

IMPACTOS DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

*Elina Meremínskaya**

RESUMEN

El artículo expone los avances en la armonización del derecho privado en Europa, cuya necesidad se hizo evidente a consecuencia de los procesos de integración económica y política. Chile, por su parte, implementa una política de integración económica mediante la creación de las Áreas de Libre Comercio con sus interlocutores más relevantes. Dada la inexistencia de un solo "socio natural", la integración se efectúa a escala universal. Este proceso debería ir acompañado por una apertura jurídica de Chile al mundo. Una de las herramientas para ello es la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías. Para facilitar a los tribunales nacionales su uso, se analizan las condiciones de su aplicación. En particular, se estudia un concepto fundamental para determinar la presencia de un contrato internacional como es el de establecimiento de una de las partes contratantes, según ha sido interpretado por la jurisprudencia internacional.

INTEGRACIÓN - UNIFICACIÓN DEL DERECHO - COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA APERTURA COMERCIAL DE CHILE

El Gobierno de Chile, a través de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, señala: "Chile pretende lograr una incorporación mundial múltiple y flexible. Una participación que le permita involucrarse activamente en los procesos de integración regional y bilateral, además de entregar seguridad legal y económica a los exportadores e impor-

tadores chilenos."¹ Al logro de este propósito han contribuido los significativos avances de los últimos tiempos en la materia de los Tratados de Libre Comercio. Este ejercicio de globalización pone en primera línea la pregunta por los procesos de integración en los que Chile se ve involucrado. Las consecuencias para la doctrina y la jurisprudencia derivadas de tales procesos son el tema de este artículo. El trabajo se centrará primeramente en la presentación de las tendencias del derecho privado a este respecto en la Unión Euro-

* Doctora en Derecho, Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ http://www.direcon.cl/frame/acuerdos_internacionales/f_acuerdos.html (mayo de 2003).

pea (2). Se continúa con una breve referencia a los esfuerzos en pos de una integración regional. Después de señalar las prioridades del país en este proceso, se destacará cómo la integración económica podría ser reflejada de modo apropiado en el ámbito de la integración jurídica (3). Finalmente, se tratará la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre los contratos internacionales de compraventa de mercaderías como una herramienta de integración jurídica y se abarcarán algunos supuestos clave de su aplicación (4).

2. LAS TENDENCIAS ACTUALES EN EL ÁMBITO DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea (UE) presenta el espacio físico de integración más avanzado en la actualidad. El tema de la unificación del derecho es tratado en Europa con viva intensidad, de tal modo que en el marco de este artículo se trazarán solamente las direcciones de este proceso.²

La opinión casi unánime europea ve en el derecho uniforme un ideal, en tanto constituye la respuesta más adecuada a los desafíos de la integración.³ Los protago-

nistas de la unificación se enfrentan en un punto clave: debe hacerse la unificación “desde arriba”, mediante una codificación europea, o “desde abajo”, por vías de la aplicación de la llamada *lex mercatoria*.

2.1. La idea de la unificación del Derecho Privado mediante una codificación

Partiendo de la idea de que los ordenamientos jurídicos europeos tienen un núcleo común y se sostienen por valores compartidos,⁴ numerosas voces académicas estiman estos supuestos como promisorios para poder llegar a la codificación europea. Las investigaciones comparadas muestran que los jueces de los diferentes países de Europa, a pesar de usar técnicas jurídicas diferentes, llegan en muchos casos a soluciones concordantes al resolver cuestiones legales.⁵ Este hecho se debe a las raíces comunes de

² Para una presentación más detallada de las principales iniciativas de armonización a nivel de organismos comunitarios y del sector académico véase Mombert Uribe, R., “Perspectivas en derecho privado europeo”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 2002/XIII, pp. 65-73.

³ Contrario a esta posición es, por ejemplo, Legrand, P., “Against a European Civil Code”, *Modern Law Review*, 1997/60, p. 44; véase una detallada presentación de la discusión por Nottage, L., “Convergence, Divergence, and the Middle Way in Unifying or Harmonising Private Law”, www.iue.it/LAW/res/nottage/EUIWorkingPaper4.pdf (mayo de 2003).

⁴ Véase por ejemplo, Möllers, T., “The Role of Law in European Integration”, *The American Journal of Comparative Law*, 2000/4, p. 688 y ss., quien invoca como tales valores los derechos fundamentales, economía social del mercado y políticas ambientales, el pasado y los intereses comunes de los países europeos.

⁵ Véase la investigación del grupo The Common Core of European Private Law Project: Zimmermann, R./Whittaker, S., *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, University Press, 2000, en particular p. 653. Los juristas de los catorce países europeos tenían que resolver por sus derechos nacionales treinta casos típicos. En once de los casos el resultado fue el mismo; en nueve fue el mismo excepto uno o dos países; en diez de los casos se mostraron divergencias notables, las cuales, sin embargo, no corresponden a la divergencia entre civil y common law. Véanse también ejemplos en Sacco, R., “Diversity and Uniformity in the Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 2001/2, p. 181, el cual expresa: “operating rules are analogues... and that however the phenomena are explained by techniques, concepts, dogmatic apparatus completely opposite in the various countries” p. 187.

los ordenamientos jurídicos europeos que se basan en el derecho romano⁶ y a las circunstancias políticas, sociales y económicas semejantes que se dan a lo largo de sus territorios.⁷

El punto formal de partida hacia la unificación “desde arriba” del derecho privado fue la resolución del Parlamento Europeo que autorizó a la Comisión Europea a crear un Proyecto de Código de Derecho Privado.⁸ La resolución considera esta medida apropiada para eliminar los obstáculos del mercado común, lo que constituye un deber conforme al Art. 95 del Tratado sobre la Unión Europea.

