

♦ RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL:
LA INTERNACIONALIDAD DEL CONTRATO¹

Maximiliano Rodríguez Fernández²
Fabio Andrés Bonilla³
Javier Andrés Franco Zarate⁴

SUMARIO: 1. Introducción: Relevancia del tema; 2. Criterios utilizados para determinar la internacionalidad de los Contratos; 2.1 Criterios objetivos que determinan la internacionalidad de los Contratos; 2.1.1 El establecimiento y domicilio de las partes contratantes, su residencia habitual; 2.1.2 El traslado del objeto o servicio materia del contrato de un país a otro; 2.1.3 El lugar de ejecución de las obligaciones contractuales; 2.1.4 La afectación del comercio internacional; 2.2 Criterio Subjetivo; 3. El concepto de Internacionalidad en los tratados y convenciones; 3.1 Convenciones relativas al contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías; 3.1.1 Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; 3.1.2 Convención sobre Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías; 3.2 Convenciones internacionales en materia de transporte; 3.2.1 Transporte Terrestre; 3.2.2 Transporte Marítimo; 3.2.2.1 Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, expedido en la ciudad de Bruselas el 25 de agosto de 1924. (Reglas de la Haya); 3.2.2.2 Protocolo modificadorio del Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, Protocolo de Visby de 1968 (Reglas de la Haya Visby); 3.2.2.3 Reglas de Hamburgo; 3.2.2.3 Decreto 2324 de 1984; 3.2.3 Transporte Aéreo; 3.2.3.1 Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional. Varsovia, 12 de octubre de 1929; 3.2.3.2 Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de transporte aéreo internacional de Montreal de 1999; 3.3 Convenciones relativas a reglas de conflicto y mecanismos alternativos de resolución de conflictos; 3.3.1 Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales; 3.3.2 Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales; 3.3.3 Ley Modelo en materia

♦ Este artículo fue presentado a la revista el día 13 de septiembre de 2007 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 5 de diciembre de 2007, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ El presente trabajo constituye una primera entrega del proyecto de investigación denominado “*El Régimen Jurídico Aplicable al Contrato Internacional*” adelantada dentro del marco del grupo de investigación Derecho Comercial Colombiano y Comparado del Departamento de derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

² Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la misma Universidad con maestría en Derecho Comercial Internacional de la Universidad de Londres, Queen Mary College, docente investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y profesor de la cátedra de Contratación Internacional.

³ Abogado de la Universidad Externado de Colombia (2007). Monitor del Departamento de Derecho Comercial de la misma universidad (2004-2006). Asistente de Coordinación y de Investigación del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia (2006).

⁴ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Marítimo de la Universidad Externado de Colombia. Asistente de Coordinación y de Investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y actualmente candidato a magíster de la Universidad de Gales, Swansea.

de Conciliación Internacional; 3.3.4 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional; 3.4 Convenciones relativas a garantías y otros instrumentos financieros utilizados en el tráfico mercantil internacional; 3.4.1 Convención de UNIDROIT sobre Leasing Financiero Internacional; 3.4.2 Convención de UNIDROIT sobre Factoring Internacional; 3.4.3 Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil; 3.4.4 Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente; 3.4.5 Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional; 3.5 Otros instrumentos de derecho internacional privado; 3.5.1 Principios del Instituto para la Unificación del Derecho Privado para los Contratos Comerciales Internacionales (1994 – 2004); 3.5.2 Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales; 4. El concepto de internacionalidad y sus elementos en la ley Colombiana de arbitraje internacional y su interpretación por la jurisprudencia colombiana; 4.1 Ley 315 de 1996; 4.2 La Sentencia C-347 de 23 de julio de 1997; 5. Consideraciones Finales.

1. Introducción: Relevancia del tema.

El fenómeno de la globalización, entendido como la mutación en el comportamiento de las sociedades y el orden económico mundial, consecuencia este del mayor intercambio cultural que se viene adelantando ya desde la época de la conquista, resulta en el cambio de los modos de comportamiento de los diferentes pueblos que nos rodean. La creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unifica mercados, sociedades y culturas a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global a las actividades que antes considerábamos meramente locales. Así, los modos de producción, mercadeo y comercialización de bienes y servicios, y los movimientos de capital se adelantan ya no bajo la antigua concepción de un mercado local, sino bajo la concepción de un mercado global. En este marco se registra un gran incremento del comercio internacional, debido a la caída de las barreras arancelarias y la interdependencia de las naciones en materia comercial.

Ante ese nuevo contexto social y económico, se hace patente que los modos de regulación ya no cumplen su cometido y que el derecho ya no tiene la misma capacidad de asegurar la función para la cual se había instituido como modo privilegiado de regulación social⁵. Lo anterior, ya que las relaciones que se adelantaban con anterioridad a esta nueva era contenían elementos puramente locales o localizados, que le permitían a los Estados tener un control absoluto sobre las mismas⁶. Sin embargo, el nuevo contexto económico y social crea un

⁵ ANDRÉ-JEAN ARNAUD. Entre Modernidad y Globalización; Siete lecciones de historia de la Filosofía del derecho y del estado. Universidad Externado de Colombia, 2000. P 23.

⁶ Allí hacemos referencia a la concepción de la relación jurídica de tipo clásico. Este tipo de regulación era privativa de los estados soberanos dentro de los límites de su territorio o dentro de los vínculos que mantiene con otras naciones.

nuevo grupo de relaciones jurídico-negóciales que difiere sustancialmente de la realidad que pretendía regularse con la concepción de la relación jurídica de tipo clásico, y que requiere de un nuevo espacio normativo que se ajuste a las necesidades que el nuevo contexto atrae.

Hoy, la asunción de obligaciones en un contexto nacional, como es evidente, sólo requerirá de la interpretación de la misma a la luz de la ley y de las demás fuentes de derecho reconocidas en el país o Estado en donde se desarrolla esa relación jurídico negocial. Es precisamente en este contexto en donde todavía esta vigente la concepción clásica a la que nos referimos. Por el contrario, en aquellos casos en que nos enfrentamos a una de aquellas operaciones en donde la relación que nace de la voluntad de las partes se considera o refuta internacional o es fruto del nuevo contexto social y económico creado como consecuencia de la globalización, ésta deberá someterse al estudio del régimen jurídico que delimitará sus alcances. Régimen este que no puede seguir la vieja concepción a la que ya nos hemos referido y que debe dar paso a la flexibilización de las normas que regulan la materia, en lo que hoy se ha denominado por algunos "*Derecho Comercial Internacional*", o mejor aún "*Derecho Comercial Transnacional*".

No obstante, debemos esperar a que esa flexibilización del derecho suceda y, por ahora, hacer uso de los mecanismos con que contamos para enfrentar los retos que este nuevo contexto económico y social trae consigo. Así, debemos en un primer término identificar cuales son las necesidades que enfrentan los agentes del comercio ante el fenómeno de la globalización, para luego identificar las posibles soluciones que el derecho, en su forma actual, nos ofrece. Encontramos entonces unos primeros interrogantes que consideramos son de vital relevancia para los agentes del comercio. Es o no es internacional el contrato?; cual será el régimen legal que regirá las relaciones contractuales?; en que foro se dirimirán las disputas?; es ejecutable el laudo o la sentencia?; donde se ejecutarán esos laudos y sentencias? Cuestiones estas que si bien deberían ser sujeto de consideración previa por los agentes del comercio, en la realidad no lo son.

Como es evidente, el análisis de un contrato en el nuevo contexto de la globalización deberá buscar en primer término una definición clara sobre la naturaleza del negocio jurídico que se celebra. Allí, un primer problema será el de señalar si la relación es internacional o no, para luego entrar a estudiar aquellos otros interrogantes a los que hicimos referencia. Y es que la problemática de la internacionalidad de la relación jurídico-negocial es punto vital en el estudio en el derecho del comercio internacional. Si el contrato es internacional surgirá claro esta, la necesidad de analizar detenidamente las consecuencias que ese carácter genera. Surge entonces la necesidad de identificar el régimen jurídico que se aplica al mismo, las normas de orden público que limitan la aplicación de la norma extranjera o transnacional, el alcance de las obligaciones de las partes en ese régimen jurídico, el mecanismo de resolución de conflictos idóneo para ese tipo de contratos, el juez o tribunal competente para dirimir los conflictos que surgen del mismo, etc. Caso contrario, es decir, si la relación no se considera internacional,

es evidente que los interrogantes ya planteados no requerirán mayor análisis ya que se entiende que el contrato o relación jurídica se encuentra sometido exclusivamente a la ley local o nacional y a las cortes del lugar en donde se desarrolla dicha relación.

Como lo hemos señalado, una vez se determina la internacionalidad del contrato, el estudio siguiente buscará determinar de manera absoluta el régimen jurídico que regirá las relaciones derivadas de ese contrato. La necesidad de tener un adecuado conocimiento de la ley aplicable al contrato, implica igualmente tener un conocimiento adecuado de los riesgos legales⁷ y económicos a que se enfrentan las partes en un contrato internacional. Para saciar esa necesidad es imperativo que la pregunta de cuál será la ley aplicable al mismo este resuelta previamente a la ejecución de cualquier relación en el ámbito transnacional. En ese sentido, las cláusulas de ley aplicable y selección de foro, son el medio idóneo para llevar claridad acerca del régimen jurídico que se aplicara a las disputas contractuales cuando ellas surjan.

En este sentido, pocos principios son tan reconocidos como el de la autonomía de la voluntad, y en particular, el de la voluntad de las partes para designar la ley que se aplicará a sus operaciones o relaciones contractuales⁸. En ese contexto, las partes en un contrato internacional, son libres para designar la ley o los principios que gobernarán sus relaciones⁹ y de, inclusive, eliminar la posibilidad de que algunas normas se apliquen a esas relaciones¹⁰.

⁷ El riesgo legal puede ser definido como la incertidumbre acerca del sistema legal que regirá las relaciones nacidas durante el proyecto o la falta de suficiencia del régimen jurídico aplicable a los diferentes contratos que se generan durante el mismo. Maximiliano Rodríguez. *La Problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción*. Revist@ E-mercatoria (www.emercatoria.edu.co), Volumen 6 Número 1 (2007).

⁸ PETER NYGH. *Autonomy in International Contracts* 13 (1999); ANDREAS F. LOWENFELD, *International Litigation and the quest for Reasonableness* 208-209 (1996); and, RUSSELL J. WEINTRAUB, *Functional Developments in Choice of Law for Contracts*, 187 *Recueil des Cours* 239, 271 (1984).

⁹ Al respecto: CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE). *Journal officiel* n° L 266 du 09/10/1980 p. 0001 – 0019. Artículo 3. Libertad de elección 1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES. Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V). Artículo 7. El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

¹⁰ ANDREAS F. LOWENFELD. *International Litigation and Arbitration* 1 (1993), and DANIEL A. FARBER and PHILIP P. FRICKEY. *In the Shadow of the Legislature: The Common Law in the Age of the New Public Law*, 89 *MICH. L. REV.* 875, 886 (1991).

Pero, como es evidente, para ello se requiere que la relación sea considerada internacional o que, como veremos durante el transcurso del presente trabajo, cuente con los elementos necesarios para que el juez competente la reconozca como tal. Y es que no todas las relaciones que se presentan en la actualidad y que son consideradas por las partes como “internacionales” lo son. Una cosa es el carácter internacional que le quieran dar las mismas con el propósito de evadir la aplicación de la norma local y otra la existencia de un verdadero elemento de internacionalidad en el contrato que le de ese carácter. Al respecto, desde ya consideramos inapropiada la teoría desarrollada por algunos tratadistas según la cual el carácter de internacionalidad puede ser otorgado por la mera voluntad de las partes, ya que esto daría lugar a que un gran número de relaciones locales fueran consideradas como tal. Lo anterior, con la consecuencia lógica de que las mismas podrían ser interpretadas a la luz de una normatividad diferente a la natural para ese tipo de contratos, es decir, la ley del lugar en donde se desarrolla el contrato.

Como se ha observado, en la sociedad contemporánea el contrato es el instrumento de regulación de los intereses particulares destinado específicamente a la satisfacción de las necesidades de los individuos. Instrumento éste que ha trascendido las fronteras y ha alcanzado connotaciones *transnacionales*; en ese sentido se hace necesario para dar comienzo a nuestro estudio, determinar cuando se puede decir que un contrato deja de pertenecer a la esfera exclusiva de un Estado y, consecuentemente, de un determinado ordenamiento jurídico, para adquirir los caracteres propios de la internacionalidad.

Es necesario entonces conocer cuáles elementos hacen de un contrato un contrato internacional; cómo se ha entendido esa internacionalidad en los diferentes instrumentos de Derecho Internacional Privado; cuál ha sido su interpretación y en lo posible hacer una referencia al orden jurídico nacional.

2. Criterios utilizados para determinar la internacionalidad de los Contratos

Sea preciso partir de la dificultad de determinar el significado del adjetivo “internacional” referido a los contratos, en la medida que no existen definiciones precisas y hay posiciones divididas frente al punto.

Podríamos en un primer intento acudir al criterio gramatical para señalar que debe entenderse por *Internacional*. Al respecto, la definición del Diccionario usual de la Real Academia de la Lengua nos enseña que internacional es aquello “Pertenciente o relativo a dos o más naciones” o “Que trasciende o ha trascendido las fronteras de su país”. Así, un contrato internacional, sería aquel que se encuentra relacionado con más de un país o que ha trascendido las fronteras de su país, pero precisamente, ¿cuándo ocurre ello?

Al respecto, los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González en su libro de derecho internacional privado, analizan que debe entenderse por una situación

privada internacional, en la medida que tal es el objeto del Derecho Internacional Privado. Así, explican las tesis más relevantes creadas por la doctrina dividiéndolas en tres:

- a. Elemento extranjero puro,
- b. Elemento extranjero relevante y
- c. Efecto internacional.

Con la primera, es decir, el “**elemento extranjero puro**” se explica aquella que hace relación a situaciones privadas¹¹ en las que existe un contacto con un derecho extranjero o en las que se presenta un conflicto de leyes. Así se entenderá que la situación se encuentra regulada por el Derecho Internacional Privado si cualquiera de los elementos de la situación jurídica, sin importar su naturaleza, intensidad o relevancia, tiene contacto con más de un Estado, lo único importante es que el elemento extranjero tenga relación con el problema jurídico que se plantea.

Ejemplo 1º

Para ilustrar la teoría haremos referencia a un contrato de compraventa suscrito entre dos comerciantes (comprador y vendedor), cuyo establecimiento o lugar principal de negocios se encuentra en diferentes Estados. Contrato que a su vez implica que la mercadería negociada será trasladada de un Estado a otro y cuya entrega se realizará en un Estado diferente de aquel en el cual se fabricó.

Como se puede observar, allí encontramos claramente determinado un elemento de internacionalidad, ya sea por la naturaleza de los contratantes, es decir, ambos pertenecen a regímenes jurídicos diferentes, o ya sea porque la mercancía será desplazada de un régimen jurídico a otro.

Pero supongamos que el mismo contrato es suscrito por dos comerciantes con establecimientos o lugar de negocios en un mismo país, y en donde la mercadería no será transportada de un Estado a otro, sino que más bien se entregará en el establecimiento (fabrica) del vendedor, contrato este que no tendría, bajo ninguna circunstancia, el carácter de internacional por no involucrar un elemento objetivo de internacionalidad. Es decir, ni las partes contratantes, ni las prestaciones que estas deben cumplir, cuentan con una conexión internacional o un elemento extranjero.

Sin embargo, existen dos tipos de situaciones que contienen elementos extranjeros según lo explican estos profesores: las que son objetivamente internacionales y las que son subjetivamente internacionales. Aquellas son internacionales en la medida que uno de los elementos de la relación presenta un contacto con diferentes países, su carácter de internacionalidad es entonces claro; estas, son situaciones

¹¹ Aquellas que se presentan en un plano de igualdad, de horizontalidad. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado*. Volumen I. 7ª Ed. Editorial Comares, Granada 2006. P. 11.

en las que la totalidad de los elementos de la relación jurídica se encuentran conectados de manera exclusiva con un solo país, no obstante, son puestas de presente ante un tribunal de un país extraño a la relación para el cual entonces la relación es internacional. Esta posición no es compartida por considerarse que sólo las controversias que involucren la aplicación de leyes de distintos Estados, o que incorporen un elemento objetivo de internacionalidad son susceptibles de ser resueltas por un tribunal arbitral de carácter internacional, con lo que se rechaza la posibilidad de que se hable de contratos o relaciones subjetivamente internacionales.

En segundo lugar está la tesis del “**elemento extranjero relevante**”, que dicho sea de paso, no es bien acogida por los autores y que la perfilan de la siguiente manera. Para esta tesis, una situación privada es o tiene un carácter internacional cuando alguno de sus elementos no solo tiene conexión con un país extranjero, sino que además dicho elemento tiene una gran relevancia frente al conjunto que compone la situación en concreto. Al respecto dicen los autores: “*Pero esta tesis del ‘elemento extranjero relevante’ es plenamente rechazable. Primero, porque confunde la importancia de la relación jurídica con la importancia del elemento extranjero. [...] Y segundo, porque es muy difícil, por no decir imposible, determinar cuando un elemento extranjero es ‘relevante’ o ‘no relevante’.*”

Ejemplo 2º

Para ilustrar la posición de la doctrina vale la pena considerar nuevamente el contrato de compraventa suscrito entre dos comerciantes (comprador y vendedor), cuyo establecimiento o lugar principal de negocios se encuentra en diferentes Estados. Contrato que, a diferencia del mencionado en el Ejemplo 1º, no implica que la mercadería negociada será trasladada de un Estado a otro, ya que la misma será entregada en el establecimiento (fabrica) del vendedor.

