamentos comunitarios*. Madrid: Reus.

- SILVA, R. (2002). “La contratación internacional en América Latina”. En: J. Kleinheisterkamp y G. Lorenzo (coords.). *Avances del DIPr en América Latina*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- VIRGOS, M. (1996). “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”. En: J. L. Iglesias Prada (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Vol. 4. Madrid: Civitas.