Los dos foros internacionales destacados que trabajan hoy preparando la codificación del derecho en el viejo continente son *The Commission on European Contract Law*, dirigida por el profesor finlandés Ole Lando y *The Study Group on a European Civil Code*, presidida por el profesor alemán Christian von Bar. El método comparativo es la principal forma de trabajo utilizada.

En su informe común al Consejo y al Parlamento Europeos del 11 de julio de 2001 los dos grupos afirmaron una vez más la necesidad de la unificación del derecho priva-

do.⁹ Según el informe, la diversidad de los ordenamientos jurídicos en el espacio europeo representa un obstáculo para explotar completamente el mercado internacional. Cabe destacar dos argumentos cruciales expresados por el informe a favor de la codificación. En primer lugar, la existencia de los ordenamientos múltiples crea una incertidumbre jurídica y produce el temor de los participantes del mercado de enfrentarse con una “sorpresa legal”. Esta incertidumbre frena el desarrollo de las actividades comerciales e impide en particular que las pequeñas y medianas empresas se incorporen al mercado internacional. En segundo lugar, la situación señalada produce un crecimiento de los costos de la transacción porque exige obtener informaciones sobre el ordenamiento jurídico extranjero.¹⁰

A la fecha los grupos han llevado a cabo trabajos preparatorios para un Código Civil Europeo en los ámbitos de las obligaciones extracontractuales, incluido el enriquecimiento sin causa; la *negotiorum gestio*; las garantías personales; la compraventa; los contratos de seguro; los contratos de tracto sucesivo; los contratos de prestación de los servicios, y el depósito.¹¹

El Parlamento Europeo aprobó un plan de acción para promover la aproximación del derecho de los Estados miembros entre sí, el cual contempla diez medidas.¹² Entre éstas, como primer

⁶ Zimmermann, R., “Europa und das roemische Recht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 2002/2, p. 249 y ss.; consúltese al respecto el trabajo fundamental del mismo autor *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

⁷ Lando, O., “Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium”, p. 356, www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/literature/lando01.htm (mayo de 2003)

⁸ Resolución en DO C1989 158/400, reiterada en DO C1994, 205/518 y confirmada por la resolución “Aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros”, del 15.11.2001 DO C140E/2002.

⁹ www.sgecc.net/media/download/stellungnahme_kommission_5_final1.pdf (mayo de 2003).

¹⁰ www.sgecc.net/media/download/stellungnahme_kommission_5_final1.pdf (mayo de 2003).

¹¹ Para conocer el estado del proyecto véase la página WEB de Study Group <http://www.sgecc.net>.

¹² La resolución “Aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros”, del 15.11.2001 DO C140E/2002.

paso, debe elaborarse hasta finales del año 2004 una base de datos de la legislación y la jurisprudencia nacionales relativas al derecho contractual. A la vez, se espera que a partir del año 2005, entre otros avances, todas las instituciones comunitarias apliquen soluciones, terminología y conceptos jurídicos coherentes en su actividad legislativa. Las medidas ejecutadas deberán evaluarse a partir del año 2008. Los resultados de la evaluación podrían conducir a la creación y adopción de un cuerpo de normas sobre derecho contractual a partir del año 2010. Este plan satisface la necesidad de unificación del derecho privado, propone la implementación paulatina de las medidas y supone, asimismo, un proceso de evaluación de sus efectos. Tal conjunto de características le otorga a este plan la seriedad y profundidad necesarias, lo que hace ver de modo optimista su realización.

2.2. La unificación “desde abajo”

Una parte significativa de los especialistas europeos, sin negar la importancia de la unificación del derecho privado que ha surgido a consecuencia de la integración regional, rechaza la idea de la codificación impuesta “desde arriba”. Las críticas a la codificación invocan la pérdida de la identidad cultural de los pueblos europeos, la eliminación de la competencia entre los ordenamientos jurídicos, e incluso, los costos elevados de la codificación incompatibles con sus beneficios.¹³ Por estas razones varios autores exigen una unificación desarrollada orgánicamente, llevaba a cabo

en forma paulatina.¹⁴ Se estima preferible la unificación del derecho mediante la aplicación de las llamadas normas de la *lex mercatoria* por los árbitros y quizás por los tribunales, lo que llevaría a una recomposición del derecho privado a lo largo de Europa.¹⁵

a) Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos

En el año 1982 la *Commission on European Contract Law* comenzó a elaborar los Principios del Derecho Europeo de los Contratos que tenía dos propósitos: servir de base para el futuro Código Civil Europeo y, en forma más inmediata, como expresión de la *lex mercatoria*.¹⁶ De esta manera, los Principios debían constituir un vehículo para la unificación “desde abajo.”