Como ya lo hemos señalado, bajo la teoría del “**elemento extranjero puro**” esta relación contractual encuentra claramente identificado un elemento de internacionalidad por la naturaleza de los contratantes. En tanto que ambos pertenecen a regímenes jurídicos diferentes. Sin embargo, éste contrato, bajo la teoría “**elemento extranjero relevante**”, podría no ser considerado internacional por carecer de un elemento internacional “*relevante*”. Y es que parecería que el lugar de negocios o establecimiento de las partes en la presente relación jugó un papel *irrelevante* o sin importancia alguna para los efectos del contrato, con lo que no se cumpliría la característica de la relevancia para que dicho elemento atrajera el carácter de internacional a la relación.

Situación diferente se presentaría si el contrato, fuera de incorporar una relación entre dos comerciantes cuyo establecimiento o lugar de negocios se encuentra en diferentes Estados, también incorporará la obligación de entregar las mercaderías en un Estado diferente a aquel en donde se fabrican las mismas. Allí tendríamos que el traslado de las mercaderías de un Estado a otro, sí podría constituirse como

un elemento extranjero relevante, ya que este sería precisamente uno que vincula a la prestación característica de este tipo contractual, es decir, la entrega de las mercaderías.

En tercer lugar explican los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González, la tesis del “**efecto internacional**”, para decir que bajo esta tesis no se tienen en cuenta los elementos de la situación jurídica sino las consecuencias que ella implica, de modo que lo relevante acá es que el contrato tenga un efecto que implique la afectación o conexión con más de un país, es decir, que tenga repercusión transfronteriza. De este modo y en la medida que como dicen los autores, esta tesis se concentra más en los efectos que en la estructura de la relación, hace que la misma sea de mucho mejor aplicación en el contexto del comercio globalizado actual, sin embargo, advierten de la inconveniencia de la misma por la imprecisión en la determinación de cuando existen efectos transfronterizos, lo excesivo en su ámbito de aplicación precisamente por el contexto del tráfico jurídico actual y más aún por su explicación un tanto tautológica (“un supuesto es ‘internacional’ cuando produce efectos ‘internacionales’”)¹².

Ejemplo 3º

Supongamos nuevamente el contrato de suministro de grandes cantidades de Petróleo suscrito entre dos comerciantes (comprador y vendedor), cuyo establecimiento o lugar principal de negocios se encuentran en los Estados Unidos de Norte América, es decir, en un mismo Estado. Contrato que, a diferencia del mencionado en el Ejemplo 1º, no implica que la mercadería (Petróleo) negociada será trasladada de un Estado a otro, ya que la misma será entregará en el establecimiento del vendedor, y que a su vez involucra la distribución de una cantidad de crudo que es equivalente al 5% de la producción mundial de ese hidrocarburo.

Ese contrato, a la luz de las teorías del “**elemento extranjero puro**” y del “**elemento extranjero relevante**”, no podría ser considerado internacional por no tener elemento alguno de internacionalidad (relevante o no relevante). Sin embargo, por la cantidad de mercadería negociada (Petróleo), esa relación jurídica si podría afectar de manera significativa los precios del petróleo en los mercados internacionales y como tal tendría un efecto internacional, lo que nos llevaría a considerarlo *internacional*.

¹² En relación con la situación que frente a las tesis adopta el ordenamiento jurídico español, se dice que de manera mayoritaria se aplica y se recomienda la teoría del “**elemento extranjero puro**”. Para ello, se citan normas que expresamente hacen referencia a esta tesis (en materia de Derecho Concursal y de Contratos Internacionales), otras que se refieren a la tesis del efecto internacional (arbitraje), pero siendo la mayoría de los casos un asunto por determinar en el caso concreto por el juez. Adicionalmente, se hace referencia a las situaciones jurídicas que se presentan en el marco de la UE en la medida que si bien presentan conexiones con estados diferentes, dicha extranjería es relativa como quiera que existen principios comunitarios que por ejemplo contienen mandatos de interpretación al margen de la condición de nacionalidad de los sujetos de una relación determinada, sin embargo, la determinación de cuando un caso es “*comunitario*” o “*pseudo nacional*” es bastante difícil.

Resulta relevante la opinión sostenida por Stoffel, en la que sostiene la imposibilidad de referir a un concepto abstracto esta cuestión de gran complejidad, pues de hacerlo se corre el riesgo de dejar encasillado y *desarmado* al juez de un caso concreto cuando se le presente un conflicto de leyes determinado; esta cuestión de la internacionalidad entonces no debe surgir sino de los hechos, es esa la razón por la cual no existe en la Convención de Méjico¹³ un concepto cerrado, sino mixto, combinado entre una definición técnica y una abierta factual. Es precisamente en esta apreciación de los elementos facticos en donde radica la flexibilidad del criterio, pues será el juez quien conforme a su ordenamiento jurídico determinará el alcance que los hechos de la relación contractual tengan en un plano nacional o internacional.

Igualmente, es pertinente señalar que la gran mayoría de la doctrina nacional e internacional hace referencia a lo que se conocen como los *puntos de conexión*, para describir aquellos factores que nos permiten determinar cuando un contrato es o no internacional. Al respecto, el profesor Basadre Ayulo¹⁴, al referirse al tema de las normas de conflicto, es decir, aquel tipo de normas que determinan el derecho sustancial aplicable a una relación jurídica internacional, maneja el tema de los *puntos de conexión* como criterios que permiten escoger esa ley aplicable. En ese sentido, y no obstante que el tema así manejado parte de la existencia de una situación de conflicto internacional y en la que ahora es necesario determinar cuál es la ley aplicable, es sin embargo de utilidad hacer referencia a los mismos, en la medida que coincide parcialmente con los que usualmente se utilizan como elementos de internacionalidad.

Dice el autor que como quiera que los puntos de conexión “constituyen los asientos fijados por la ley para resolver las relaciones internacionales, la circunstancia identificable del conflicto y su medio de solución fijando la legislación extranjera aplicable”, resultan relevantes conexiones internacionales de tipo personal o jurídicas, reales o fácticas y las derivadas del lugar de ejecución de los actos contractuales. Entre las primeras cita la nacionalidad de las partes, su residencia o domicilio habitual, en las segundas el lugar en el que se encuentra ubicado un bien determinado afecto al contrato y en la última la celebración del acto jurídico en sí. En todo caso se menciona la existencia de una conexión voluntaria, determinada por la simple voluntad de las partes en la escogencia de un *factor* determinado, de cualquier manera, reiteramos que estos factores resultarían determinantes para ubicar la situación en un régimen jurídico sustancial determinado o concreto.

¹³ CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) CAPITULO PRIMERO. Ámbito de aplicación. Artículo 1º: Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales. Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.

¹⁴ JORGE BASADRE AYULO. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Jurista Editores, Lima 2003. P. 415 y ss.

En nuestro parecer, y siguiendo a los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González, los elementos que otorgan un carácter internacional a los contratos podrían ser clasificados en unos criterios objetivos, que prevalecen en la práctica comercial, y un criterio subjetivo al que haremos particular mención habida cuenta de su peculiar carácter e impertinencia. Aquellos, corresponden a situaciones fácticas, constatables en la dinámica de las relaciones patrimoniales modernas; este es la simple manifestación de la voluntad de las partes.

A modo de ejemplo, debemos señalar que la última parte del inciso segundo del artículo 1º de la Convención de Méjico¹⁵ agrega que será internacional “*si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte*”¹⁶. De este modo, se respeta la posibilidad de adopción de otro criterio de internacionalidad, por más desueto o criticado que sea, siempre y cuando se trate de uno que contenga un carácter objetivo.

A continuación analizaremos cada uno de éstos elementos.

2.1 Criterios objetivos que determinan la internacionalidad de los Contratos

Varios han sido los elementos de tipo objetivo que se han tenido como determinantes de la Internacionalidad de los contratos en los diferentes instrumentos de derecho internacional privado y en la doctrina especializada en la materia. El domicilio de las partes o el lugar en donde se encuentra ubicado su establecimiento comercial o lugar de negocios, el traslado del bien o servicio materia de contrato de un país a otro, el lugar de ejecución de las obligaciones contractuales y la afectación del comercio internacional, son parámetros que han venido siendo desarrollados por la doctrina internacional como indicativos de la existencia de un elemento de internacionalidad en los contratos. No obstante lo anterior, los diferentes instrumentos de derecho internacional privado parecen haberse limitado a la exploración de uno solo de estos elementos, es decir, el domicilio de las partes contratantes, su residencia habitual, sobre el cual nos referiremos en primera medida.

2.1.1 El establecimiento y domicilio de las partes contratantes, su residencia habitual.

¹⁵Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales: Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V).

¹⁶Ámbito de aplicación. Artículo 1 Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales. Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.

Se entiende de manera general que un contrato es internacional cuando las partes del mismo tienen su residencia habitual, su establecimiento o lugar de negocios en dos Estados diferentes¹⁷.

Al respecto, debemos hacer mención a éste criterio de conexión (*establecimiento de las partes*) en la forma que se tiene en los diferentes instrumentos internacionales, principalmente en la Convención de Viena del 11 de abril de 1980¹⁸, por ser éste el instrumento que sirvió de modelo para el desarrollo de posteriores convenciones y además, el que mayor desarrollo jurisprudencial ha tenido. Al respecto es importante destacar que durante el desarrollo de la conferencia en la que se adoptó el texto de la convención, algunos países pretendieron incluir una definición de la expresión "*establecimiento*", lo cual no se logró en la medida que se pensó que la diversidad de criterios al respecto podría dar al traste con la aprobación del texto normativo¹⁹. Así entonces, y frente a esta *laguna* vale la pena resaltar lo señalado por el profesor Marchand, quien delineó los criterios a ser tenidos en cuenta para la determinación de lo que debe entenderse por "*establecimiento*" a efectos de la Convención, criterios estos que ya han sido adoptados de manera reiterada en varios casos que han sido resueltos a la luz de dicho cuerpo normativo, en los que se encuentra una delimitación del concepto siguiendo parámetros muy similares a los que explica Marchand y que en términos

¹⁷ RUBÉN B. SANTOS BELANDRO. *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*. Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología. 2ª ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998.

¹⁸ En el mismo sentido la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías.

¹⁹ Sobre el punto se ha señalado que "Even though the concept of "place of business" plays a central role in the Convention,[131] the Convention does not define the term.[132] As in German law, it can be assumed that a "place of business" is an establishment of some duration and with certain authorized powers. On the other hand, commercial management of the enterprise is not necessary, since the Convention does not require the place of business to be the main office. For the problems that can arise when a major enterprise has multiple places of business, Article 10(a) should provide an appropriate solution.[132a] Granted, it is not always easy to attach the contract to one of several places of business solely on the basis of the criterion of the "closest relationship to the contract and its performance". A good example is when the contract is negotiated and is to be performed by one place of business, but the formation of the contract is concluded in another place, such as in a multinational's headquarters in a different country. The provision that the circumstances as known to or contemplated by the parties must be taken into account defies further normative description.[133] The difficulties that, in connection with the determination of the place of business, arise with the term "party" when a state is a contracting party should be clarified with the help of the interpretation proposed by the Finnish delegation, that the party would be the governmental authority that is dealing with the business involved. The use of the "habitual residence" of a party as an alternative to "place of business" will rarely be applied to legal transactions governed by the Convention. It certainly does not apply merely because a party does some act outside of its place of business" *Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Published by Manz, Vienna: 1986.

generales se resumen en: una tendencia a la perduración y un carácter independiente²⁰.

Ejemplo 4º

Para ilustrar el criterio señalado, debemos traer como primer ejemplo un contrato de suministro de café suscrito entre dos comerciantes (comprador y vendedor), cuyo establecimiento o lugar principal de negocios se encuentran en Bolivia por el vendedor y Argentina por el comprador. De acuerdo con este contrato la mercadería negociada (café) será trasladada de un Estado a otro, ya que la misma será entregada en el establecimiento del comprador.

Ese acuerdo al ser examinado a la luz de la Convención de Viena de 1980 sería de aquellos considerados internacionales ya que implica una relación jurídica entre dos personas o comerciantes que tiene su establecimiento en Estados diferentes.

Igualmente podríamos mencionar un contrato de construcción celebrado entre una autoridad administrativa colombiana y una sociedad cuyo establecimiento o lugar permanente de negocios se encuentra en el Estado de Suiza, para la construcción (modernización) del aeropuerto de la capital del país. Este contrato igualmente sería de aquellos considerados internacionales por celebrarse entre dos personas jurídicas cuyo establecimiento se encuentra en Estados diferentes. Situación diferente se presentaría si el contrato es celebrado por la autoridad administrativa colombiana y una filial de una sociedad matriz cuyo establecimiento o lugar permanente de negocios se encuentra en el Estado de Suiza, en cuyo caso el contrato sería considerado como uno puramente local o nacional por carecer del elemento al que hacemos referencia, es decir, la ubicación del establecimiento de los contratantes en Estados diferentes.

Ahora bien, no obstante lo anterior, podría considerarse este criterio como incompleto si se tiene en cuenta que muchos de los contratos celebrados entre partes cuyo establecimiento o lugar de negocios se encuentran en diferentes Estados son ejecutados en uno de esos Estados únicamente. Ello, sin que la celebración del contrato implique de manera alguna el traslado de las mercancías o servicios negociadas de un Estado a otro, o que el contrato conlleve a la afectación del comercio internacional, criterios esto que, en nuestro parecer, si determinan de manera clara la existencia de un elemento de internacionalidad²¹.

²⁰ Ejemplos del concepto de establecimiento pueden ser encontrados en los casos: BELGIUM *Rechtbank*, District Court Hasselt 2 de junio de 1999, disponible online en la página <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990602b1.html>>.

²¹ Esta situación ha sido considerada también por la legislación y jurisprudencia extranjera al examinar los contratos de venta celebrados en términos EX WORKS, para efectos de darles el carácter de contratos internacionales, en la medida en que de acuerdo a dicho término el vendedor cumple su obligación de entrega de las mercancías poniéndolas a disposición del comprador en la fábrica o bodega del vendedor en origen. Así, el profesor Chua, al examinar las disposiciones vigentes en el Reino Unido, destaca que "This feature suggest that this mode of delivery is perhaps more akin to a domestic sale since the point of delivery is at the seller's premises. This has the important implication that it may under

Ejemplo 5º

Para ilustrar nuestra posición, citamos como ejemplo un contrato de suministro de café suscrito entre dos comerciantes (comprador y vendedor), cuyo establecimiento o lugar principal de negocios se encuentran en Bolivia por el vendedor y Argentina por el comprador. De acuerdo con los términos del contrato la mercadería negociada (café) no será trasladada de un Estado a otro, ya que la misma será entregada en el establecimiento del vendedor, para el consumo o procesamiento en el mismo Estado por parte del Comprador.

Ese contrato, a la luz de la Convención de Viena de 1980 sería de aquellos considerados internacionales ya que implica una relación jurídica entre dos personas o comerciantes que tiene su establecimiento en Estados diferentes. Ahora bien, en esa relación, es evidente que el domicilio o establecimiento del comprador es un factor meramente accidental, ya que no incide de manera alguna en la ejecución del contrato, por haberse pactado que las mercaderías permanecerían en el mismo Estado.

Con lo anterior no se pretende señalar que para que un contrato se considere internacional se deberá efectuar siempre un traslado de los bienes o servicios del país del vendedor o proveedor del servicio al país del comprador de las mercaderías o receptor del servicio. Basta con que los bienes o servicio se trasladen de un Estado a otro, como lo veremos más adelante, cuando nos refiramos a estos dos criterios.

De otro lado, se debe analizar el contenido mismo que a este punto de conexión se debe dar en cuanto a las personas naturales y jurídicas. Frente a las naturales, se pone de presente la diferencia que en este ámbito tienen los conceptos de domicilio y establecimiento, siendo mucho más acertado el primero para éstas, por lo que la Convención de Méjico surge incompleta en este aspecto necesitando el auxilio de

certain circumstances not be classed as an international supply contract under s. 26 of the Unfair Contract Terms Act 1977. Section 26 (4) states that for a contract to qualify as an international supply contract, it must meet any of the following conditions: a) the goods in question are, at the time of the conclusion of the contract, in the course of carriage, or will be carried, from the territory of one State to the territory of another; or b) the acts constituting the offer and acceptance have been done in territories of different states; or c) the contract provides for the goods to be delivered to the territory of a State other than within whose territory those acts were done. For the purpose of the Act, it is not sufficient that the seller is aware of the buyer's intention to take the goods abroad, the contract must have been made with that intention in mind and must objectively reflect that fact. The likelihood of an ex works contract not meeting this requirements is therefore great" (...) "*Amiry Flight Authority v. BAE Systems PLC* [2004] 1 All E.R. (Comm.) 385 (...) *Held*: The Court of Appeal reversed Tomlinson J.'s decision, stating that the clear words of s.26(4) clearly envisaged movement of goods from one country to another. In this case, there was no such movement. It was understandable for the lower court to assume that given the international character of the contract, it was an international supply contract but it could not be ignored that the contract clearly provided for the manufacture and delivery of the aircraft in England. It was thus, a domestic sale of goods". CHUA JASON. *Law of International Trade*. Sweet and Maxwell, Londres 2005. P. 108 y ss.

otros instrumentos de derecho internacional privado, como la *Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado* de Montevideo, 1979, en la que existe un orden descendente de reglas de determinación del domicilio de las personas²², comenzando por la residencia habitual, siguiendo por el centro principal de sus negocios y terminando con la simple residencia y el lugar en el que se encuentre. Sin embargo, se advierte que frente a los contratantes civiles, tal orden no debe ser el necesariamente aplicable en la medida que si bien pueden ser diferentes los lugares de su residencia habitual y el de su establecimiento, el relevante para efectos del contrato debe hacer aquel en donde se explotan los negocios.

En lo que tiene que ver con las personas jurídicas, de entrada se dice que se debe tener en cuenta la sede social real por encima de la meramente formal. Se menciona también a este respecto, la referencia que en la Convención de Viena de 1980 se hace de la pluralidad de establecimientos²³, para dar un amplio campo de apreciación al juez de modo que este tenga como decisivo aquel en el que exista una conexión objetiva y conocida por las partes que sea la más relevante frente a la totalidad del contrato.