La primera parte de los Principios fue elaborada en el año 1995 y publicada junto con la segunda en 1999; en mayo de 2002 fue editada su tercera parte.¹⁷ El trabajo se sirvió del método comparativo. Fueron considerados todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE y, a la vez, las experiencias estadounidenses, las de los países vecinos y, finalmente, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos internacionales de compraventa de

¹⁴ El término inglés es “creeping unification”.

¹⁵ Se entiende como la *lex mercatoria* el conjunto de normas establecido en las prácticas de los círculos comerciales internacionales sostenidas por las ideas de equidad. Véase Lando, O., *op. cit.*, pp. 367-370.

¹⁶ *Ibid.*, p. 360.

¹⁷ Se puede encontrar el texto en la página de la Commission on European Contract Law http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html (mayo de 2003).

¹³ Véase la presentación de la discusión en Schmid, C., “Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs”, *Juristenzeitung*, 2001/13, p. 675 y ss.

mercaderías.¹⁸ Los principios están editados en forma semejante a los *restatements* norteamericanos¹⁹ y contienen preceptos breves y generales ilustrados con casos y acompañados por comentarios. Al elaborarse al mismo tiempo que los Principios del Derecho Comercial Internacional de UNIDROIT, ambos instrumentos muestran una influencia recíproca. A pesar de tener una resonancia amplia y acogida muy positiva en el mundo de los especialistas, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos no parecen ser bien conocidos en la práctica, al contrario de lo que pasa con los principios de UNIDROIT.²⁰

- b) El método comparado como una herramienta destacada de la unificación “desde abajo”

Es opinión unánime que el estudio del derecho comparado es el punto de partida para llegar al derecho uniforme en el espacio integrado europeo.²¹ A los foros científicos se les atribuye la tarea descubrir lo esencial y lo común “exorcizan-

do los contrastes conceptuales”.²² Este proceso debe ser acompañado por el cambio en el método de la enseñanza universitaria, la cual debe incorporar ampliamente el derecho comparado.²³

A consecuencia del proceso de integración, cambian las expectativas frente a los tribunales europeos. Se exige una contribución más significativa de su parte a la integración europea y por eso se espera que el derecho comparado obtenga más importancia en sus prácticas. Lamentando el poco trabajo comparativo que desarrollan los tribunales europeos se apunta a la necesidad de acudir a este método.²⁴ Conforme con los nuevos desafíos y considerando el potencial de la comparación para la interpretación se plantea que todos los participantes de un litigio –los jueces, las partes, los abogados– deben entenderse como una comunidad en búsqueda del derecho. Frente a este nuevo marco, el juez, no obstante el principio *jura novit curia*, debe poder exigir de las partes que presenten el material comparado. En el arbitraje internacional, y en la Corte Internacional de la Haya, esto ha sido practicado por mucho tiempo sin distinguir si las partes provienen de sistemas de tradición continental o del common law.²⁵

¹⁸ Lando, O., *op. cit.*, p. 364.

¹⁹ Sobre el concepto de los *restatements* véase Schmid, C., *op. cit.*, p. 680 y ss. El autor considera este concepto más apropiado para acercarse al derecho uniforme europeo.

²⁰ Así Berger K., “Auf dem Weg zu einem europäischen Gemeinrecht der Methode”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2001/1, p. 29.

²¹ Especialmente Zweigert, K./Kötz, H., *Introduction to comparative law*, Tercera Edición, New York, Oxford University Press, 1998, pp. 16-31; Möllers, T., *op. cit.*, p. 698; en la resolución del Parlamento Europeo “Aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros”, del 15.11.2001 DO C140E/2002, el método comparado constituye la base de las acciones para la elaboración del derecho civil uniforme.

²² Sacco, R., *op. cit.*, pg. 188; véanse los proyectos científicos dedicados al derecho comparado en Europa en Internet: The Study Group on a European Civil Code (www.sgecc.net), The Common Core of European Private Law (www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html), Society of European Contract Law (www.secola.org), Transnational Law Database (www.tldb.de).

²³ Sobre el significado del derecho comparado en la enseñanza jurídica véase Zweigert, K./Kötz, H., *op. cit.*, p. 21 y ss.

²⁴ Möllers, T., *op. cit.*, p. 704.

²⁵ Berger, P., *op.cit.*, p. 14.

A la luz de la unificación del derecho europeo se llega a la necesidad de ajustar los métodos y las técnicas jurídicas a lo largo de Europa.²⁶ Tomando en cuenta la creciente convergencia de los métodos del derecho continental y del common law, es decir, las tendencias a una fuerza casi obligatoria de las decisiones judiciales en el derecho continental y hacia una creciente regulación legislativa en el common law, se exige la europeización de la práctica judicial. El fin de este desarrollo debía ser la consideración transnacional de los precedentes, basada en el método de solución de casos común europeo.²⁷ Se destaca que los tribunales de los diferentes países van cambiando su forma de argumentación, dando muestras de una aproximación metódica entre ellos.²⁸

En este proceso de nacimiento del precedente europeo se apunta al papel de gran relevancia que tiene que tomar el Tribunal Europeo. Se señala que en su jurisprudencia ya se encuentra la primera aproximación al “precedente europeo”, a saber, en sus sentencias deben ser siempre destacadas y argumentadas todas las diferencias con las decisiones previas.²⁹ Se expresa la esperanza de que con el recurso al derecho comparado el Tribunal Europeo no solamente resuelva de manera más eficiente y persuasiva un caso particular, sino que también apoye a los tribunales nacionales en la interpretación del derecho, promoviendo con eso la aceptación del Derecho Europeo.³⁰

²⁶ Möllers, T., *op. cit.*, p. 702; Berger, P., *op. cit.*, p. 18 y ss.