Igualmente, y frente al núm. 3 del art. 1 de la Convención de Viena, se menciona cómo el resultado de un proceso en el que paulatinamente han dejado de ser tenidos en cuenta otros criterios como la nacionalidad de las partes y el lugar de celebración del contrato, van ganando relieve otros como el lugar de la ejecución del contrato o el domicilio del deudor de la prestación típica. Estos criterios fueron excluidos por la Comisión encargada de la redacción de dicho instrumento pero si hacían parte de la Ley Uniforme sobre Compraventas Internacionales de 1964²⁴.

²² Artículo 2º. El domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias: 1. El lugar de la residencia habitual; 2. El lugar del centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; 4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare.

²³ El artículo 10 de la norma señala que: " A los efectos de la presente Convención: a) Si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración; b) Si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

²⁴ El artículo 1º de dicha norma señalaba:

Article 1. 1. The present Law shall apply to contracts of sale of goods entered into by parties whose places of business are in the territories of different States, in each of the following cases: (a) where the contract involves the sale of goods which are at the time of the conclusion of the contract in the course of carriage or will be carried from the territory of one State to the territory of another; (b) where the acts constituting the offer and the acceptance have been effected in the territories of different States; (c) where delivery of the goods is to be made in the territory of a State other than that within whose territory the acts constituting the offer and the acceptance have been effected. 2. Where a party to the contract does not have a place of business, reference shall be made to his habitual residence. 3. The application of the present Law shall not depend on the nationality of the parties. 4. In the case of contracts by correspondence, offer and acceptance shall be considered to have been effected in the territory of the same State only if the letters, telegrams or other documentary communications which contain them have been sent and received in the territory of that State. 5. For the purpose of determining whether the parties have their places of business or habitual residences in "different States", any two or more States

Debemos señalar claro esta, que si bien uno de los factores determinantes de la internacionalidad es entonces el establecimiento y domicilio de las partes contratantes, éste criterio abandona de manera expresa la posibilidad de que uno de los factores a que se hace referencia sea la *nacionalidad* de las partes, tal y como se señaló por la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en el caso **Bottling Companies v. Pepsi Cola Panamericana**²⁵. Este caso involucró un contrato entre dos compañías venezolanas que estipularon que cualquier disputa se sometería al arbitraje en la ciudad de Nueva York bajo las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional. Cuando una de las partes invocó la cláusula del arbitraje, la otra objetó la misma por considerarla inválida e insistió que la jurisdicción permanecía en las cortes ordinarias venezolanas.

Confirmando la decisión del Tribunal de Caracas, la Corte Suprema de Venezuela rechazó el argumento y resalto la validez de la cláusula del arbitraje. Su decisión se basó en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Entrada en vigor de Laudos y Sentencias Extranjeros y en la Convención Interamericana en Arbitraje Comercial, las dos ratificadas por Venezuela, y que expresamente confirmaban la naturaleza obligatoria de un acuerdo arbitral del acuerdo mediante el cual las partes a un contrato comercial internacional decidían someter cualquier disputa al arbitraje.

Mientras era cierto que en el caso examinado las partes eran ambas compañías venezolanas, en la opinión de la Corte, la aplicación de las dos Convenciones estaba no obstante justificada ya que una de las compañías era de hecho una subsidiaria de una compañía de Estados Unidos. En el apoyo de esta interpretación amplia del concepto de contrato internacional de acuerdo con Artículo 1º de la Convención Interamericana en el Arbitraje Comercial, la Corte se refirió, entre otros, al Preámbulo de los Principios de UNIDROIT según el cual "[...] el concepto de 'internacional' debe darse los contratos con interpretación más amplia posible, para excluir sólo esas situaciones dónde ningún elemento internacional está en absoluto envuelto finalmente, es decir donde todos los elementos pertinentes del contrato en cuestión sólo se conectan con un país.

Consideramos desafortunada la interpretación anterior, toda vez que el criterio al que se hace referencia "*establecimiento de las partes*" no incluye de manera alguna la posibilidad de que en el mismo se incluya la nacionalidad de las partes. Aceptar la posibilidad de que la nacionalidad sea un factor determinante para llegar a la internacionalidad sería aceptar que, en un mundo globalizado con el actual, la gran mayoría de relaciones jurídico negociales adelantadas en la actualidad sean internacionales. Lo anterior, si consideramos que la economía actual se

shall not be considered to be "different States" if a valid declaration to that effect made under Article 11 of the Convention dated the 1st day of July 1964 relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods is in force in respect of them.

²⁵ 1997. Disponible en www.unilex.org

fundamenta sobre la base de la protección a la inversión y en especial la extranjera, consecuencia de ello, los grandes grupos empresariales cuya nacionalidad generalmente se encuentra ubicada en los llamados países desarrollados tienen filiales y subsidiarias en la gran mayoría de países del globo, con lo que los contratos celebrados por esas filiales y subsidiarias serían siempre considerados como internacionales.

2.1.2 El traslado del objeto o servicio materia del contrato de un país a otro.

Este criterio había sido adoptado ya en materia de compraventa internacional de mercaderías por la ya mencionada Ley Uniforme sobre Compraventas Internacionales de 1964²⁶, según la cual se consideraba internacional el contrato de compraventa de mercaderías en aquellos casos en que el bien o mercadería era transportado de un país o territorio de un Estado al de otro país²⁷.

De acuerdo con este criterio, y en lo que hace referencia a la compraventa, consideraremos internacional un contrato de compra venta suscrito entre dos nacionales de un mismo país para la venta de un bien determinado cuando ese bien será transportado de un país a otro.

Ejemplo 6º

Un ejemplo que nos ayuda a ilustrar éste criterio, en materia de compraventa, podría ser la compraventa de café celebrada entre dos comerciantes cuyo domicilio o establecimiento de comercio se encuentra ubicado en la ciudad de Bogotá D.C. y en el cual, de acuerdo a lo estipulado por las partes, la mercancía deberá ser entregada en un puerto de los Estados Unidos de Norte América. Lo anterior, en virtud de la incorporación al contrato del término CIF (Cost, Insurance and Freight)²⁸, según el cual, el café será transportado a expensas del vendedor hasta

²⁶ **UNIFORM LAW ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS. (1964)**
CHAPTER I SPHERE OF APPLICATION OF THE LAW *Article 1.1.* The present Law shall apply to contracts of sale of goods entered into by parties whose places of business are in the territories of different States, in each of the following cases: (a) where the contract involves the sale of goods which are at the time of the conclusion of the contract in the course of carriage or will be carried from the territory of one State to the territory of another; (b) where the acts constituting the offer and the acceptance have been effected in the territories of different States; (c) where delivery of the goods is to be made in the territory of a State other than that within whose territory the acts constituting the offer and the acceptance have been effected.

²⁷ No obstante, este criterio fue sujeto de supresión en los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1980, por considerarse que ello implicaría la aplicación de esa norma a una gran cantidad de partes cuyos establecimientos se encontraban en estados en donde dicha norma no había sido ratificada.

²⁸ Los Incoterms, entre ellos el término CIF, son un conjunto de reglas internacionales, compilados por la Cámara de Comercio Internacional, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional. Publicación 560 CCI/ICC. Para una ilustración más completa de estos términos ver: JOSÉ VICENTE GUZMAN. *Incoterms 2000. Sus relaciones con los contratos de transporte y de seguro.* Revista de Derecho Privado. Número 7 – 2001. Universidad Externado de Colombia.

el puerto de destino, quien además deberá asumir los costos del seguro²⁹. Éste tipo de contrato, podría no ser considerado como internacional si es observado bajo el criterio de domicilio o establecimiento de las partes, ya que en éste caso particular ambas partes se encuentran domiciliadas en un mismo país. No obstante, el simple desplazamiento de las mercancías a otro país, trae como consecuencia que la prestación característica del contrato sea ejecutada en un país diferente al de origen, tanto de las mercancías, como de las partes, lo que genera necesariamente que la relación trascienda las fronteras de la ley de las partes.

Caso diferente se presentaría si la obligación del vendedor en el mismo tipo de contrato, se limitara a la entrega de las mercaderías en el país de donde provienen ambas partes. Lo anterior ya que en éste caso la prestación característica se deberá ejecutar en el país donde ambas partes tienen su domicilio o establecimiento permanente, por lo que el contrato no trascendería las barreras del derecho local. No obstante ha sido discutido en varias ocasiones, y en especial con motivo de la redacción de la Convención de Viena de 1980, si el contrato debería ser considerado como internacional en aquellos eventos en que era de esperarse que las mercancías entregadas fueran a ser transportadas a un país diferente³⁰.

Otro ejemplo que nos ilustra este criterio, es aquel caso en que se celebra un contrato de construcción o prestación de servicios de mantenimiento según el cual, el constructor o contratista se obliga a ejecutar las obras fuera del país en donde éste tiene su domicilio o establecimiento permanente. Supongamos igualmente la celebración de un contrato de franquicia en donde el franquiciante otorga la licencia para la explotación de una marca fuera del territorio del país en donde éste tiene su domicilio o establecimiento permanente.

Finalmente, cuando hablamos del contrato de transporte, consideramos que el mismo es internacional en aquellos eventos en que el punto de origen y destino se encuentren en puntos ubicados en el territorio de diferentes Estados, independientemente de la nacionalidad de las partes o las rutas o medios que se utilicen para alcanzar el logro trazado³¹.

2.1.3 El lugar de ejecución de las obligaciones contractuales.

Otro de los criterios que debe tenerse en cuenta para determinar que un contrato es internacional, es el del lugar de ejecución de las obligaciones contractuales, entendido este como uno según el cual en aquellos eventos en los cuales las prestaciones de una determinada relación se ejecutan en dos o más jurisdicciones

²⁹ Bajo este término comercial, el vendedor se obliga a: 1. Entregar la mercadería y documentos necesarios; 2. empaque y embalaje; 3. Flete (de fábrica al lugar de exportación); 4. Aduana (documentos, permisos, requisitos, impuestos); 5. Gastos de exportación (almacenaje, agentes), y; 6. Flete y seguro (de lugar de exportación al lugar de importación).

³⁰ UNCITRAL, Memorias del Grupo de Trabajo II, 1968-1978. Reporte del Grupo de Trabajo sobre Compraventa Internacional en su primera sesión del 5 a 16 de enero de 1970 A/CN.9/35.

³¹ Ministerio de Transporte, Decreto 804 del 08/05/2001. Artículo segundo: Transporte marítimo internacional: Es aquel que se realiza entre puertos colombianos y extranjeros.

nos encontraremos frente a un contrato internacional, criterio éste que esta íntimamente ligado al anterior, pero que no siempre concuerda.

Ejemplo 7º

Supongamos entonces, la celebración de un contrato de venta de mercaderías en donde la entrega de las mercaderías se realiza en el territorio de un Estado y el pago del precio en otro Estado diferente. En estos eventos es evidente que la ejecución de cada una de estas prestaciones estará sujeta a regímenes jurídicos distintos y por lo tanto será internacional.

En el mismo sentido podríamos considerar internacional un contrato de construcción en el cual el contratista se obliga a la construcción de un oleoducto o una red eléctrica que atraviesa el territorio de dos o más Estados. En ese caso particular, es evidente que el contratista estará sometido, inclusive ante la existencia de una cláusula de elección de ley, a diferentes regímenes jurídicos o por lo menos, a las normas de carácter imperativo de cada uno de los Estados en donde se desarrollan las obras³². Lo anterior, independientemente que la persona que contrata el servicio tenga o no su domicilio o establecimiento permanente en el mismo Estado del contratista.

A su vez, es importante precisar igualmente que el criterio estudiado en el presente acápite se encuentra íntimamente ligado con el concepto del **dépeçage** o fraccionamiento legal, entendido este como la posibilidad de aplicar las normas de diversos países a los diferentes elementos de una situación jurídica³³. Dicha figura puede tener aplicación en la práctica de forma *voluntaria*, cuando media elección de las partes, o *involuntaria*, por la elección que hace el juez o arbitro y que ya ha sido reconocida ampliamente por las diferentes normas de conflicto vigentes en la actualidad³⁴. De manera tal que en aquellos casos en que se tiene una relación

³² CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE) Artículo 7. Leyes de policía 1. Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivaran de su aplicación o de su inaplicación. 2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.

³³ LAGARDE, Paul. « Le Dépeçage dans le droit international privé des contrats ». 1975 Pág 649.

³⁴ CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) Artículo 9 Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

jurídica sometida a la ejecución de prestaciones en diferentes Estados será posible aplicarle a esta las diferentes leyes de esos diferentes Estados, en consideración a cada una de las prestaciones.

2.1.4 La afectación del comercio internacional.

Este criterio, del que no se encuentran mayores desarrollos, ha sido trabajado por algunos tratadistas e incorporado de manera alguna en el Artículo 1492 del Código de Procedimiento Civil Francés. Esta norma señala que “*Se considera internacional el arbitraje que afecta a intereses del comercio internacional*”³⁵.

En ese mismo sentido tenemos la Ley Española de Arbitraje (Ley 60/2003), que en su artículo 3º dispone que el arbitraje será internacional cuando: “*la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional*”, norma esta sobre la cual se expresó en su exposición de motivos lo siguiente:

“El artículo 3 regula la determinación del carácter internacional del arbitraje, que resulta relevante para la aplicación de aquellos artículos que contienen reglas especiales para los arbitrajes internacionales que se desarrollen en nuestro territorio. Así, se establece por primera vez en nuestro ordenamiento en qué casos un arbitraje es internacional; lo que debe facilitar la interpretación y aplicación de esta ley en el contexto del tráfico jurídico internacional. Además, debe tenerse en cuenta que existen convenios internacionales cuya aplicación exige una definición previa del arbitraje internacional. La determinación del carácter internacional del arbitraje sigue sustancialmente los criterios de la Ley Modelo. A éstos resulta conveniente añadir otro: que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a los intereses del comercio internacional. Se trata de un criterio ampliamente desarrollado en otros ordenamientos, con el que se pretende dar cabida a supuestos en que, aunque no concurren los elementos anteriormente establecidos por la ley, resulte indudable su carácter internacional a la luz de las circunstancias del caso. Por otra parte, la ley evita la confusión que la pluralidad de domicilios de una persona, admitida en otros ordenamientos, podría causar a la hora de determinar si un arbitraje es internacional o no”.

Esta tesis se concentra más en los efectos que en la estructura de la relación adaptándose mejor a las necesidades del comercio globalizado actual. Sin embargo, se advierte la inconveniencia de la misma por la dificultad que existe en la práctica para determinar en qué momento existen efectos transfronterizos, lo excesivo en su ámbito de aplicación precisamente por el contexto del tráfico

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.

³⁵ Introducido por el Decreto nº 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial de 14 de mayo de 1981 modificado JORF de 21 de mayo de 1981

jurídico actual y más aún por su explicación un tanto tautológica (“un supuesto es “*internacional*” cuando produce efectos “*internacionales*”)³⁶.

2.2 Criterio Subjetivo.

De otro lado, el criterio subjetivo al que hacíamos referencia, no es otro que el de la decisión de las partes de hacer de su contrato, un contrato internacional. En este sentido, tenemos que hay quienes propenden por una libertad, una total autonomía de las partes al momento de disponer de sus intereses y de determinar cual serán las normas que han de regir los mismos. Teniendo en cuenta esto, y en la medida que el criterio de internacionalidad no responde sino a la necesidad de determinar cuál es régimen jurídico que habrá de aplicarse a un contrato, cabe preguntarse lo siguiente: Si las partes son libres de determinar cuál es ese régimen, ¿qué utilidad real tendría el concepto de la internacionalidad de los contratos? Es decir, si las normas internacionales pueden aplicarse sin ningún tipo de restricción, ¿de qué sirve decir que un determinado contrato es nacional o internacional?

Al ser la autonomía de las partes el criterio que determina si el contrato es internacional o no, a efectos de aplicarle las normas que se han previsto para ese tipo de contratos, se está dando a la autonomía privada no solo una autonomía dispositiva sino que también normativa³⁷. Una opinión en ese sentido no es aceptada por el consenso de la doctrina ni de los instrumentos internacionales, en donde siempre termina por hacerse referencia a un elemento de internacionalidad objetivo en la relación contractual; sin embargo, en los mismos instrumentos, pero con un fundamento diferente, se permite y hasta en ciertos casos se propende por la aplicación a los contratos nacionales de las normas previstas para los internacionales. Esto responde a la tendencia a la *universalidad* con que suelen adoptarse los instrumentos de Derecho Internacional Privado que, de nuevo, persiguen alcanzar una certeza meridiana acerca del régimen jurídico que debe ser aplicado a una disposición de intereses particular.

Así, con el claro objetivo de disminuir la incertidumbre sobre las normas a que deben ceñirse los contratos internacionales, se llega a la aplicación de un régimen propio de estos contratos, bien incluyéndolos dentro del ámbito objetivo de aplicación de los instrumentos del Derecho Internacional Privado por ser contratos internacionales propiamente, o porque de su redacción se desprenda una aspiración de aplicación universal (directa por su ratificación, o indirecta por servir de modelo) que permita llegar a una misma solución.

³⁶ ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado*. Volumen I. 7ª Ed. Editorial Comares, Granada 2006. P. 11.

³⁷ “En fin, se puede concebir dicha autonomía como poder reconocido a los particulares ‘para disciplinar por si mismos sus propias relaciones, reconociéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos’, autonomía negocial que explica la concurrencia del poder de disposición particular con el poder normativo del ordenamiento y la colaboración entre ellos.” Scognamiglio, citado por HINESTROSA, Fernando, en Tratado del Negocio Jurídico, sin publicar.

Estos criterios o elementos que determinan si un contrato sale de las fronteras nacionales, no tienen otra función entonces que la de poner de presente una dificultad en el marco jurídico propio de los contratos a que se refieren, en la medida que surge un interrogante: En los casos en que se llegue a la conclusión de que un contrato es de la categoría de los Internacionales, ¿Qué régimen jurídico debe aplicarse?