²⁷ Berger, P., *op. cit.*, p. 20 y ss.

²⁸ Möllers, T., *op. cit.*, p. 702: “current French decisions are expressed more precisely. Moreover, in England judges have begun to interpret “teleologically” rather than adhering to the judicial “literal rule”.

²⁹ Berger, P., *op. cit.*, p. 16.

³⁰ Möllers, T., *op. cit.*, p. 698.

Finalmente, cabe señalar junto con algunos autores que, a pesar de lo interesante y fundada que parece ser la idea de la codificación “desde abajo”, es difícil que los jueces dejen de juzgar por sus propios derechos nacionales hasta que el legislador indique lo contrario.³¹ Por sí sola, la aplicación de la *lex mercatoria* no puede llevar a la unificación, aunque sí contribuye a una mayor integración en algunos sectores.³² A la vez los cambios en las prácticas judiciales que se estimen necesarios constituyen una seria preparación para el futuro derecho uniforme europeo.

3. LA POSTURA DE CHILE EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA INTEGRACIÓN JURÍDICA

La aproximación a un mercado común parece hacer inevitable la idea de la unificación o, al menos, de la armonización del derecho privado. La institución que desempeña una labor significativa en este campo en el hemisferio es la Organización de Estados Americanos (OEA) mediante sus Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). Lamentablemente, pocas de las Convenciones adoptadas en sus Conferencias llegan a ser ratificadas por todos los países o aún por una cantidad significativa de ellos, aunque

³¹ Lando, O., *op. cit.*, p. 362.

³² De los Mozos y de los Mozos, J. “La propuesta de un Código Europeo de Contratos del ‘Convegno di Pavia’ vista desde España”, *Estudios de Derecho Europeo Privado*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1994, p. 197.

existen grandes éxitos como el de la Convención sobre arbitraje comercial internacional y sobre régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero.³³ Estos logros puntuales de las CIDIP sorprenden a la luz de las semejantes circunstancias económicas, sociales y políticas en América Latina, considerando especialmente las raíces jurídicas comunes en la región.³⁴ Las dificultades en adoptar un derecho privado uniforme se explican en gran medida por la desintegración política de la región y la falta de una sólida integración económica.³⁵ Considerando todas las experiencias previas de las CIDIP, es difícil sostener que el hemisferio llegue al derecho uniforme mediante los esfuerzos de la OEA.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe analizar el impacto que la apertura económica, en el caso particular de Chile, pueda tener para el derecho privado. Para ello, abordaremos la participación del país en los procesos de integración.

³³ Diecisiete y dieciséis ratificaciones respectivamente. En su página WEB la OEA señala: La diferencia existente entre el número global de firmas y el de ratificaciones es de 30%. Actualmente existen, en la totalidad de tratados interamericanos, 1.146 firmas. El número actual de ratificaciones es de 805. Si todos los Estados miembros firmaran y ratificaran esos tratados, el número global de firmas y ratificaciones correspondería a 2.244, <http://www.oas.org/defaultesp.htm> (mayo de 2003).

³⁴ Garro A., M. "Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades", *Microjuris*; véanse aquí sobre las discrepancias que surgieron entre los países al discutir sobre la necesidad y posibilidad de la armonización de la "contratación internacional" en el CIDIP-IV en 1989.

³⁵ Así, en el año 1992, Garro A., M., *Ibid.*; consúltense aquí la historia de los intentos de unificación.

Una integración latinoamericana es imaginable en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). El Tratado de Montevideo 1980 establece, en su Art. 1, que el proceso de integración tendrá como objetivo a largo plazo la creación, en forma gradual y progresiva, de un mercado común latinoamericano. Para Chile, esta iniciativa se ha traducido en un número de Acuerdos de Complementación Económica (ACE), suscritos con Perú, Venezuela, Colombia u otros países de la región. El efecto más importante de estos acuerdos consiste en la desgravación arancelaria de comercio de bienes, ya que los demás compromisos se hallan dentro de aquellos asumidos por los países en el marco de la Organización Mundial de Comercio.

En lo tocante a la integración de Chile en el Mercosur, se reconoce a nivel político su importancia y se le atribuye al bloque un significado que sobrepasa los aspectos comerciales. Sin embargo, debido a las dificultades para la unificación de los derechos aduaneros las posibilidades de integración son limitadas.³⁶ Por consiguiente, la relación con el bloque sigue siendo definida por la implementación de un Área de Libre Comercio establecido a través del ACE 35.³⁷

³⁶ Así dice el Presidente Ricardo Lagos en *El Mercurio*, C6, 25.11.2002.

³⁷ Sin perjuicio de lo dicho, merecen ser destacadas las llamadas a fortalecer tanto las estructuras del bloque como sus vínculos con Chile, hechas por los líderes políticos del Cono Sur. Véanse la llamada de los Presidentes Lagos, Kirchner y "Lula" Da Silva hecha en Londres el 14.07.2003 a aumentar la integración física, y las numerosas propuestas presentadas en la XXIV Cumbre del Mercosur en Asunción los días 17/18.06.2003, www.emol.com. (julio de 2003). De ser implementadas estas propuestas, podrían acelerar la integración de Chile al Mercosur en algunos aspectos.

El carácter de la integración económica chilena está determinado por la estructura de su comercio exterior, el cual “está altamente diversificado en cuanto a los destinos de sus exportaciones y los orígenes de sus importaciones. Por lo tanto, no existe ningún país o grupo de países que pudiera considerarse «socio natural» de Chile sólo en base a la importancia del comercio recíproco en el total.”³⁸

Los tratados comerciales bilaterales suscritos últimamente entre Chile y sus interlocutores más importantes tienen por finalidad crear un Área de Libre Comercio (ALC), eliminándose las barreras al comercio de bienes, servicios y flujos de la inversión extranjera. De todas las formas de integración, el ALC es la más débil, en tanto ella consiste en una mera liberalización comercial que no conduce al libre movimiento de factores productivos y aún menos supone un grado de armonización económica, monetaria, social o la creación de una institucionalidad propia.³⁹

La misma finalidad tiene el nuevo intento de avanzar hacia una integración económica regional a través del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Se busca primordialmente liberalizar el comercio de bienes y servicios, otorgando una protección mayor a los flujos de la inversión extranjera y exigiendo aumentar la transparencia de las regulaciones nacionales, por ejemplo, en torno a las compras del gobierno. Los demás as-

pectos de la integración, como la libertad del movimiento de la fuerza productiva, no han sido contemplados.⁴⁰

Dada la alta diversidad del comercio exterior chileno sería difícil pensar en una integración más profunda con un solo socio, ya que la integración más avanzada supone la transferencia de una parte de la soberanía estatal.⁴¹ Pero Chile ha asumido sus compromisos por vía de los tratados en forma independiente y necesita mantener un margen de maniobra en el diseño de sus políticas para poder cumplirlos.⁴²

Este último hallazgo es fundamental para determinar las pautas a seguir en el plano de la integración jurídica del país a la legislación internacional. Partiendo de la idea que el derecho privado, como parte del sistema legal, tiene que desarrollarse acoplado a las necesidades de la economía, el ámbito jurídico igualmente enfrenta el desafío de “internacionalizarse”. Por el contrario, ya no es via-

⁴⁰ Sobre los múltiples componentes que supone una integración véase Casanueva H., “Integración regional o marginalidad internacional: las dos opciones de América Latina”, *Revista de Estudios Internacionales*, N° 138/2002, pp. 11-22.

⁴¹ Al respecto, véase Mladinic Alonso, C. “Chile y el Mercosur: Oportunidades y Desafíos”, *Seminario “Integración de Chile al Mercosur. Escenarios y Perspectivas”*, preparado por el Centro de los Estudios Internacionales de la Universidad de Chile y la Cámara de Comercio de Santiago, www.aipef.net/aipef/biblioarchivos/Mercosur2001.pdf (julio de 2003), pp. 19-20.

⁴² El desafío ya no es menor y consiste en satisfacer las exigencias de los distintos socios comerciales respecto a la estandarización y certificación de los procesos productivos. Véase por ejemplo la preocupación de los exportadores chilenos al respecto en “Exportadores dimensionan desafíos de TLC en tema ambiental”, www.elmostrador.cl (04.09.2003).

³⁸ Agosin, M. R., “Beneficios y costos potenciales para Chile de los Acuerdos de libre mercado”, *Revista del Centro de Estudios Públicos*, N° 52, 1993, p. 107.

³⁹ Larraín, F./Assael, P., “Integración comercial selectiva: el caso de Chile”, *Revista del Centro de Estudios Públicos*, N° 46, 1992, pp. 138-139.

ble sugerir la aproximación al ordenamiento jurídico de un socio comercial particular.⁴³ Tampoco parece que ha llegado el momento para transferir la experiencia europea al suelo nacional ya que la integración europea se caracteriza por un nivel muy avanzado en el ámbito político.⁴⁴

La intensa apertura comercial a que aspira Chile, afecta de modo profundo a su economía. Ella se enfrentará al creciente flujo transfronterizo de bienes, capitales, servicios, personas e información. Todos estos desafíos exigen desarrollar los nuevos modelos y conceptos legales.⁴⁵ Para corresponder a estos desafíos prácticos y cumplir con los objetivos declarados políticamente, a saber, llegar a la integración en el mercado internacional y otorgar seguridad legal y económica a los exportadores e importadores chilenos,⁴⁶ el legislador podría acudir con más intensidad a los instrumentos para la unificación del derecho que ofrecen los organismos internacionales.