En lo que hace referencia al criterio subjetivo en la práctica, encontramos que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, señala en su literal (c), del número 3 del artículo 1º que un arbitraje es internacional si:...“**c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.**” Norma esta que ha sido altamente criticada por ser demasiado amplia en el otorgamiento de facultades a las partes para determinar la internacionalidad del arbitramento por su mera voluntad. Es por ello que algunos países, entre ellos Colombia, al adoptar la ley modelo omitieron ese último criterio de internacionalidad³⁸. Otro ejemplo es el de la Ley de Arbitramento Internacional de Ontario de 1990, señala de manera expresa que “*Sin importar lo dispuesto en el literal (c), del número 3 del artículo 1º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, el arbitramento que se adelanta en Ontario entre partes que tiene su domicilio en Ontario **NO** será internacional únicamente porque las partes han expresado que la materia de la disputa se relaciona con más de un Estado*”³⁹.

3. El concepto de Internacionalidad en los tratados y convenciones

A continuación, revisaremos los criterios tenidos en cuenta para determinar la internacionalidad del contrato por los principales y más utilizados instrumentos de carácter internacional⁴⁰. Lo anterior, no sin antes señalar que en la gran mayoría de los casos no se encuentra una definición expresa de lo que se considera como un *contrato internacional*, sino más bien, una delimitación del ámbito de aplicación de cada uno de los instrumentos en mención, del que podremos definir el alcance de la expresión *internacional* en cada uno de los instrumentos.

3.1 Convenciones relativas al contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías.

3.1.1 Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

³⁸ LEW JULIAN, MISTELIS LOUKAS, KROLL STEFAN. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International 2003. P. 57 y 58.

³⁹ Artículo 2 (3)

⁴⁰ Vale la pena resaltar que la labor realizada se limita única y exclusivamente a establecer las normas que en la materia se han incorporado en los instrumentos mencionados, sin que ello represente un análisis profundo de cada una de dichas normas. En una próxima entrega procederemos a realizar un análisis profundo de las disposiciones citadas.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG por sus siglas en Inglés) firmada en Viena, Austria el 11 de abril de 1980, representa un logro evidente en aras de conseguir la uniformidad de la regulación en materia comercial internacional, como quiera que, además de tener un gran número de países que han ratificado el instrumento⁴¹, regula tal vez el contrato más divulgado a nivel comparado, convirtiéndose en un referente obligado de nuestro estudio.

Si bien en el texto de la convención no se encuentra un acápite referido a las definiciones, ni mucho menos una definición expresa de lo que debemos considerar como “*Contrato de Compraventa Internacional*”, este se deriva de una interpretación sistemática del objeto que pretende regular la Convención de Viena, es decir de su ámbito de aplicación. Después de los intentos realizados por la Ley Uniforme sobre Compraventas internacionales de 1964, para señalar una definición expresa de contrato internacional basado en criterios como el traslado de las mercaderías de un país a otro, la Convención de Viena de 1980 regreso al criterio del lugar de negocios o establecimiento de las partes contratantes.

Vale la pena señalar que la omisión de la definición de lo que se debe considerar como “*Contrato de compraventa Internacional*” fue intencionada. La misma fue sujeto de supresión por considerarse que las provisiones de la misma Convención señalaban de manera clara los eventos en los cuales la norma debía aplicarse, es decir, definían claramente su ámbito de aplicación y por lo tanto no era necesaria la incorporación de tal definición⁴².

Al respecto el artículo 1º de la norma señala:

“Artículo 1

“1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

“a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o

“b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

“2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

⁴¹ 70 a la fecha de publicación del presente artículo. Información tomada de la página web:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

⁴² UNCITRAL, Memorias del Grupo de Trabajo II, 1968-1978. Reporte del Grupo de Trabajo sobre Compraventa Internacional en su Segunda sesión A/7618.

“3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.”

Según el artículo transcrito, podríamos señalar que la Convención de Viena adhiere a dos criterios para determinar cuando estamos ante un contrato internacional: en primer lugar, al prescribir en su numeral primero, que las disposiciones de la misma se aplicarán cuando las partes del contrato tengan sus establecimientos en Estados diferentes, nos está indicando la adopción del *establecimiento de las partes* como el criterio a tener en cuenta para determinar la internacionalidad del contrato, pues, si ante esa situación de disparidad de establecimiento es que se entiende aplicable la Convención, y en la medida que su ámbito de aplicación es el de las *Compraventas Internacionales de Mercaderías*, concluimos que tal es el entendimiento que debe dársele a la expresión internacional, en dicho instrumento, claro, condicionando ese hecho al de la ratificación que se haga de la Convención por parte del Estado en el que se encuentra una de las partes.

En segundo lugar, y en la medida que el literal b) del mismo numeral de la norma bajo examen hace referencia a las normas de Derecho Internacional Privado, se está adoptando el criterio del *conflicto de leyes*, que no es sino otra forma de determinar cuál es el régimen aplicable a un determinado contrato, que, reiteramos, es lo que precisamente se busca al definir si un contrato es o no internacional. Al respecto, señala la Convención que en el evento en que las normas de conflicto⁴³ determinen que el régimen jurídico aplicable a un contrato es el de la Convención de Viena, en ese caso también estamos dentro de su ámbito de aplicación.

Adicionalmente, vale la pena destacar que el numeral tercero del artículo antes citado igualmente delimita el alcance de la norma únicamente al establecimiento de las partes, excluyendo de manera directa la posibilidad de que el criterio utilizado sea el de la nacionalidad de las mismas. La norma señala que: “*A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato*”.

Bastante explicativo es el siguiente párrafo de la sentencia de la Corte Suprema de Austria de 10 de Noviembre de 1994⁴⁴, en la que se dice: “*La condición básica para la aplicación de la CISG es la existencia de un contrato de compraventa ‘internacional’*”. El contrato de compraventa debe ser celebrado entre partes que tengan su establecimiento de negocios en diferentes Estados contratantes. La

⁴³ Se entiende por norma de conflicto, aquella que permite determinar cual es el régimen jurídico aplicable al fondo del negocio. En ese sentido, la Convención de Viena de 1980 no es una norma de conflicto, en la medida que se aplica a la formación del contrato de compraventa y a los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. De otro lado, la Convención de Méjico es una norma de conflicto porque expresamente dice que “determinará el derecho aplicable a los contratos internacionales” que entren en su ámbito objetivo de aplicación.

⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Austria de 10 de Noviembre de 1994 (Chinchilla furs case). <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941110a3.html>

expresión no se encuentra expresamente definida pero se refiere a un contrato⁴⁵, que obliga a una parte (vendedora) a entregar bienes y a transferir su derecho de propiedad, y a otra parte (comprador) a pagar el precio de compra y aceptar la entrega. Se trata por lo tanto de una relación de intercambio de 'bienes por dinero'. 'Bienes' significando propiedad mobiliaria. Una condición adicional es que las partes del contrato tengan sus establecimientos de negocios en países diferentes. 'Establecimiento de negocios' es toda ubicación de la cual [una parte] participa en transacciones económicas de manera independiente. Si una parte no tiene un establecimiento de negocios, v.gr., una persona natural, acorde con el artículo 10 literal b) de la CISG, la residencia habitual se convierte entonces en un lugar relevante⁴⁶.

En suma, un contrato es internacional para los efectos de la Convención de Viena cuando el comprador y el vendedor tienen su establecimiento o lugar de negocios en Estados diferentes. El hecho de que los bienes o mercancías se muevan de un país a otro es irrelevante. Adicionalmente, la internacionalidad deberá ser conocida o al menos presumida por las partes, ya sea por lo discutido durante la etapa precontractual o por la información suministrada por las partes antes de la ejecución. El Artículo 1(2) de la Convención requiere que ambas partes tengan conocimiento de que sus lugares de negocios se encuentran en Estados diferentes⁴⁷.

3.1.2 Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías.

Esta Convención, aprobada en el seno de una conferencia diplomática el 12 de julio de 1974, sería modificada en 1980 para darle coherencia frente al texto de la Convención en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías y que en todo caso sólo entraría a regir en agosto de 1988⁴⁸, tiene como objeto la unificación de los términos en que es necesario iniciar las respectivas reclamaciones de los derechos sustanciales que surgen de la compraventa internacional de mercaderías

⁴⁵ El alcance de la expresión "Contrato de Compraventa" se puede deducir de lo que se establece en los artículo 30 (obligaciones del vendedor) y 53 (obligaciones del comprador). Artículo 30. El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención. Artículo 53. El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

⁴⁶ "Se ha establecido que las partes tienen su residencia habitual en dos países parte de la Convención; por lo tanto, la CISG es aplicable de acuerdo con el artículo 1 numeral 1 literal a), porque las partes no escogieron la ley aplicable ni tampoco excluyeron la aplicación de la Convención. Más aún, el contrato de compraventa de pieles, un contrato sobre propiedad mueble, fue celebrado en vigencia de la Convención."

⁴⁷ LYN BROOM, JIM MEDFORD: *Convention on the International Sale of Goods: Its dangers & its advantages*, disponible en: www.smithmoorelaw.com

⁴⁸ http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_limitation_period.html.

para evitar que la disparidad de los mismos se convierta en un obstáculo para el desarrollo del comercio mundial⁴⁹. En lo pertinente, su artículo segundo consagra:

“Artículo 2

“A los efectos de la presente Convención:

“a) se considerará que un contrato de compraventa de mercaderías es internacional cuando, al tiempo de su celebración, el comprador y el vendedor tengan sus establecimientos en Estados diferentes;

“b) el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes no será tenido en cuenta cuando ello no resulte del contrato, ni de tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato, o al celebrarlo;

“c) cuando una de las partes en el contrato de compraventa tenga establecimientos en más de un Estado, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su ejecución, habida cuenta de circunstancias conocidas o previstas por las partes en el momento de la celebración del contrato;

“d) cuando una de las partes no tenga establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual;

“e) no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes, ni la calidad o el carácter civil o comercial de ellas o del contrato.”

3.2 Convenciones internacionales en materia de transporte.

3.2.1 Transporte Terrestre

En relación con el transporte terrestre, consideramos relevante examinar las decisiones 398 y 399 de la Comunidad Andina en materia de transporte internacional de personas y de cosas, respectivamente. Sobre el particular, es importante resaltar que en el año de 1969 se firmó el llamado “Acuerdo de Cartagena”, en virtud del cual nació un proceso de integración regional conocido

⁴⁹ Derivado del hecho de tener un Protocolo de enmienda, esta convención tiene una peculiaridad en cuanto al estado actual de su vigencia a nivel internacional en la medida que el protocolo modificatorio no fue adoptado por los mismos 27 estados que inicialmente aprobaron el texto no enmendado ya que tan solo 19 de ellos lo hicieron. Para una nota explicatoria de cuales estados aprobaron el texto enmendado, el no enmendado y las fechas en que lo hicieron y entró en vigor en cada uno de ellos ver: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_status.html. De cualquier forma, Colombia no hace parte de ninguna de las dos listas, en el continente americano se encuentra en vigor, con la enmienda de 1980, tan sólo en Estados Unidos, Méjico, Cuba, Paraguay, Uruguay y Argentina. Los estados de Brasil, Costa Rica, República Dominicana y Nicaragua no ratificaron la enmienda.

inicialmente como el Pacto Andino que ha buscado, entre otros objetivos, facilitar el tráfico de personas y mercancías entre los países de la comunidad.

Así las cosas, en materia de transporte terrestre intracomunitario de pasajeros por carretera, la Decisión 398 de la hoy Comunidad Andina de Naciones señaló:

“Artículo 1.- Para la aplicación de la presente Decisión y de las demás normas comunitarias que regulan el transporte internacional de pasajeros por carretera entre países del Acuerdo de Cartagena, se entiende por: (...)

Operación de Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, en adelante "operación de transporte", el conjunto de servicios que el transportista autorizado presta al pasajero y las actividades que ejecuta durante la ruta, desde el momento en que los pasajeros se embarcan para el inicio del viaje hasta el instante de su desembarco en destino. (...)

Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, en adelante "transporte internacional", el transporte de personas que al amparo de boletos de viaje y una lista de pasajeros realiza el transportista autorizado en vehículos habilitados, desde una ciudad de origen hasta otra de destino, ubicadas en diferentes Países Miembros, de acuerdo a las rutas, frecuencias e itinerario establecidos. (...)

Artículo 5.- El transporte internacional de pasajeros por carretera que se efectúe entre Países Miembros del Acuerdo de Cartagena o en tránsito por sus territorios, se regirá por la presente Decisión y sus normas complementarias.

Asimismo, son aplicables estas normas cuando el vehículo habilitado deba ser transportado, durante un tramo determinado y sin que se efectúe el transbordo de los pasajeros, por otro medio de transporte, ya sea marítimo, fluvial, lacustre o terrestre, cuyo uso sea necesario para continuar con el transporte internacional”.

De otro lado, en lo que atañe al transporte de mercancías por carretera, la Decisión 399 de la Comunidad Andina guardando un criterio muy similar, estableció lo siguiente:

“Artículo 1.- Para la aplicación de la presente Decisión y de las demás normas comunitarias que regulan el transporte internacional de mercancías por carretera entre países del Acuerdo de Cartagena, se entiende por: (...)

Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, en adelante "Contrato de Transporte", el acto o negocio jurídico por medio del cual el transportista autorizado se obliga para con el remitente, y por el pago de un flete, a ejecutar el transporte de mercancías por carretera, desde un lugar en que las toma o recibe hasta otro de destino señalado para su entrega, ubicados en diferentes Países Miembros. (...) (subrayas fuera de texto)

Operación de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, en adelante "Operación de Transporte", el conjunto de servicios que el transportista autorizado realiza para efectuar el transporte de mercancías, desde el momento en que las recibe hasta que las entrega al destinatario. (...)

Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, en adelante "transporte internacional", el porte de mercancías que, amparadas en una Carta de Porte Internacional por Carretera y un Manifiesto de Carga Internacional, realiza el transportista autorizado en vehículos habilitados y en unidades de carga, debidamente registrados, desde un lugar en el cual las toma o recibe bajo su responsabilidad hasta otro designado para su entrega, ubicados en diferentes Países Miembros. (...) (subrayas fuera de texto)

Artículo 5.- El transporte internacional de mercancías por carretera que se efectúe entre Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, o en tránsito por sus territorios, se regirá por la presente Decisión y sus normas complementarias.

Asimismo, son aplicables estas normas cuando el vehículo habilitado y la unidad de carga sean transportados, durante un tramo determinado y sin que se efectúe la descarga de las mercancías, por otro medio de transporte, ya sea marítimo, fluvial, lacustre o terrestre, cuyo uso sea necesario para continuar con el transporte internacional".

Como puede verse fácilmente, el criterio general establecido en la normativa andina para establecer en qué momento existe una operación de transporte –de pasajeros o de cosas – internacional que pueda regirse por sus disposiciones, consiste en examinar si la operación de transporte se verifica entre puntos ubicados en territorios de dos países miembros diferentes del acuerdo interregional, es decir, prevalece el criterio objetivo del traslado del bien o servicio de un país a otro, al cual nos referimos anteriormente.

3.2.2 Transporte Marítimo

El transporte marítimo, es por esencia internacional⁵⁰. Al margen de los contratos de fletamento, actualmente existen en el mundo tres convenciones internacionales que regulan casi en su totalidad el traslado de mercancías por mar, particularmente en lo que tiene que ver con el transporte de línea regular. Los Convenios a que se hace referencia son:

⁵⁰ "El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque es, normalmente, un contrato de carácter internacional, teniendo en cuenta que el comercio marítimo por lo general implica que los puertos de origen y de destino de un transporte determinado están situados en países diferentes. De hecho, no sólo el transporte, sino una importante proporción de las actividades marítimas tienen un carácter internacional. De ahí que desde tiempo atrás en el ámbito del derecho marítimo se haya procurado la unificación normativa, mediante la aplicación de reglas de aplicación voluntaria y de convenciones internacionales que actualmente conforman un cuerpo normativo de derecho uniforme de extensiva aplicación". JOSÉ VICENTE GUZMÁN. *El Contrato de transporte Marítimo de Mercancías Bajo Conocimiento de Embarque*, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 65.

3.2.2.1 Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, expedido en la ciudad de Bruselas el 25 de agosto de 1924. (Reglas de la Haya).

Este convenio en su versión original constituyó un primer intento, de un lado, por unificar las normas aplicables a los contratos de transporte marítimo bajo conocimiento de embarque y de otro, por disminuir la posibilidad de que los transportadores se exoneraran de toda clase de responsabilidades vía estipulación contractual como venían haciéndolo largo tiempo atrás⁵¹. Estas reglas nacieron en un contexto de derecho anglosajón y constituyen un régimen particularmente favorable a los intereses del transportador marítimo.

La convención, en relación con su ámbito de aplicación, expresamente señala que:

Artículo 1 En el presente Convenio se emplean las palabras siguientes en el sentido preciso que se indica a continuación: b) “Contrato de transporte” se aplica únicamente al contrato de porte formalizado en un conocimiento o en cualquier documento similar que sirva como título para el transporte de mercancías por mar; se aplica igualmente al conocimiento o documento similar emitido en virtud de una póliza de fletamento, a contar desde el momento en que este documento regula las relaciones del porteador y del tenedor del conocimiento.

Artículo 10 Las disposiciones del presente Convenio se aplican a todo conocimiento formalizado en uno de los Estados contratantes. (Subrayas fuera de texto).

De acuerdo a lo anterior, el convenio será aplicable a todos los contratos de transporte marítimo cuyo conocimiento de embarque haya sido expedido en un país miembro. No obstante lo anterior, su restringido ámbito de aplicación llevó a que en la práctica, las más de las veces por exigencias domésticas para garantizar su aplicación, se incluyera en el documento de transporte una estipulación contractual que les dé aplicación vía la inclusión de una “Cláusula Paramount”⁵².

De otro lado, cabe resaltar que algún sector de la doctrina discute el que en atención al texto literal del Convenio, dicha normativa podría resultar aplicable en ciertos casos al transporte de “cabotaje”, esto es, al que se realiza entre dos puertos ubicados en territorio de un mismo Estado, poniendo así en entredicho su aplicación a un verdadero contrato internacional⁵³.