Entre dichos instrumentos figuran, en primer lugar, las convenciones internacionales preparadas por los organismos internacionales y adoptadas en conferen-

cias internacionales.⁴⁷ Al aceptar la necesidad de la internacionalización del derecho, sería apropiado prestar atención a las labores de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de UNIDROIT, de La Haya. Un paso en esta dirección lo dio la última CIDIP-VI llevada a cabo del 4 a 8 de febrero de 2002 en Washington, la cual recomendó que los Estados-miembros de la OEA adoptaran regímenes legales compatibles con las Leyes Modelos de CNUDMI sobre Comercio Electrónico y Firmas Electrónicas.⁴⁸

Además, hay que tener en cuenta la importancia de estos instrumentos como expresión del derecho comparado. El recurso al derecho comparado se ha hecho frecuente en las técnicas de legislación contemporánea. Para no elegir arbitrariamente un ordenamiento particular, se podría recurrir igualmente a las Leyes Modelos preparadas por los organismos internacionales,⁴⁹ o a los *restatements*, como los Principios del Derecho Comercial Internacional de UNIDROIT. Estos documentos están elaborados basándose en el método comparativo y tienden a expresar ideas de equidad —elemento que caracteriza todos los esfuerzos de la unificación del derecho privado—.

La compatibilidad de la legislación chilena con estos instrumentos conocidos

⁴³ La aproximación al common law fue planteada como un escenario deseable en relación con la integración de Chile al Nafta por Biggs, G., "Aspectos institucionales y jurídicos en una eventual incorporación de Chile al Nafta", *Revista del Centro de Estudios Públicos*, No. 57, 1995, p. 134.

⁴⁴ En la teoría de integración, esta forma se denomina la "integración económica total", Larraín, F./Assael, P., *op. cit.*, p. 139.

⁴⁵ Borba Casella, P., "Economic Integration and Legal Harmonization, with Special Reference to Brazil", *Uniform Law Review*, 1998/2,3, p. 290.

⁴⁶ http://www.direcon.cl/frame/acuerdos_internacionales/f_acuerdos.html (mayo de 2003).

⁴⁷ También la propuesta general para toda América Latina de Garro A., M., *op. cit.*

⁴⁸ Resolución 6/02, www.oas.org/juridico/spanish/cidip_vi_res6_02.html (mayo de 2003).

⁴⁹ Esta solución fue adoptada para el anteproyecto de ley de Arbitraje Comercial Internacional fundado en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), conocida por su sigla en inglés "UNCITRAL". El anteproyecto ingresó a la Cámara de Diputados al comienzo de junio de 2003.

ampliamente en el mundo aumentaría la transparencia del ordenamiento jurídico y aportaría a la seguridad en el espacio legal desde del punto de vista de los contrayentes extranjeros.

4. IMPACTOS POSIBLES Y DESEABLES EN LA PRÁCTICA JUDICIAL CHILENA: EL REDESCUBRIMIENTO DE LA CONVENCION DE VIENA

Hemos analizado los desafíos que enfrenta la práctica judicial europea. Entiendo que sería una exageración plantear frente a los tribunales chilenos que cambien de una sola vez el modo de argumentación y que comiencen a recurrir frecuentemente al derecho comparado o a la *lex mercatoria* como base de sus decisiones. Sin embargo, como lo demuestran las experiencias internacionales, el arribo del día en que todos estos cambios se hagan necesarios es inevitable. Creo que la práctica judicial chilena puede salir muy beneficiada de este proceso. Pero tal cambio supone un trabajo previo en análisis de los contenidos del derecho comparado y en destacar la importancia del método comparativo como método de argumentación jurídica. Esta tarea—de promover el proceso de apertura jurídica—corresponde, en primer lugar, a la investigación científica y a la docencia.

En relación a los beneficios que puede traer la acogida por parte del legislador de los instrumentos internacionales, quiero apuntar ahora a la necesidad ineludible que la judicatura apoye también estos esfuerzos y, con esto, sustente el proceso de integración económica del país. Con tal objetivo, analizo ahora la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos Internacionales de Compraventa de Mercaderías como un instrumento elaborado internacionalmente.

El 11 de abril 1980 fue aprobada la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos Internacionales de Compraventa de Mercaderías (Convención de Viena). Dicha Convención constituye un instrumento de unificación del derecho comercial a nivel mundial sustentado por un amplio compromiso científico y político. Hasta hoy la Convención ha sido ratificada por 61 países.

Existen varias bases de datos electrónicas que permiten acceder a la jurisprudencia emitida sobre la base de la Convención.⁵⁰ El material de esos precedentes llega hoy a más de mil casos provenientes de 27 países. Entre los más eficientes en aplicar la Convención está Alemania con casi 300 sentencias, le sigue Holanda con aproximadamente 100, Rusia con casi 90, Suiza con 80, Austria con 70 y Francia con 45 sentencias. Existen también fallos, aunque menos numerosos, dictados en Argentina, México y Colombia.

Lamentablemente se desconocen fallos dictados por los tribunales chilenos. Sabiendo que más del 60% del PGB de Chile es generado por las importaciones y exportaciones,⁵¹ uno se pregunta por qué ninguno de los numerosos participantes de este proceso ha tenido un litigio ante los tribunales ordinarios del país. A mi modo de ver, el hecho puede tener dos explicaciones. En primer lugar, es posible que los abogados opten por la exclusión de la Convención, o por designar un arbitraje internacional para la solución de

⁵⁰ www.uncitral.com, www.cisg.law.pace.edu (en lo sucesivo *PACE*), www.unilex.info (en lo sucesivo *UNILEX*).

⁵¹ Así el Presidente Ricardo Lagos en http://www.direcon.cl/frame/noticias/f_titular427.html http://www.direcon.cl/frame/noticias/f_titular427.html (mayo de 2003).

las controversias que surjan.⁵² La segunda causa podría hallarse en las deficiencias para juzgar acerca de los supuestos de la aplicación de la Convención.

Mi propósito consiste en ayudar a “redescubrir” dicha Convención, recordando que representa una parte del derecho chileno aplicable a los contratos internacionales de compraventa. No pretendo hacer un análisis comparativo de la Convención y del derecho nacional para destacar cuál de los dos puede ser más ventajoso para los participantes de las transacciones comerciales. Esto depende seguramente de las circunstancias de cada caso particular.

Redescubrir la Convención en Chile parece ser sumamente importante a la luz de la ratificación de la parte económica del Acuerdo de Asociación Política, Económica y de Cooperación con la Unión Europea. A raíz de este acuerdo se espera una activación del comercio entre sus países-miembros y Chile. Como nos muestran las estadísticas mencionadas anteriormente los tribunales europeos están bien familiarizados con esta ley uniforme, lo que puede tener impactos para los comerciantes chilenos que negocien con los europeos.

Esto debe atraer la atención de los intérpretes del derecho, tanto jueces como abogados, sobre la Convención, y facilitar su aplicación en Chile. Con este fin, quiero volver a algunos aspectos de la aplicación de la Convención, ofreciendo el análisis de la jurisprudencia internacional en torno a ella.

⁵² Cabe señalar que el Centro de Comercio y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, a pesar de sus exitosas actividades en el ámbito del arbitraje, tampoco puede demostrar un caso en que se aplique la Convención de Viena. Consúltase *Sentencias Arbitrales*, Tomo 1 y 2, Santiago: Salesianos S.A., 2001.

4.1. *La relevancia de la jurisprudencia extranjera*

Según lo señalado en el Art. 7.1 de la Convención, en su interpretación debe tenerse en cuenta el carácter internacional de la ley uniforme. Con esto se consagra el objetivo o el principio de la interpretación que determina el método apropiado: el método autónomo de la interpretación. Este método supone una interpretación basada en el sistema y los objetivos propios de la Convención,⁵³ y puede ser la síntesis de los métodos provenientes de la tradición del derecho continental, tales como el gramatical, sistemático e histórico, que deben ser enriquecidos por el método comparativo.⁵⁴ La interpretación autónoma debe impedir que se integren los conceptos de la Convención con contenidos nacionales contrarios a los suyos.⁵⁵ Recientes investigaciones muestran que, en la práctica, esta regla ha sido seguida con pocas excepciones.⁵⁶

⁵³ Gebauer, M., “General Principles and Autonomous Interpretation”, *Uniform Law Review*, 2000/4, p. 683, 686.

⁵⁴ Diedrich, F., “Maintaining Uniformity in International Uniform Law Via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG”, *Pace International Law Review*, 1996, p. 312 (*PACE*). Las versiones auténticas de la Convención están en 6 idiomas: árabe, español, chino, inglés, francés, ruso. Para una interpretación profunda hay que considerar sus textos auténticos en varios idiomas; Gebauer M., Op. cit., pp. 702-704.

⁵⁵ Goddard J., A., *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 57.

⁵⁶ Así Vázquez Lépinette, T., *Compraventa Internacional de Mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Navarra: Aranzadi, 2000, p. 44; véase Corte Suprema Alemana, 03.04.1996, donde la Corte apuntando a las diferencias entre el

El Art. 7.1 prescribe, en segundo lugar, que en la interpretación de la Convención debe tenerse en cuenta la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación. A falta de un órgano oficial de interpretación, se asume que es tarea de los tribunales nacionales, o de los árbitros, promover esta uniformidad. Para estos fines, los intérpretes deben referirse a la doctrina y a la jurisprudencia extranjera para investigar la posición más general sobre un punto particular.⁵⁷ Las decisiones en la aplicación de la Convención dictadas por otros tribunales deben ayudar a los jueces a encontrar una solución más apropiada, sin que tengan una fuerza obligatoria, de lo contrario alteraría la calidad de la interpretación.⁵⁸ Es probable que muchas veces los tribunales vayan a elegir entre precedentes y conceptos dogmáticos contradictorios. La elección del juez debe tomar en cuenta la calidad de la argumentación de la sentencia. Se plantea, sin embargo, que un gran número de decisiones semejantes constituye una presunción fuerte a favor de los argumentos usados por los tribunales extranjeros.⁵⁹ Aunque parezca difícil, la exigencia de reflexionar sobre los precedentes existentes es indispensable porque resulta de la norma misma de la ley uni-

forme. La experiencia muestra que los tribunales extranjeros acuden, en la práctica, a las consideraciones de los fallos dictados previamente.⁶⁰

En este sentido, el conocimiento de las experiencias internacionales por los tribunales chilenos implicaría también el conocimiento de las doctrinas jurídicas que animan la jurisprudencia en el ámbito del comercio internacional. Reflexionando sobre estas ideas, la jurisprudencia podría verse enriquecida y modernizada, lo que satisface los desafíos prácticos que se plantean a raíz de la integración económica. Además, las sentencias dictadas en aplicación de la Convención se hacen susceptibles del conocimiento internacional, lo que seguramente brindaría una señal a favor de la transparencia del espacio jurídico en Chile.