⁵¹ “Before the Hague Rules came into existence in 1924 there was no international regime in place regulating the carriage of goods by sea. In England, each contract for the carriage of goods was viewed in isolation (...) Carriers were therefore able to exclude many of the basic obligations that would had been implied at common law”. ANDREW PRESTON. *Introduction to the Hague – Visby Rules en The Hague Visby Rules Seminar*, Lloyd’s List Events, 2002, p. 1.

⁵² Al respecto ver JOSÉ VICENTE GUZMÁN, Op. Cit., P. 73 y ss.

⁵³ “En lo que hace a su carácter internacional, dispone que sus normas son <aplicables a todo conocimiento formalizado en un Estado contratante> (art. 10), norma que parece explícita pero que

3.2.2.2 Protocolo modificadorio del Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, Protocolo de Visby de 1968 (Reglas de la Haya Visby).

Este protocolo modificó el Convenio original firmado en 1924 para hacer algunas actualizaciones y ampliar el ámbito de aplicación del mismo. En este sentido, dicho instrumento internacional dispuso específicamente en lo que tiene que ver con el ámbito de aplicación de la normativa que:

Artículo 5 El artículo 10 del Convenio queda sustituido por el texto siguiente: “Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán a todo conocimiento relativo al transporte de mercancías entre puertos de dos Estados diferentes cuando: a) El conocimiento sea formalizado en un Estado Contratante, o b) El transporte tenga lugar desde un puerto de un Estado contratante, o c) El conocimiento estipula que el contrato se regirá por las disposiciones del presente Convenio o de cualquier otra legislación que las que las apliquen o les den efecto, sea cual fuere la nacionalidad del buque, del porteador, del cargador, del cargador, del consignatario o de cualquier otro interesado. “Cada Estado Contratante aplicará las disposiciones del presente Convenio a los mencionados conocimientos. “Este artículo no impedirá que un Estado Contratante aplique las disposiciones del presente Convenio a los conocimientos no comprendidos en los párrafos precedentes.” (Subrayas fuera de texto)

Como consecuencia de la modificación atrás examinada, el contrato de transporte marítimo internacional, esto es, el que implica la realización de un trayecto que se efectúe entre puertos de dos Estados diferentes, se regirá por las disposiciones iniciales del Convenio de 1924 adicionándole a su texto los cambios efectuados por el Protocolo, siempre que el conocimiento de embarque sea formalizado en un Estado contratante, lo mismo que cuando el transporte se efectúe desde un puerto ubicado en un Estado contratante (con independencia del lugar de expedición del conocimiento), o bien, cuando las partes inserten en el conocimiento una cláusula que les dé efecto o cuando la ley del foro implique la aplicación de una ley que las reconozca o les dé efecto.

3.2.2.3 Reglas de Hamburgo

De otro lado se encuentra la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte de Mercancías de 1978, más conocida como las Reglas de Hamburgo. Esta normativa, un poco más preocupada por proteger los intereses de los cargadores, buscó brindar un mayor rango de alcance a sus disposiciones no sólo

implica numerosos problemas de interpretación, pues supone, en su significación literal, que éste rija incluso el tráfico de cabotaje, y de ahí que la doctrina estimara conveniente su reforma”. JOSÉ MARÍA RUIZ SOROA, S. ZABALETA SARASÚA Y M. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ. *Manual de Derecho del Transporte Marítimo*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria – Gasteiz, 1997, P. 366.

desde el punto de vista del ámbito de aplicación del Convenio, sino también al regular bajo sus disposiciones además los contratos amparados con un conocimiento de embarque, aquellos que se ampararan bajo otro tipo de documentos expedidos para verificar el transporte. Así las cosas, este convenio señaló:

Artículo 2. Ámbito de aplicación

1. Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán a todos los contratos de transporte marítimo entre dos Estados diferentes, siempre que: a) El puerto de carga previsto en el contrato de transporte marítimo esté situado en un Estado Contratante; o b) El puerto de descarga previsto en el contrato de transporte marítimo esté situado en un Estado Contratante; o c) Uno de los puertos facultativos de descarga previstos en el contrato de transporte marítimo sea el puerto efectivo de descarga y ese puerto esté situado en un Estado Contratante; o d) El conocimiento de embarque u otro documento que haga prueba del contrato de transporte marítimo se emita en un Estado Contratante; o e) El conocimiento de embarque u otro documento que haga prueba del contrato de transporte marítimo estipule que el contrato se regirá por las disposiciones del presente Convenio o por la legislación de un Estado que dé efecto a esas disposiciones.

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

3. Las disposiciones del presente Convenio no se aplicarán a los contratos de fletamento. No obstante, cuando se emita un conocimiento de embarque en cumplimiento de un contrato de fletamento, las disposiciones del Convenio se aplicarán a ese conocimiento de embarque si éste regula la relación entre el porteador y el tenedor del conocimiento que no sea el fletador.

4. Si en un contrato se prevé el transporte de mercancías en embarques sucesivos durante un plazo acordado, las disposiciones del presente Convenio se aplicarán a cada uno de esos embarques. No obstante, cuando un embarque se efectúe en virtud de un contrato de fletamento, se aplicarán las disposiciones del párrafo 3 de este artículo.

De lo anterior puede verse que según la disposición que determina el ámbito de aplicación del Convenio, el mismo será aplicable al contrato de transporte marítimo siempre que la operación de transporte refleje que el puerto de carga, o el de descarga forman parte de un Estado miembro. Igualmente, se aplicará el convenio cuando el conocimiento de embarque haya sido expedido en un Estado miembro o cuando en el conocimiento de embarque se inserte una cláusula en virtud de la cual las partes expresamente prevean la aplicación del mismo, bien directamente, bien remitiéndose a una legislación interna que les dé efecto. Cabe resaltar que de acuerdo con las disposiciones del Convenio, el mismo sólo será aplicable cuando el

Contrato tenga el carácter de internacional a la luz de sus disposiciones, esto es, cuando el transporte se realice entre puertos de dos Estados diferentes⁵⁴.

3.2.2.4 Decreto 2324 de 1984

Si bien el transporte marítimo se encuentra regulado principalmente en convenios internacionales, no es menos cierto que en nuestro régimen jurídico interno existen algunas disposiciones normativas que establecen parámetros para su reglamentación.

Así, el Decreto 2324 de 1984, dispuso lo siguiente:

ARTICULO 143.- TRANSPORTE INTERNACIONAL Y DE CABOTAJE: Los servicios de transporte marítimo pueden ser internacionales o de cabotaje. Los servicios internacionales se prestan entre puertos extranjeros y puertos colombianos y los de cabotaje entre puertos colombianos.

PARAGRAFO: Cuando en desarrollo de una operación de transporte de cabotaje se efectúe cargue o descargue de mercancías o se embarque o desembarque pasajeros en un puerto extranjero, se considerará para todos los efectos como transporte internacional.

De acuerdo con la norma transcrita, el transporte marítimo será considerado internacional por nuestras autoridades locales, siempre que la operación se verifique entre puertos ubicados en territorios de dos Estados diferentes. Por oposición, se le llama transporte de cabotaje al que se realiza entre puertos ubicados dentro del territorio del Estado colombiano.

3.2.3 Transporte Aéreo

3.2.3.1 Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional. Varsovia, 12 de octubre de 1929.

En materia de transporte aéreo, el Convenio de Varsovia de 1929 se erige como el texto normativo base. Por diversas razones⁵⁵, dicho Convenio fue objeto de diversas modificaciones⁵⁶, razón por la cual llegó a manejarse el concepto de

54 "Las Reglas de Hamburgo condicionan su aplicación expresamente al carácter internacional del contrato exigiendo que el transporte sea entre Estados diferentes y, además que el puerto contractual de carga o descarga (y en el caso de puertos alternativos, aquel en que se efectúe la descarga) o en que se emita el conocimiento, sea un puerto de un Estado contratante o que el contrato contenga un pacto expreso por el que se acuerde su aplicación (art. 2)". JOSÉ MARÍA RUIZ SOROA, Op. Cit, P . 370.

55 En líneas generales, el convenio inicial es en exceso generoso, con el transportador aéreo, pues fija unos límites indemnizables e (sic) irrisorios, y le permite al transportador exonerarse fácilmente de su responsabilidad". JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *El Contrato de Transporte*, Editorial Temis, Bogotá, 1991, p. 8.

56 "Over the years it became clear that the Warsaw Convention required amendment. For example the limitation of liability in the event of death or injury of a passenger was found to be too low" (...) "The basic

“régimen” o “sistema” de Varsovia para referirse al conjunto normativo integrado por el convenio en su versión original y posteriores reglamentaciones complementarias del mismo. No obstante el gran esfuerzo que se hizo por adaptar el convenio a las necesidades del presente al integrar el “sistema” de Varsovia, lo cierto es que la disgregación normativa hizo cada vez más difícil la aplicación unificada del “sistema” al igual que viable el surgimiento de interpretaciones diversas en torno a sus disposiciones al interior de los Estados.

Así las cosas, el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional suscrito en Varsovia el 12 de Octubre De 1929, dispone que:

Artículo 1º.

1.2. Se califica como "transporte internacional", en el sentido del presente Convenio, todo transporte en el cual con arreglo a las estipulaciones de las Partes, el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción de transporte o transbordo, están situados ya en el territorio de dos Altas Partes Contratantes, ya en el territorio de una sola Alta Parte Contratante, con tal de que se prevea una escala intermedia, bien en territorio sometido a la soberanía, jurisdicción, mandato o autoridad de cualquier otra Potencia, aunque no sea Contratante. El transporte sin la susodicha escala entre territorios sometidos a la soberanía, jurisdicción, mandato o autoridad de la misma Alta Parte Contratante no se considerará como internacional en el sentido del presente Convenio. (...)

3. El transporte que haya de ejecutarse por varios porteadores por vía aérea, sucesivamente se considerará para la aplicación de este Convenio como transporte único cuando haya sido considerado por las Partes como una sola operación, bien que haya sido ultimado por medio de un solo contrato o por una serie de contratos, y no perderá su carácter internacional por el hecho de que un solo contrato o una serie de ellos deban ejecutarse íntegramente dentro de un territorio reducido a la soberanía, jurisdicción, mandato o autoridad de una misma Parte Contratante. (Subrayas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, la operación de transporte aéreo será internacional y podrá regirse por la convención siempre que se verifique entre puntos ubicados en territorios de dos Estados que sean parte del convenio internacional, o bien, cuando el transporte se haga en el territorio de un solo Estado parte pero se prevea la realización de una escala fuera de su territorio⁵⁷. De igual forma, el artículo

Convention regulates the legal liabilities and relationships between carriers by air, on the one hand, and passengers, as well as cargo consignors and consignees, on the other". CLIVE SCHMITTHOFF. *Schmitthoff's Export Trade*. Sweet & Maxwell, Tenth Edition, 2000, p. 324.

⁵⁷ "(...) es de anotar que de acuerdo con el Convenio de Varsovia, lo que le da al transporte internacional esta característica, es el hecho de que las partes acuerden que el punto de partida y de destino de la aeronave, se encuentren espacialmente dentro de los requisitos exigidos por el Convenio, es decir, que las partes acuerden que el punto de partida y el de destino se encuentren en territorio de dos altas partes contratantes, o que partiendo y llegando al territorio de una misma alta parte contratante, tenga sin

primero de la referida normativa también aclara que procedería su aplicación en los casos en que por ser considerado como transporte “único”, la operación de transporte se realice empleando varios transportadores aéreos bien mediante la celebración de uno o varios contratos parte de los cuales deba(n) ejecutarse en territorio de un solo Estado parte.

3.2.3.2 Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de transporte aéreo internacional de Montreal de 1999.

De otro lado, el Convenio de Montreal de 1999 resultó ser un esfuerzo unificador y actualizador en relación con el “régimen” de Varsovia. A este respecto, autorizada doctrina sostiene que “El texto del Convenio de Montreal de 1999 incorpora todos los aspectos más significativos que tienen relación con el contrato de transporte aéreo internacional y la responsabilidad del transportista. En este orden de ideas, concluye con la dispersión legislativa que tiene el "Sistema de Varsovia", integrado por varios convenios y protocolos, lo que motivó la necesidad de su modernización”⁵⁸.

Sobre su ámbito de aplicación dicho instrumento internacional guarda el mismo parámetro vigente a la luz del “régimen” de Varsovia al mantener el criterio general de considerar internacional el transporte aéreo que se efectúe entre puntos de origen y destino ubicados en dos Estados parte. En este sentido el convenio dispone:

Artículo 1°.Ambito de aplicación.

2. Para los fines del presente convenio, la expresión transporte internacional significa todo transporte en que, conforme a lo estipulado por las partes, el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados, bien en el territorio de dos Estados Partes, bien en el territorio de un solo Estado Parte si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque éste no sea un Estado Parte. El transporte entre dos puntos dentro del territorio de un solo Estado Parte, sin una escala convenida en el territorio de otro Estado, no se considerará transporte internacional para los fines del presente convenio.

3. El transporte que deban efectuar varios transportistas sucesivamente constituirá, para los fines del presente convenio, un solo una serie de contratos, y no perderá su carácter internacional por el hecho de que un solo contrato o una serie de contratos deban ejecutarse íntegramente en el territorio del mismo Estado.

embargo una escala en otro Estado, así este no sea alta parte contratante. En consecuencia, si por cuestión de hecho o por cualquier imprevisto, la aeronave hace escala o se detiene en territorio de otro país, no por ese sólo hecho el transporte es internacional, puesto que las partes no habían convenido tal escala”. JAVIER TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit., p. 16.

⁵⁸ MARIO O. FOLCHI. Perspectiva Regional en América Latina del Convenio de Montreal de 1999. Documento disponible en <http://www.casummit.com/show/mariofolchi.htm>

3.3 Convenciones relativas a reglas de conflicto y mecanismos alternativos de resolución de conflictos

3.3.1 Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales

La Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, firmada el 19 de junio de 1980⁵⁹, a la vez que tiene un ámbito temático más amplio que el de la de la Convención de Viena, es más restringida que aquella en cuanto a su alcance espacial, al ser una convención adoptada en el seno de la Comunidad Europea. Al igual que la Convención de Viena de 1980, esta convención no trae una referencia expresa a lo que debe entenderse por Contrato Internacional, no obstante podemos inferirla del siguiente artículo:

“Artículo 1

“Ámbito de aplicación

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

“[...]”

Si bien la redacción de la norma en su versión castellana no es la más clara, según el texto normativo transcrito, en la Convención de Roma no se está adoptando un criterio de internacionalidad. Únicamente se busca determinar o detectar una situación de conflicto normativo a un supuesto fáctico determinado, y en el caso que tal conflicto se presente entre normas de diferentes países, allí entonces estaremos en presencia de una situación contractual cuya ley aplicable será decidida según las normas de la Convención. Como lo señala Espugles Mota el Convenio de Roma de 1980 no refiere a las obligaciones contractuales “internacionales”, limitándose a señalar – de forma genérica – que cubre aquellas que impliquen un “conflicto de leyes”. Esta expresión esconde la voluntad de admitir una posible aplicación del texto convencional, tanto a los conflictos de leyes “internacionales” – los que surgen entre ordenamientos jurídicos de distintos países-, como a los “internos” – planteados entre ordenamientos jurídicos independientes coexistentes dentro de un mismo país - . Tal es, por ejemplo, el caso del Reino Unido⁶⁰.

El propósito de la norma del artículo 1^o es el de definir los objetivos primordiales de las normas uniformes⁶¹ a ser aplicadas según la Convención de Roma. Sin embargo, consideramos que para las situaciones contractuales que se encuadran

⁵⁹ Ese día la Convención fue firmada por Bélgica, Alemania, Italia, Francia, Irlanda, Luxemburgo y los Países Bajos.

⁶⁰ CARLOS ESPUGLES MOTA. Derecho del Comercio Internacional 2ª Edición 2006. P. 157. Editorial Tirant lo Blanch.

⁶¹ REPORTE sobre la Convención sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales escrito por Mario Giuliano Profesor, Universidad de Milán y Paul Lagarde Profesor, Universidad de Paris I. Journal officiel n° C 282 du 31/10/1980 p. 0001 – 0050. Disponible en: www.rome-convention.org

dentro del ámbito de aplicación de la Comunidad Europea, un contrato es internacional, cuando frente al mismo existe la duda acerca de las normas que han de aplicársele al contenido y ejecución del mismo. Existen situaciones en donde la ley no se considera apropiada para gobernar un contrato o las relaciones resultantes del mismo. Esas situaciones son aquellas en donde se encuentran involucrados uno o más elementos extranjeros o ajenos al sistema legal de un determinado Estado. Por ejemplo, el hecho de que una de las partes o todas tienen diferente nacionalidad o habitan afuera de ese Estado, el hecho de que el contrato fue suscrito fuera de ese Estado o el hecho de que una de las obligaciones debe ser cumplida fuera de ese Estado, son factores que determinan que varios sistemas legales reclamen su aplicación. Esas son las situaciones a las cuales precisamente las normas uniformes se deben aplicar⁶².

SANTOS BELANDRO⁶³ señala que en la Convención de Roma se optó por no definir cuando un contrato adquiriría el carácter de internacional, teniendo en cuenta que son muchos los elementos que podrían afectar una situación jurídica nacional para hacerla extraña, y en lo que se refería a su ámbito de aplicación se optó por decir que la convención se aplicaba a los contratos en que se presenten conflictos entre leyes⁶⁴. Criterio que en opinión del autor no hace sino confundir el efecto con la causa que lo origina. En todo caso, y no obstante la falta de existencia de criterios precisos de definición de la internacionalidad, se consideró que era en todo caso necesario que el contrato tuviera una base objetiva que diera fundamento a que la simple voluntad de las partes se tuviera como suficiente para otorgar el carácter internacionalidad de un contrato⁶⁵; así, solo cuando de manera intrínseca un contrato es de tipo internacional es que se puede someter a un orden jurídico diferente al de los contratos nacionales, de lo contrario, la ley aplicable a esos contratos es sin duda la *lex fori*.

El autor divide los criterios adoptados por esta norma de conflicto en jurídicos y económicos, siendo los primeros aquellos que implican que la relación jurídica tiene contacto con más de un ordenamiento jurídico y los puntos de contacto con los ordenamientos (domicilio, o el establecimientos de las partes) operan de forma previa a la configuración de la relación jurídica. Los segundos, hacen referencia, de la misma forma que lo manejan otros autores, a una situación consecencial derivada de la relación jurídico comercial, de su desarrollo, con la necesaria consecuencia de ampliación del entendimiento de los contratos a que se puede

⁶² *Ibidem*.

⁶³ RUBÉN B. SANTOS BELANDRO. *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*. Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología. 2ª ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998.

⁶⁴ **Artículo 1. Ámbito de aplicación** 1. Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales.

⁶⁵ "Pero de todos modos no se consideró suficiente para darle un carácter internacional, la sola declaración de las partes eligiendo una ley extranjera o el hecho de darle competencia a un juez o a un árbitro extranjeros, debido a que la pura elección subjetiva de las partes —a través de la autonomía de la voluntad— sólo funcionará si se encuentra avalada por una realidad objetiva preexistente." Ruben B. Santos, *ibid*. P. 35.

aplicar, siendo factible como lo comenta el autor, que un contrato entre partes con domicilio en el mismo país, celebrado y ejecutado en el mismo país, le sea aplicada la Convención de Roma en virtud de la entrega de una mercancía que fue importada por el vendedor. Esto último ha generado la discusión acerca de si es posible aplicar esta Convención a contratos domésticos, decisión que se puede encontrar motivada en razones no fraudulentas, sino en razones de conveniencia en la medida que puede ser la norma más idónea para determinar el régimen aplicable.

Sea del caso mencionar que la continuación del mismo artículo consagra supuestos de excepción a la regla general de aplicación referida, supuestos dentro de los que se encuentran los relativos al estatuto personal (relaciones de familia) y otras materias que por tener un convenio en particular no se entienden incluidas. Debemos entonces, de acuerdo a lo que se establece en el Convenio de Roma, determinar cuando existe la duda acerca de las normas que han de aplicársele al contenido y ejecución del contrato, para determinar cuando nos encontramos frente a un contrato internacional.

3.3.2 Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales fue adoptada en Méjico el 17 de marzo de 1994 en el marco de la Quinta Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado (CIDIP-V); a diferencia de las anteriores, el texto de esta Convención si contiene de manera expresa una disposición sobre que debe entenderse por contrato internacional, así:

“Ámbito de aplicación

“Artículo 1

“Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales.

“Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.

“[...].”

Frente al anterior texto, no es necesario hacer más interpretaciones que una gramatical, para determinar el significado que acá se da a la internacionalidad de los contratos. En el texto vemos como se adopta un criterio objetivo dividido en dos sub criterios así: de un lado encontramos una aplicación, en términos similares a la Convención de Viena, del criterio de internacionalidad según el domicilio de las partes, de modo que un contrato internacional si el establecimiento o lugar de negocios de los contratantes se encuentra en países diferentes.

De otro lado, la convención amplía el entendimiento que le da a la internacionalidad del contrato, al decir que un contrato es igualmente internacional cuando tiene

contactos objetivos con diferentes países; surge no obstante un interrogante, ¿que tipo de contactos con diferentes países hacen que un contrato sea internacional? Nos parece que esa segunda mención precisamente lo que pretendía, era allanar el camino para que al momento de aplicación de la convención por parte de los jueces, tuvieran una herramienta lo suficientemente amplia como para ser aplicada a un gran numero de contratos con una tendencia de internacionalidad, pero cuidando claro está, el referente imprescindible a la objetividad de los indicadores. No obstante, parece ser que esa indeterminación es la causante de que este instrumento solo haya sido ratificado por dos países⁶⁶.

En cuanto a la Convención de Méjico, se comenta⁶⁷ que si bien esta optó por definir el concepto de contrato internacional y decir cuáles eran los puntos de contacto que deberían ser tenidos en cuenta, no se define el entendimiento que debe darse a los mismos, dejando esto a la ley sustancial que resulte ser la aplicable a un determinado contrato internacional⁶⁸. En todo caso, dice, se insistió en mantener un criterio objetivo que no permitiera que la simple voluntad de las partes pudiera calificar el contrato como internacional⁶⁹, esta situación debe surgir del contrato mismo y tal fue el criterio que terminó prevaleciendo, no obstante, se dejó una definición lo suficientemente abierta como para incluir diferentes posibilidades.

Por lo anterior se habla entonces de un criterio estricto y de un criterio laxo. Bajo el primero, se entiende de manera clara que un contrato es internacional cuando las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en dos Estados diferentes. Este criterio sin duda ofrece las ventajas derivadas de la existencia de una norma expresa y clara, sin embargo, no define lo que debe entenderse por esos criterios de conexión como se anuncio anteriormente.

3.3.3 Ley Modelo en materia de Conciliación Internacional

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, aprobó en su Asamblea General del 24 de junio de 2002 la Ley Modelo en materia de Conciliación Internacional con el propósito, pretendido por la gran mayoría de instrumentos de DIP, de disminuir los riesgos e incertidumbres ocasionados por la falta de un régimen aplicable a los casos en que se presenta

⁶⁶ Méjico y Venezuela.

⁶⁷ RUBÉN B. SANTOS BELANDRO. *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*. Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología. 2ª ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998.

⁶⁸ CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) CAPITULO PRIMERO. *Ámbito de aplicación*. Artículo 1º: Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales. Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.

⁶⁹ "Parra Aranguren estuvo en desacuerdo con incluir la expresión 'que entrañe un conflicto de leyes' ya que de este modo se permitía crear artificialmente la internacionalidad del contrato mediante la elección de una ley extranjera para regir a un contrato puramente interno." RUBÉN B. SANTOS. *Ibíd.* P. 36.

una conciliación de este orden⁷⁰. Precisamente, el primer artículo de la ley modelo define lo que debe entenderse por una conciliación con carácter comercial y lo más importante para nosotros, internacional:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación y definiciones

“1. La presente Ley se aplicará a la conciliación comercial internacional.

“2. A los efectos de la presente Ley, el término ‘conciliador’ podrá hacer referencia a un único conciliador o, en su caso, a dos o más conciliadores.

“3. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por ‘conciliación’ todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (‘el conciliador’), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas.

“El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

“4. Una conciliación será internacional cuando:

“a) Las partes en un acuerdo de conciliación tengan, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o [subrayado y negrita fuera de texto]

“b) El Estado en que las partes tengan sus establecimientos no sea:

“i) El Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial; ni

“ii) El Estado que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia.”

3.3.4 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional⁷¹

Por medio de este instrumento, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, pretende servir de guía en el proceso de modernización y armonización de las leyes de los países en materia de arbitraje, de modo que sigan y tengan en cuenta las tendencias y necesidades que se han

⁷⁰ Esta ley modelo no ha tenido una gran difusión y sólo ha servido de modelo para normas locales en Croacia (2003), Canadá (2005), Hungría (2002), Nicaragua (2005) y Estados Unidos (2001), en este país no se adoptó una normativa federal directamente derivada de la ley modelo, sino que en algunos estados se tuvieron en cuenta sus principios básicos. Al respecto ver: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation_status.html.

⁷¹ (Documento de las Naciones Unidas A/40/17, Anexo I) (Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985)

puesto de presente en la práctica internacional⁷². Para estos efectos y en la medida que su ámbito objetivo de aplicación es internacional, se tendrá un arbitraje como tal según lo dispuesto en el primer artículo de la ley modelo así:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación

“1) La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado.

“2) Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado.

“3) Un arbitraje es internacional si:

“a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o [subrayado y negrita fuera de texto]

“b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

“i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

“ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

“c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.”

La Ley Modelo define como internacional un arbitraje si "las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes" (párrafo 3) del artículo 1). La inmensa

⁷² En la lista que a continuación se transcribe, existen leyes basadas en la ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: Alemania, Australia, Austria (2005), Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Belarús, Bulgaria, Camboya (2006), el Canadá, Chile, China: Hong Kong y Macao, regiones administrativas especiales; Chipre, Croacia, Dinamarca (2005), Egipto, España, la Federación de Rusia, Filipinas, Grecia, Guatemala, Hungría, la India, Irán (República Islámica del), Irlanda, el Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nicaragua (2005), Nigeria, Noruega (2004) , Nueva Zelandia, Omán, Paraguay, el Perú, Polonia (2005), la República de Corea, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia y las Bermudas, territorio de ultramar, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Turquía (2001), Ucrania; los Estados Unidos de América: California, Connecticut, Illinois, Louisiana, Oregón y Texas; Zambia, y Zimbabwe. Tomado de la pagina de la CNUDMI, www.unictr.org. En Colombia se expidió la Ley 315 de 1996 *Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones*, norma que se basó y transcribió de manera casi literal el texto de la ley modelo.

mayoría de las situaciones que suelen considerarse internacionales responden a ese criterio. Además, un arbitraje es internacional si el lugar del arbitraje, el lugar del cumplimiento del contrato, o el lugar del objeto del litigio están situados fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos, o si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado⁷³.

Vale la pena señalar que el criterio de internacionalidad aplicable a los contratos no corresponde siempre al criterio de internacionalidad en materia de arbitramento, así este mecanismo alternativo de resolución de conflictos se origine también en un contrato. Lo anterior, ya que uno de los factores que determina la internacionalidad del arbitraje es en sí mismo, el carácter internacional de la relación contractual en disputa y que da origen a ése método alternativo de resolución de conflictos. Al respecto se ha dicho que, en materia de arbitraje internacional, el criterio objetivo se concentra en materia o asunto objeto de la disputa y en el carácter nacional o internacional de la transacción en disputa. Así, el interés comercial internacional o el carácter transnacional del contrato, será suficiente para que el arbitraje califique como internacional⁷⁴.

Existe una cantidad significativa de jurisprudencia francesa relacionada con el concepto de transacción internacional. Igualmente, las Cortes Francesas han tomado una aproximación liberal para determinar una definición puramente económica del arbitraje internacional: un arbitraje es internacional si resulta de una disputa que envuelve a las economías de más de un Estado⁷⁵. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Paris señaló que: "*La naturaleza internacional del arbitraje debe ser determinada de acuerdo con la realidad económica del proceso o transacción del cual surge. Al respecto, todo lo que se requiere es que la transacción envuelva la transferencia de bienes, servicios o recursos a través de las fronteras nacionales, mientras que la nacionalidad de las partes, la ley aplicable al contrato o al arbitraje y el lugar del arbitramento son irrelevantes*"⁷⁶. Esta definición fue igualmente adoptada por la *Cour de Cassation* en sentencia del 21 de mayo de 1997 en el caso *Renault vs V2000*.

En el mismo sentido debemos referirnos al ya derogado⁷⁷ artículo 832 del Código de Procedimiento Civil Italiano⁷⁸, en el cual se establecía que el arbitramento se

⁷³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Texto de la Nota Explicativa, página 22.

⁷⁴ LEW JULIAN, MISTELIS LOUKAS, KROLL STEFAN. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International 2003. P. 58.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Paris, sentencia del 14 de marzo de 1989, en el caso *Murge Seigle vs Coflexip*, *Rev Arb* 335 (1991).

⁷⁷ Procedura civile: modifiche in materia di processo di Cassazione e arbitrato Decreto legislativo 02.02.2006 n° 40, G.U. 15.02.2006

⁷⁸ Art. 832. (Arbitrato internazionale) Qualora alla data della sottoscrizione della clausola compromissoria o del compromesso almeno una delle parti risieda o abbia la propria sede effettiva all'estero oppure qualora debba essere eseguita all'estero una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto al quale la controversia si riferisce, le disposizioni dei capi da I a V del presente titolo si applicano

considera internacional si para la fecha de la firma de la cláusula compromisoria o pacto arbitral las partes tienen su domicilio o lugar de negocios en el exterior, o si una parte fundamental de las obligaciones que surgen de la relación contractual de la cual surge la disputa debe ser ejecutada en el extranjero.

3.4 Convenciones relativas a garantías y otros instrumentos financieros utilizados en el tráfico mercantil internacional

3.4.1 El Tratado de Unidroit sobre Leasing Financiero Internacional.

De manera casi simultánea se terminaron los trabajos preparatorios que fueron encomendados por parte del Instituto para la Unificación del Derecho Privado a dos grupos de expertos en las materias de los contratos de Leasing y de Factoring internacional, trabajos que serían presentados para su aprobación en la reunión de la asamblea general realizada en Ottawa, Canadá en mayo de 1988⁷⁹. Se trata de una convención bastante corta en la medida que contiene tan sólo 25 artículos, divididos en tres capítulos: Ámbito de aplicación y aspectos generales, Derechos y Obligaciones de las Partes y Disposiciones Finales. Es precisamente en el artículo 3º del Capítulo I en el que se refiere al punto que es de nuestro interés:

“Artículo tercero

"1. La presente Convención se aplicará cuando el arrendador y el arrendatario tengan sus establecimientos en Estados diferentes y:

“a) aquellos Estados y el Estado en que el proveedor tiene su establecimiento sean Estados Contratantes; o

“b) tanto el contrato de suministro y el contrato de arrendamiento se rijan ambos por la ley de un Estado Contratante.”

En lo que se refiere a la definición que bajo este tratado se le da al contrato de leasing financiero internacional, la norma adopta un criterio objetivo, el del establecimiento de las partes⁸⁰, para predicar la internacionalidad del contrato de leasing, con esto, no encontramos diferencia con otros instrumentos de derecho internacional privado como la CISG o la Convención de Roma, no obstante, vale la pena mencionar este Tratado por la peculiar relación contractual que se configura por medio del contrato de leasing financiero, en donde si bien en rigor solo intervienen dos partes, la sociedad de leasing y el usuario, también es cierto que

all'arbitrato in quanto non derogate dal presente capo. Sono in ogni caso salve le norme stabilite in convenzioni internazionali."

⁷⁹ Se encuentra en vigor en 20 países, dentro de los que en Latinoamérica solo esta Panamá y en América del Norte Canadá y EUA. Ver <http://www.unidroit.org/english/implementation/i-88-1.pdf>.

⁸⁰ “El carácter internacional del contrato no depende, como se ha hecho en otras convenciones de materia mercantil internacional, de la nacionalidad de las partes: sino de que ellas tengan sus establecimientos en Estados diferentes.” JORGE ADAME GODDARD. *La Convención de UNIDROIT sobre Arrendamiento Financiero Internacional*. Revista de Derecho Privado de la Universidad Autónoma de Méjico. P. 2.

hay una relación de aprovisionamiento ajena al leasing pero que es su base, formada entre el proveedor y la sociedad de leasing. Así entonces y en la medida que los sujetos intervinientes pueden encontrarse en diferentes establecimientos a efectos del Tratado, es del caso determinar a cuales de esas situaciones es aplicable ese tratado⁸¹.

Varios son entonces los supuestos: en uno, tanto el usuario, como la sociedad de leasing como el proveedor tienen sus establecimientos en Estados parte diferentes; en otro, tanto el usuario como la sociedad de leasing tienen su establecimiento en un Estado parte diferente al del proveedor; y en un último supuesto en el que habría duda, tanto el proveedor como la sociedad de leasing tienen su domicilio en un Estado parte diferente al del usuario.

En primer lugar, y en la medida que como ya lo dijimos, en el contrato de leasing financiero son partes el usuario y la entidad de leasing, tenemos que el contrato de leasing financiero es internacional cuando *las partes* tienen su establecimiento en Estados diferentes, claro, siempre que tales Estados sean parte del tratado. Entonces como la diferencia de establecimiento es importante en la medida que esta se refiera a *las partes* del contrato, tenemos que el contrato de leasing financiero es internacional a efectos del tratado en dos circunstancias: en primer lugar, en la hipótesis en que tanto usuario, proveedor y sociedad leasing, tienen establecimientos diferentes; y en segundo lugar, cuando el proveedor tiene el mismo establecimiento que la sociedad de leasing, pero este es diferente de aquel del usuario. Es claro que en ambas hipótesis estamos frente a un contrato internacional según el establecimiento de las partes del contrato de leasing, como quiera que los establecimientos que son relevantes en este punto son los del usuario y el de la sociedad de leasing.

3.4.2 Convención de UNIDROIT sobre Factoring Internacional.

Como arriba se dijo, en la Conferencia del Instituto de Ottawa de 1998⁸², se aprobaron los textos presentados por las comisiones de expertos relativas al Contrato de Leasing, pero también al de Factoring internacional por lo que las anotaciones de vigencia deben entenderse las mismas. En el punto que nos concierne, su artículo segundo refiere lo siguiente:

“Artículo 2

“1. – La presente Convención se aplicará cuando los créditos cedidos conforme al contrato de factoring se originen de un contrato de compraventa de mercaderías

⁸¹ FLORES DOÑA MARIA. *El leasing internacional en el Tratado UNIDROIT*. P. 15 y ss. En la Biblioteca de la Universidad Complutense http://www.ucm.es/eprints/1533/01/PA_LH Duarte.pdf

⁸² Convención ratificada únicamente por 7 Estados y como tal ha entrado en vigor: **Artículo 14** 1. – La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

entre un proveedor y un deudor que tengan sus establecimientos en Estados diferentes y:[subrayado y negrita fuera de texto]

“(a) dichos Estados y el Estado en el cual el cesionario tenga su establecimiento sean Estados Contratantes; o

“(b) que tanto el contrato de compraventa de mercaderías como el contrato de factoring se rijan por la ley de un Estado contratante.

“2. – En la presente Convención, cualquier referencia al establecimiento de una de las partes, designará – si tiene más de un establecimiento – el establecimiento que guarde la relación mas estrecha con el contrato en cuestión y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración de ese contrato o en el momento de su celebración.”

Podríamos decir que esta Convención adopta un criterio de internacionalidad bastante novedoso y por decirlo así, derivado. Lo anterior, ya que la internacionalidad del contrato de factoring dependerá única y exclusivamente de la internacionalidad de contrato de compraventa que dio origen a los créditos cedidos en virtud del factoring.

3.4.3 Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil.

Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil fue adoptado en la Ciudad del Cabo en noviembre de 2001. Éste convenio incluye dos protocolos, uno sobre cuestiones específicas a los elementos de equipo aeronáutico y otro relacionado con aspectos ferroviarios (Luxemburgo 2007). El Convenio es uno de los más ambiciosos que han sido concluidos hasta la fecha. Los intereses sobre equipo móvil de gran valor y expuestos al cruce de fronteras de manera permanente han venido siendo expuestos al riesgo creado por las diferencias sustanciales que existen sobre la materia en los diferentes regímenes jurídicos. El Convenio nos provee un régimen legal internacional para la creación, perfeccionamiento y prioridad de las garantías, en equipos aéreos y otros bienes que deberán estar sometidos a un sistema de registro internacional⁸³.

Este Convenio incluye, claro esta, una definición poco clara de lo que se debe considerar como “*garantía internacional*”, la cual puede encontrarse en el artículo 2º de la norma, el cual transcribimos a continuación.

Artículo 2 — Garantía internacional

⁸³ Comentario Oficial sobre el Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, realizado por el Profesor Sir Roy Goode.

El presente Convenio prevé un régimen para la constitución y los efectos de garantías internacionales sobre ciertas categorías de elementos de equipo móvil y los derechos accesorios.

Para los efectos del presente Convenio, una garantía internacional sobre elementos de equipo móvil es una garantía constituida con arreglo al Artículo 7⁸⁴ sobre un objeto inequívocamente identificable, de una de las categorías de tales objetos enumeradas en el párrafo 3⁸⁵ y designada en el Protocolo:

- a) dada por el otorgante en virtud de un contrato constitutivo de garantía;
- b) correspondiente a una persona que es el vendedor condicional en virtud de un contrato con reserva de dominio; o
- c) correspondiente a una persona que es el arrendador en virtud de un contrato de arrendamiento.

No obstante lo ambiguo que puede parecer la definición anterior, el cuerpo normativo en mención establece en su artículo 1º la definición de lo que se debe entender como una “*transacción interna*”, la cual, según se señala en dicha norma es una transacción de uno de los tipos enumerados en los apartados a) a c) del párrafo 2 del Artículo 2, cuando el lugar en que están concentrados los intereses de todas las partes en esa transacción está situado, y el objeto pertinente se encuentra (como se especifica en el Protocolo), en el mismo Estado contratante en el momento en que se celebra el contrato y cuando la garantía creada por la transacción ha sido inscrita en un registro nacional en ese Estado contratante que ha formulado una declaración en virtud del párrafo 1 del Artículo 50.

De acuerdo con lo anterior, entonces podemos definir lo que se entiende como una “garantía internacional” como aquella en la cual al momento de su constitución el lugar en que están concentrados los intereses de todas las partes en esa transacción está situado en diferentes Estados, y el objeto pertinente se encuentra en diferentes Estados.

3.4.4 Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente

Se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1995, con el propósito de unificar el régimen aplicable los casos en que en el comercio internacional se utilizan las cartas de crédito o las garantías independientes, identificando los principios y rasgos que les son comunes en aras siempre de la modernización y unificación de las reglas del comercio internacional.

⁸⁴ **Artículo 7 — Requisitos de forma** Una garantía se constituye como garantía internacional en virtud del presente Convenio cuando el acuerdo que la crea o prevé: a) es escrito; b) está relacionado con un objeto del cual el otorgante, el vendedor condicional o el arrendador puede disponer; c) permite identificar el objeto de conformidad con el Protocolo; y d) en el caso de un contrato constitutivo de garantía, permite determinar las obligaciones garantizadas, pero sin que sea necesario declarar una cantidad o una cantidad máxima garantizada.

⁸⁵ **Párrafo 3:** Las categorías mencionadas en los párrafos anteriores son: a) células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros; b) material rodante ferroviario; y c) bienes de equipo espacial.

Su vigencia es bastante reducida, tan sólo ocho Estados (Colombia no lo ha ratificado), siendo Liberia el Estado parte en que entró en vigor de manera más reciente⁸⁶.

La Convención da respaldo legal a la autonomía de las partes para remitir de común acuerdo a ciertas reglas o prácticas comerciales como las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU) publicadas por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), o a otras reglas o prácticas que puedan ir surgiendo respecto de las cartas de crédito contingente, y a las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación (RUG), recopiladas así mismo por la (CCI). Además de ser esencialmente compatible con estas reglamentaciones basadas en prácticas comerciales, la convención sirve para complementar esas prácticas comerciales al resolver cuestiones que no pueden ser resueltas mediante ese tipo de normas. El régimen de la Convención se ocupa en particular del supuesto de la reclamación de pago fraudulenta o abusiva y de los remedios judiciales de que se dispondría en esas situaciones. Además, esa compatibilidad de la Convención con lo que haya sido expresamente convenido en la garantía independiente o en la carta de crédito contingente, así como con cualesquiera prácticas comerciales a las que se remita en el texto de la promesa, permite la aplicación combinada del régimen de la Convención con ciertas prácticas comerciales como las recogidas en las RUU y en las RUG⁸⁷.

Éste cuerpo normativo, incluye, como sucede en la gran mayoría de instrumentos un concepto de Promesa internacional alrededor del establecimiento de las personas que pueden estar vinculadas a la relación contractual. La norma del artículo 4^o señala lo siguiente:

“Artículo 4. Internacionalidad de la promesa⁸⁸

⁸⁶ La convención también ha sido adoptado por Ecuador, Belarús, El Salvador, EE.UU. (firmó pero no la ha ratificado), Gabón, Kuwait, Panamá y Túnez.

⁸⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente. Texto de la Nota Explicativa.

⁸⁸ Para los fines de la Convención, una promesa es una obligación independiente, conocida en la práctica internacional como garantía independiente o carta de crédito contingente, asumida por un banco o alguna otra institución o persona ("garante/emisor"), de pagar al beneficiario una suma determinada o determinable a su simple reclamación o a su reclamación acompañada de otros documentos, con arreglo a las cláusulas y cualesquiera condiciones documentarias de la obligación, donde se indique, o de donde se infiera, que el pago se debe en razón de la omisión en el cumplimiento de una obligación, o por otra contingencia, o por dinero prestado o adelantado, o a raíz de una deuda vencida contraída por el solicitante o por otra persona. 2) La promesa podrá otorgarse: a) A solicitud o por instrucciones del cliente ("solicitante") del garante/emisor; b) Conforme a las instrucciones recibidas de otro banco, institución o persona ("parte ordenante") que haya actuado a instancias del cliente ("solicitante") de esa parte ordenante; o c) En nombre propio por el garante/emisor.

3) En la promesa podrá disponerse que el pago se efectúe de cualquier forma, incluyendo: a) El pago en determinada moneda o unidad de cuenta; b) La aceptación de una letra de cambio; c) Un pago diferido; d) La entrega de determinado artículo de valor. 4) En la promesa se podrá disponer que el garante/emisor sea igualmente el beneficiario cuando actúe a favor de otra persona.

“1) Una promesa será internacional cuando estén situados en distintos Estados los establecimientos consignados en ella de cualesquiera dos de las siguientes personas: garante/emisor, beneficiario, solicitante, parte ordenante, confirmante. [subrayado fuera de texto]

“2) Para los fines del párrafo anterior:

“a) Cuando en la promesa se enumere más de un establecimiento de determinada persona, el establecimiento pertinente será el que tenga una relación más estrecha con la promesa;

“b) Si en la promesa no se especifica un establecimiento respecto de determinada persona pero sí su domicilio habitual, ese domicilio será pertinente para determinar el carácter internacional de la promesa.”

Como se puede observar la Convención limita su propio ámbito de aplicación a las promesas que sean de índole internacional. La internacionalidad de una promesa se determina por la ubicación en Estados diferentes de los establecimientos consignados en la promesa de cualesquiera dos de las siguientes partes interesadas; garante/emisor, beneficiario, solicitante, parte ordenante, confirmante (artículo 4 1)). Se enuncian reglas especiales para el supuesto de que se hayan consignado en la promesa dos o más establecimientos de una de las partes, así como para el supuesto de que alguna de las partes no tenga "establecimiento", sino únicamente un lugar de residencia habitual (artículo 4 2))⁸⁹.

Igualmente, la Convención puede ser aplicable a una promesa internacional por uno de los dos factores siguientes: cuando el garante/emisor tenga su establecimiento en un Estado que sea parte en la Convención ("Estado contratante") (artículo 1 1) a)); cuando las reglas de derecho internacional privado lleven a la aplicación de la ley de un Estado contratante (artículo 1 1) b)). La Convención facilita adicionalmente la armonización del derecho en esta esfera al suministrar, en su capítulo VI (artículos 21 y 22 sobre conflictos de leyes), las reglas que habrán de seguir los tribunales de los Estados Contratantes para determinar en cada caso la ley aplicable a una garantía independiente o a una carta de crédito contingente. Esas reglas son aplicables con independencia de que la Convención sea o no, en el caso considerado, la norma de derecho sustantivo aplicable a la garantía independiente o a la carta de crédito contingente objeto de la controversia.

3.4.5 Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional.

⁸⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente. Texto de la Nota Explicativa.

Esta Convención de la CNUDMI se aprobó el 12 de diciembre de 2001 en Asamblea General⁹⁰, de modo que con su aprobación se “aumentará la transparencia, se contribuirá a superar los problemas de la incertidumbre en este ámbito, se promoverá la disponibilidad de capital y crédito a tipos más asequibles y, al mismo tiempo, se protegerán las prácticas actuales de cesión de créditos, se facilitará el desarrollo de nuevas prácticas y se asegurará una protección adecuada de los intereses de los deudores en las cesiones de créditos”⁹¹. En cuanto a la internacionalidad se dice:

“Artículo 3. Carácter internacional

“Un crédito será internacional si, en el momento de celebrarse el contrato originario, el cedente y el deudor están situados en distintos Estados.

“Una cesión será internacional si, en el momento de celebrarse el contrato de cesión, el cedente y el cesionario están situados en distintos Estados.” [subrayado y negrita fuera de texto]

Habida cuenta de que el régimen de la Convención está centrado en el comercio internacional, debe considerarse, en principio, como únicamente aplicable a la cesión de créditos internacionales y a la cesión internacional de créditos (art. 3). Una cesión es internacional si el cedente y el cesionario están situados en distintos Estados. Un crédito es internacional si el cedente y el deudor están situados en distintos Estados. El carácter internacional de una cesión o de un crédito se determina por la ubicación del cedente y del cesionario, o del cedente y del deudor, en el momento de celebrarse el contrato de cesión (todo cambio ulterior en dicha ubicación no afectaría en nada a la aplicación de la Convención)⁹².

En general, la Convención no será aplicable a la cesión interna de créditos puramente internos. Sin embargo, existen dos excepciones. La primera se refiere al supuesto de toda cesión subsiguiente en la que, por ejemplo, A ceda a B, B a C, y así sucesivamente. A fin de dar coherencia a su aplicación, la Convención será aplicable a toda cesión subsiguiente independientemente de si dicha cesión tiene o no un carácter internacional o de si el crédito cedido es o no internacional, siempre que alguna cesión anterior en una misma cadena de cesiones se rija por la Convención (párr. 1 apartado *b*) del art. 1). La segunda excepción se refiere a todo conflicto de prelación entre un cesionario nacional y otro extranjero de créditos internos (por ejemplo, el cesionario A situado en el Estado X y el cesionario B situado en el Estado Y; los créditos han de ser cobrados de un deudor que se encuentra en el Estado Y. Para dar certeza jurídica al orden de prelación entre los

⁹⁰ Ha sido firmada por tres Estados (EE.UU., Luxemburgo y Madagascar) y adicionalmente ratificada por uno, Liberia.

⁹¹ Resolución de las Naciones Unidas 56/81. Ver: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/70/PDF/N0147770.pdf?OpenElement>.

⁹² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional. Texto de la Nota Explicativa.

cesionarios, la Convención será aplicable a todo conflicto de prelación entre el cesionario A y el cesionario B aunque la cesión efectuada a B sea una cesión interna de un crédito interno (apartado *m*) del art. 5 y art. 22).

Ahora bien, Con la salvedad del régimen aplicable al deudor (el de los arts. 15 a 21), la Convención será aplicable a toda cesión internacional de un crédito por cobrar y a toda cesión de un crédito por cobrar internacional, en todo supuesto en el que el cedente esté situado en un Estado que sea parte en la Convención (párr. 1 apartado *a*) del art. 1). La Convención será también aplicable a toda cesión subsiguiente que sea puramente interna y aun cuando el cedente no esté situado en un Estado Contratante, con tal de que alguna cesión anterior se rija por la Convención (apartado *b*) párr. 1 del art. 1). Para que sean aplicables las disposiciones relativas al deudor, éste también deberá estar situado en un Estado que sea parte en la Convención o la ley aplicable a los créditos cedidos deberá ser la ley de un Estado parte en la Convención (párr. 3 del art. 1). Se trata así de proteger al deudor contra la posibilidad de que le sea aplicable un régimen del que no tuviera conocimiento⁹³.

Sin embargo, no se trata, con ello, de excluir la aplicación de aquellas partes del régimen de la Convención que no surtan efecto alguno sobre el deudor, como las reglas aplicables a la relación entre el cedente y el cesionario o las aplicables al orden de prelación entre el cesionario reclamante y alguna otra parte. Por consiguiente, aunque las disposiciones relacionadas con el deudor no se apliquen a una cesión específica, el resto de la Convención aun puede ser aplicable a la relación entre el cedente y cesionario o entre éste último y otra parte reclamante. Las reglas autónomas de la Convención en materia de conflictos de leyes podrán ser aplicables aun cuando el cedente o el cesionario no estén situados en un Estado Contratante, con tal de que la controversia vaya a dirimirse ante los tribunales de un Estado Contratante (párr. 4 del art. 1)⁹⁴.

3.5 Otros instrumentos de derecho internacional privado.

3.5.1 Principios del Instituto para la Unificación del Derecho Privado para los Contratos Comerciales Internacionales (1994 – 2004).

El Instituto para la Unificación del Derecho Privado – Unidroit⁹⁵ – con sede en Roma, tiene como uno de sus propósitos “estudiar las necesidades y los métodos para la modernización, armonización y coordinación del Derecho Privado y en

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ El Instituto para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT-, es una organización intergubernamental creada en el año 1926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones. Restablecida en 1940 sobre las bases de un Tratado Internacional, El Estatuto Orgánico de UNIDROIT. Su sede se encuentra en Roma. Se creó con el objetivo de promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del Comercio y el proceso de integración económica.

particular del Derecho Comercial entre los países y grupos de países”⁹⁶. En desarrollo del mismo, el instituto ha producido numerosos instrumentos que propenden por la armonización y unificación de las reglas aplicables a determinadas materias⁹⁷, no obstante, son de particular interés los Principios que la asamblea General de Unidroit aprobó en 1994 en materia de Contratos Comerciales Internacionales y que en la reunión 83 realizada en 2004 fueron modificados y actualizados con el propósito de incluir materias que previamente no se encontraban cobijadas por los mismos.

Según opinión de expertos, Los *Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales*, representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y son un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de ley uniforme para los contratos internacionales, y como se verá más adelante, derivan su valor solamente de su fuerza persuasiva⁹⁸.

De manera concreta, y en lo que a nuestro estudio se refiere los Principios no contienen en su articulado una mención acerca del entendimiento que debe darse a la noción del Contrato Internacional, no obstante, en el Preámbulo de los mismos, en que se encuentra una mención al respecto, en la medida que su aplicación, la de los principios, es a los contratos comerciales de carácter internacional, al respecto dice el preámbulo:

“Propósito de los Principios

“Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales”.

Hasta allí llega la mención que frente a los contratos internacionales hace el tratado, no obstante, en el comentario⁹⁹ de los principios, en el acápite que se refiere a la Internacionalidad del Contrato, se dice que si bien los Principios no adoptan ninguno de los criterios para definir la internacionalidad del contrato, “*existe la presunción de que el concepto de ‘internacionalidad’ de los contratos debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, para que únicamente*

⁹⁶ Tomado de la página oficial del instituto www.unidroit.org. Actualmente cuenta con una membresía de 61 países dentro de los cuales se encuentra Colombia.

⁹⁷ Los documentos proferidos por el instituto regulan de manera principal aspectos sustanciales y solo de manera tangencial se refieren a normas de conflicto.

⁹⁸ JORGE OVIEDO ALBAN. Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del derecho privado. En *Vniversitas*, nº 100, diciembre de 2000.

⁹⁹ No es claro cual es la Naturaleza Jurídica del comentario que se hace del texto de los principios, no obstante, en la práctica, se ha entendido como una interpretación con autoridad, derivada del hecho de haberse hecho por los mismos académicos que intervinieron en su discusión y aprobación.

queden excluidas aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad^{100,101}.

La importancia de los Principios de Unidroit en este punto, radica precisamente en esa pretensión según la cual el concepto de contrato internacional debe ser de tal alcance, que sólo se excluyan de su ámbito aquellas situaciones contractuales en que no cabe duda que se trata de situaciones contractuales domésticas. Nos parece entonces, que si bien los principios adoptan un criterio de internacionalidad objetivo, la objetividad de la relación contractual no alcanza una magnitud o un calificativo particular, esta puede ser de cualquier tipo.

Vale la pena señalar que el único caso en el que se ha hecho mención al carácter internacional del contrato a la luz de los Principios de Unidroit, fue aquel discutido por la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en el año de 1997, con resultados poco deseados y a los cuales ya nos referimos anteriormente¹⁰².

3.5.2 Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales

Aprobada el 23 de noviembre de 2005 por la Asamblea General¹⁰³ con el fin de dar un marco regulatorio claro a los contratos internacionales que se formen por medio de la utilización cada vez más generalizada de mensajes electrónicos. En ese sentido se busca determinar cuando se forma un contrato, cuales son los medios equivalentes en ese procedimiento de formación y en lo que nos puede interesar, el lugar en el que se entienden celebrados:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación

“1. La presente Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados. [subrayado y negrita fuera de texto]

“2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en distintos Estados cuando ello no resulte del contrato ni de los tratos entre las partes, ni de la información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato, o al concluirse éste.

¹⁰⁰ No obstante, en el mismo comentario, se dice que nada obsta para que en los contratos domésticos, se apliquen los Principios, lo que es coherente, en la medida que los principios tienen como pretensión la interpretación de los textos contractuales en general. UNIDROIT. *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. P. 38. Ministerio de Justicia y del Derecho de la República de Colombia, en desarrollo del Plan de Armonización de Derecho Internacional Privado -PADIP-. Bogotá, agosto de 1997.

¹⁰¹ UNIDROIT. *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. *Ibidem*, P. 37 y ss.

¹⁰² Corte Suprema de Justicia de Venezuela en el caso *Bottling Companies v. Pepsi Cola Panamericana*, 09.10.1997.

¹⁰³ Fue firmada por China, Rusia, Líbano, Madagascar, Paraguay, Senegal, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka y la República Centroafricana. Aún no ha sido ratificada por Colombia.

“3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato.”

La Convención sobre Comunicaciones Electrónicas es aplicable al “empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados”. Por “comunicación electrónica” se entiende toda exposición, declaración, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que se efectúe por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares con motivo de la formación y cumplimiento de un contrato. En la Convención el término “contrato” se utiliza en sentido amplio e incluye, por ejemplo, los acuerdos de arbitraje y otros acuerdos jurídicamente vinculantes independientemente de que habitualmente se denominen o no “contratos”¹⁰⁴.

La Convención es aplicable a los contratos internacionales, es decir, a los contratos celebrados entre partes que están situadas en dos Estados diferentes, pero no es necesario que ambos Estados sean Estados Contratantes de la Convención. No obstante, la Convención es únicamente aplicable cuando la ley de un Estado Contratante es la ley aplicable a las negociaciones entre las partes, lo cual se determina por las reglas de derecho internacional privado del Estado del foro, si las partes no han elegido válidamente la ley aplicable¹⁰⁵.

Finalmente, la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas contiene una serie de reglas que regulan la ubicación de las partes. La Convención no prevé la obligación de las partes de dar a conocer sus establecimientos, pero prevé ciertas presunciones y reglas supletorias encaminadas a facilitar la determinación de la ubicación de una parte. La Convención otorga una importancia primordial, aunque no absoluta, al lugar donde una parte indica que tiene su establecimiento. La Convención adopta un criterio prudente en lo que se refiere a la información periférica relacionada con mensajes electrónicos, tales como las direcciones IP (Protocolo de Internet), los nombres de dominio o las ubicaciones geográficas de sistemas informáticos, los cuales, a pesar de su aparente objetividad, apenas tienen valor concluyente para determinar la ubicación física de las partes¹⁰⁶.

4. El concepto de internacionalidad y sus elementos en la ley colombiana de arbitraje internacional y su interpretación por la jurisprudencia colombiana.

En Colombia desafortunadamente no son muchos los referentes normativos que se tienen para determinar la internacionalidad del contrato, no obstante, haremos

¹⁰⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Texto de la Nota Explicativa, páginas 16 y 17.

¹⁰⁵ Ibidem

¹⁰⁶ Ibidem.

mención a los que existen, es decir, la ley de arbitramento internacional y la sentencia de constitucionalidad de la misma norma. Esta última, por constituirse no sólo en un buen referente de interpretación de la norma en mención sino por delimitar también el alcance del concepto “*internacional*” referido a los contratos.

4.1 Ley 315 de 1996.

El arbitraje internacional se refiere a litigios surgidos o que surjan en relaciones jurídicas afectadas por elementos que no se vinculan en su totalidad a un único derecho nacional. Los elementos que se analizan para considerar un arbitraje internacional son, entre otros, la nacionalidad, domicilio, o residencia de las partes, el derecho aplicable al fondo o al procedimiento, lugar de la sede arbitral, nacionalidad de los árbitros, lugar de celebración o ejecución del contrato, etc.

Por regla general, el carácter nacional o internacional del arbitraje puede resultar de la aplicación de diferentes reglas. Vale la pena advertir, que el carácter nacional o internacional del arbitraje no puede confundirse con el carácter nacional o internacional del laudo, para el cual diferentes regímenes de reconocimiento y ejecución existen¹⁰⁷.

Existen tres criterios relevantes para determinar la internacionalidad del arbitramento. Un arbitramento puede ser internacional porque: a) la disputa, el procedimiento o la organización es internacional; b) las partes en disputa pertenecen a jurisdicciones diferentes, o; c) existe una combinación de ambos factores¹⁰⁸.

En lo que hace referencia a algunos tratados, debemos señalar que el Protocolo de Ginebra de 1923 dice que es internacional el arbitraje cuando el acuerdo relativo a diferencias actuales o futuras se realiza entre partes sujetas a jurisdicción de los diferentes Estados contratantes. Por su parte el Convenio europeo de arbitraje de 1961¹⁰⁹ dice que el criterio para fijar la internacionalidad del arbitraje es la residencia habitual o el domicilio o sede social.

En nuestro país, el artículo 1 de la Ley 315 de 1996 define el arbitraje internacional así:

¹⁰⁷ LEW JULIAN, MISTELIS LOUKAS, KROLL STEFAN. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International 2003. P. 57 y 58.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Convenio Europeo de Arbitraje del 25 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional, Artículo I. Campo de aplicación del Convenio: 1. El presente Convenio se aplicará: a) a aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieren sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes; b) a los procedimientos y laudos arbitrales basados en los acuerdos o compromisos a que se alude más arriba en el párrafo 1,a) de este artículo.

"Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:

1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes.
2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.
3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral¹¹⁰.
4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente.
5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

La fuente principal de la Ley 315, aunque no seguida al pie de la letra, es la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI. Los criterios que adopta la ley de arbitraje internacional en Colombia, para efectos de determinar la internacionalidad de la figura son las siguientes:

- 1) El primer el criterio fue el que las partes al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes;
- 2) El segundo criterio alternativo es que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal. Es el criterio de la prestación más característica del contrato que ha sido adoptado en varias Convenciones Internacionales.
- 3) El tercer criterio es el que el lugar del arbitraje se encuentre fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral. Según interpretación constitucional de la Corte Constitucional es necesario que en este caso exista un elemento extranjero (Sentencia C-347 de 23 de julio de 1997).
- 4) El cuarto criterio es cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente. No es claro este criterio. Consideramos que no se trata de intereses

¹¹⁰ Numeral 3o. declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-347 de 23 de julio de 1997, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía.

comerciales de dos o más Estados o de las entidades territoriales, sino de intereses privados que involucren dos o más Estados por tratarse de arbitraje de derecho privado internacional.

5) El quinto criterio es cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional. Este criterio fue la adopción de la tesis liderada por Francia que propuso una fórmula por la cual se consideraban internacionales los arbitrajes desarrollados en el foro respecto de intereses comerciales internacionales.

Si hay discusión acerca de si el arbitraje es doméstico o internacional el tribunal arbitral tiene competencia para pronunciarse al respecto¹¹¹.

4.2 La Sentencia C-347 de 23 de julio de 1997.

Si bien hicimos mención a la misma al referirnos a la ley 315 de 1996, consideramos pertinente hacer una interpretación exclusiva de este fallo y del salvamento de voto¹¹², por considerar que ambos documentos constituyen un aporte fundamental para esta investigación. De modo tal, a continuación analizaremos cada uno de los aspectos más relevantes que fueron materia de estudio en los mencionados documentos.

En primera medida debemos hacer referencia a lo que adujo el Actor¹¹³ al interponer la demanda de inconstitucionalidad del numeral 3º del artículo 1º de la ley 315. Expresa el actor que:

“La ley de la que hacen parte las normas acusadas, establece los criterios que se deben tener en cuenta para la constitución de un tribunal de arbitramento de carácter internacional. Si se analiza cada uno de los casos previstos, a excepción del demandado, en ellos hay un elemento objetivo que involucra la aplicación de dos o más leyes de distintos Estados, hecho que hace necesario que las partes acuerden la ley sustancial que habrá de aplicarse en caso de conflicto.

Dentro de este contexto, las normas acusadas desconocen los artículos 4º; 6º y 95 de la Constitución, que establecen el deber de nacionales y extranjeros de acatar la Constitución y las leyes, pues permiten que las partes en una relación contractual, sin ningún elemento que permita presumir que ella es de carácter internacional, puedan pactar el arbitraje de esta naturaleza, y por ende, la ley sustancial que se aplicará en caso de que se produzca una controversia, sustrayéndose así al deber constitucional de cumplir con la legislación colombiana.

Sólo las controversias que involucren la aplicación de leyes de distintos Estados, son susceptibles de ser resueltas por un tribunal arbitral de carácter internacional,

¹¹¹ MARCO GERARDO MONROY CABRA. El arbitraje internacional en Colombia.

¹¹² Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹³ El doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía.

pero no aquellas donde la voluntad de las partes es la que determina la aplicación de una determinada ley internacional, sin existir razón objetiva para ello. Esto, además, desconoce el derecho a la igualdad, pues sólo aquellos que tienen los medios para asumir los costos de un tribunal de esta naturaleza, podrán pactar su conformación”.

Estamos de acuerdo en lo expresado por el Actor en lo que hace referencia a la necesidad de que exista un elemento objetivo que involucre la aplicación de dos o más leyes de distintos Estados para que el contrato sea considerado de aquellos internacionales y, consecuencia de ello, sea susceptible de ser resuelto por la vía del arbitramento internacional. Sin embargo, no compartimos la idea de que para que exista ese elemento objetivo que implique la aplicación de dos o más leyes de distintos Estados sea imperativo que el domicilio de ambas partes se encuentre en Estados diferentes. Lo anterior, ya que como lo expresamos anteriormente (*ver punto 2.1.2*), existen eventos en los cuales el traslado del bien o servicio se convierte en el criterio relevante para determinar la internacionalidad de la relación.

De otro lado, compartimos igualmente la posición del Actor al señalar que “Sólo las controversias que involucren la aplicación de leyes de distintos Estados, son susceptibles de ser resueltas por un tribunal arbitral de carácter internacional, no aquellas donde la voluntad de las partes es la que determina la aplicación de una determinada ley internacional, sin existir razón objetiva para ello”. Tal y como se señaló en el punto 2.2 la mera voluntad de las partes no es criterio suficiente para señalar que un contrato es internacional y como tal, susceptible de arbitramento internacional.

Ahora bien, la Corte al hacer el examen de la norma y lo expuesto por el Actor señaló lo siguiente:

“Es claro que aun teniendo todas las partes en conflicto el mismo domicilio, y estando éste en Colombia, puede existir un elemento extranjero. Basta pensar en la posibilidad de que en el conflicto sea parte una persona extranjera que tenga su domicilio en Colombia. Todo se reduce a no perder de vista la diferencia entre los conceptos de nacionalidad y domicilio. Es posible jurídicamente el sometimiento de las diferencias a un tribunal arbitral internacional, sin quebrantar la ley ni la Constitución de Colombia. Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de la disposición acusada, siempre y cuando ella se aplique cuando al menos una de las partes sea extranjera. El fallo que dicten los árbitros no puede ser contrario a la Constitución, ni a ninguna norma de orden público”.

En nuestro parecer la Corte acierta al señalar un requisito para la aplicación de la norma contenida en el número 3 del artículo 1º de la ley 315, el cual es, la existencia de un elemento internacional en la relación jurídico comercial para que esta sea susceptible de arbitramento internacional. Sin embargo, consideramos que la Corte no acierta al señalar que ese elemento puede ser la nacionalidad de las partes.

Como se señaló en el punto 2.1.1 uno de los factores determinantes de la internacionalidad será el establecimiento y domicilio de las partes contratantes, su residencia habitual. Este criterio abandona de manera expresa la posibilidad de que uno de los factores a que se hace referencia sea la nacionalidad de las partes. Aceptar la nacionalidad de las partes como criterio determinante de la internacionalidad en un mundo globalizado como el actual será tanto como aceptar que todas las operaciones realizadas por las filiales o subsidiarias de los grandes grupos empresariales incorporadas en nuestro país, no estuviesen sometidas al principio general de territorialidad de la ley Colombiana¹¹⁴, por considerar que sus actividades son de carácter internacional y sobrepasan las fronteras de la ley Colombiana. No sobra recordar que, de acuerdo a lo promulgado por el artículo 18 del Código Civil, “*la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia*”.

Al respecto, compartimos la opinión del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, quien en su salvamento de voto expreso que “No parece claro que el hecho de que una de las partes de un contrato mercantil tenga nacionalidad extranjera, implique, a su turno, que el citado contrato adquiere carácter internacional. A la luz de todos los criterios que han sido acogidos por la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, definitivamente puede afirmarse que, a diferencia del domicilio, la nacionalidad de las partes no es una condición suficiente para determinar el carácter internacional de un contrato”. De manera tal que las hipótesis de que tratan las normas demandadas - personas domiciliadas en Colombia, que son parte de un negocio jurídico comercial, celebrado, ejecutado y liquidado en Colombia, que en nada afecta los intereses de otros Estados ni compromete los intereses del comercio internacional -, no reúnen las condiciones que justifican constitucionalmente el arbitramento internacional. En efecto, el conflicto que, en virtud de tales disposiciones, puede someterse a conocimiento de un arbitramento internacional y sustraerse de la aplicación de la ley y la Constitución colombiana, no tiene un elemento internacional a partir del cual pueda predicarse que necesariamente surgirá un conflicto de leyes o derivará amenaza para los intereses de dos o más Estados o del comercio internacional¹¹⁵.

5. Consideraciones Finales.

¹¹⁴ El sometimiento al principio general de territorialidad de la ley - entendiendo por esta expresión tanto al derecho legislado como al derecho constitucional -, en el cual se funda la propia existencia del ordenamiento jurídico colombiano, no puede quedar librado a la mera voluntad de los particulares, quienes, en virtud de una simple cláusula arbitral, podrían evadir el cumplimiento de la Constitución y las leyes que la desarrollan sin que exista una razón suficiente para ello. En este orden de ideas, debe afirmarse que la limitación del principio de territorialidad del ordenamiento jurídico colombiano, constituye, claramente, una excepción a la que puede recurrirse sólo en aquellos casos en los cuales existan situaciones que, en forma razonable, puedan ser contempladas por el derecho internacional. Salvamento de Voto a la Sentencia C-347 de 1997, Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz

¹¹⁵ Salvamento de Voto a la Sentencia C-347 de 1997, Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz

Como se ha observado, el análisis de un contrato en el nuevo contexto de la globalización deberá determinar en primera medida si la relación es internacional o no. Lo anterior, ya que si el contrato es internacional surgirá la necesidad de analizar detenidamente las consecuencias que ese carácter genera. Al ser considerado un contrato como internacional deberemos entonces identificar el régimen jurídico que se aplica al mismo, las normas de orden público que limitan la aplicación de la norma extranjera o transnacional, el alcance de las obligaciones de las partes en ese régimen jurídico, el mecanismo de resolución de conflictos idóneo para ese tipo de contratos, el juez o tribunal competente para dirimir los conflictos que surgen en desarrollo de la relación jurídica.

En el anterior contexto, es evidente que han sido varios los elementos de tipo objetivo que se han tenido como determinantes de la Internacionalidad de los contratos en los diferentes instrumentos de derecho internacional privado y en la doctrina especializada en la materia. El domicilio de las partes o el lugar en donde se encuentra ubicado su establecimiento comercial o lugar de negocios, el traslado del bien o servicio materia de contrato de un país a otro, el lugar de ejecución de las obligaciones contractuales y la afectación del comercio internacional son parámetros que han venido siendo desarrollados por la doctrina internacional como indicativos de la existencia de un elemento de internacionalidad en los contratos.

No obstante lo anterior, los diferentes instrumentos de derecho internacional privado parecen haberse limitado a la exploración de uno solo de estos elementos, es decir, el domicilio de las partes contratantes, su establecimiento o lugar de negocios, careciendo de ese modo los demás, de un desarrollo tan prolífico como el que ha tenido aquel. Esta situación dificulta el proceso de análisis y aplicación de los diferentes tipos contractuales que estos instrumentos regulan, toda vez que limitan su alcance y ámbito de aplicación a un referente casi exclusivo, abandonando así la posibilidad de que una gran cantidad de relaciones que son consideradas como internacionales se queden fuera de la esfera de su alcance.

En lo que hace referencia a nuestro país, debemos señalar que el tema o materia no ha tenido el desarrollo esperado tanto a nivel normativo como jurisprudencial. Esperamos claro esta, que cuando ese desarrollo se presente, se haga en pro de la seguridad jurídica, entendida esta como la seguridad de nuestro ordenamiento y no solo de la seguridad jurídica de los diferentes agentes del comercio. Con ello queremos decir que la interpretación de los contratos debe presentarse a la luz de la normatividad natural a estos, es decir, la local, cuando el contrato es nacional e internacional o de derecho internacional privado, cuando el contrato es internacional por obtener este uno de los elementos o criterios objetivos a los que hicimos referencia.

De este modo, encontramos un buen referente para la continuación de nuestro estudio. Al tener una delimitación clara sobre los criterios y las circunstancias que hacen que un contrato sobrepase la esfera de lo local o nacional, podremos continuar para así determinar cuales son las consciencias que esa situación genera

y, claro esta, las soluciones que el derecho ofrece. Con ello **no** queremos señalar que dejaremos atrás el desarrollo y profundización en el tema que nos agrupa actualmente, por considerar que este es un primer paso y que el mismo requiere de mayor profundización y análisis cuya consecución espera alcanzarse al finalizar el proyecto de investigación que abarca el presente desarrollo.