4.2. *Aplicación automática de la Convención*

Al ser ratificada la Convención de Viena, ésta forma parte de la legislación interna del Estado y rige automáticamente en tanto se cumplan las condiciones de su aplicación. El 3 de octubre de 1990 la Convención fue promulgada en Chile como ley de la República por el Decreto

derecho alemán y la Convención, interpreta el incumplimiento conforme con la Convención (*UNILEX*); véanse las consideraciones de la US District Court NY respecto a relación de la doctrina de "promissory estoppel" y la Convención. Para una posición contraria, por ejemplo, U.S. Circuit Court of Appeals (5th Circuit), 15.06.1993 respecto al "parol evidence rule" (*UNILEX*).

⁵⁷ Audit, B., *La compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires: Zavalía, 1994, p. 60; Goddard J., A., *op. cit.*, p. 60 y 66.

⁵⁸ Gebauer, M., *op. cit.*, p. 690.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 692.

⁶⁰ Véanse, por ejemplo, las referencias de la Corte de Louisiana, EE.UU., del 17.05.1999 y de la Corte Suprema Austríaca del 13.04.2000 al fallo de la Corte Suprema Alemana del 08.03.1995 (*UNILEX*); la sentencia de Tribunale di Pavia 29.12.1999 con referencias a la Corte Suiza de Pretore di Locarno-Campagna 16.12.1991 (*UNILEX*); la sentencia de la Corte Suprema de Queensland, Australia a U.S. District Court, S.D., New York, 23.07.1997 (*UNILEX*); la referencia de la U.S. District Court, N.D. Illinois, 28.03.2002 a la sentencia de la Federal South Australia District Adelaide, 28.04.1995 (*UNILEX*).

con Fuerza de Ley 544 y constituye desde entonces la ley especial para los contratos internacionales de compraventa de mercaderías.

Conforme al Art. 6 de la Convención las partes pueden excluir su aplicación. Se entiende que la exclusión puede ser tanto explícita como tácita.⁶¹ Una exclusión válida presupone una exclusión literal o, tácitamente, la designación de un derecho del Estado no contratante de la Convención o la designación del Código Civil Chileno.⁶² Al designar aplicable, para los efectos del contrato, el derecho interno de uno de los Estados-Partes de la Convención, los contratantes no excluyen la Convención.⁶³ Ni del idioma del texto escrito del contrato, ni del lugar de su celebración, y ni tampoco de la designación de un arbitraje de un país específico se deriva la designación de un derecho no uniforme aplicable al contrato y, con ello, la exclusión tácita de la Convención.⁶⁴

El contrato entonces se rige por la Convención de Viena a falta de la exclu-

⁶¹ Garro A., M. y Zuppi A., L., *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1990, p. 95 y s.

⁶² Audit, B., *op. cit.*, p. 48.

⁶³ US District Court, California, 27.06.2001 (*UNILEX*), Corte Suprema Alemana 23.7.1997 (*UNILEX*), Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria Húngara 5.12.1995 (*PACE*), Arbitraje de la Bolsa para los Productos Agrícolas, Viena 10.12.1997 (*PACE*); sentencias contrarias Cour de Cassation, Francia 26.6.2001 (*UNILEX*), Tribunal de Monza, Italia, 29.03.1993 (*PACE*) donde la designación del derecho nacional fue interpretada por los tribunales como exclusión de la Convención.

⁶⁴ Un tribunal italiano afirmó que del hecho de que las partes en sus alegatos previos se refieran a las normas del derecho interno, no se deduce que hayan excluido la Convención, Tribunale di Vigevano, Italia, 12.07.2000, Cour de Cassation, Francia 17.12.1996 (*UNILEX*).

sión efectiva, y al cumplirse con las siguientes condiciones:

- 1) Las partes del contrato tienen sus establecimientos en Estados diferentes (Art. 1.1 de la Convención).
- 2) Los Estados son partes de la Convención (Art. 1.1.a) o las normas de derecho internacional privado llevan a la aplicación del derecho de un Estado-parte de la Convención (Art. 1.1.b).
- 3) Cada una de las partes debe tener conciencia que contrata con la otra cuyo establecimiento está en el extranjero (Art. 1.2). Por lo tanto, aun cuando el contrato evidencie relación con la casa matriz en el extranjero pero el contratante las desconozca, no entramos en el ámbito de la compraventa internacional. Sin embargo, tal relación puede ser conocida de surgir de los documentos comerciales intercambiados o de ciertas circunstancias de la ejecución del contrato como el pago en el extranjero.⁶⁵
- 4) Las partes realizan un acto de compraventa que no esté excluido por los artículos 2, 3 y 4 de la Convención, como por ejemplo la compra para el uso personal.

4.3. "Establecimiento" como concepto clave para la aplicabilidad de la Convención

De la comprensión del concepto de establecimiento dependen en gran medida los límites de la aplicación de la Convención. Este concepto entendido en concordancia con la práctica internacional,

⁶⁵ Audit, B., *op. cit.*, p. 24; Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de Rusia, 11.05.1997 (*PACE*).

podría alimentar el esfuerzo para llegar a la aplicación de la ley uniforme en Chile.

La doctrina ha preferido el concepto amplio de establecimiento incluyendo todas formas organizativas, como sucursales, agencias y oficinas representativas, que suponen una permanencia estable en el país.⁶⁶ Al contrario, la jurisprudencia se limita a formas organizativas con personalidad jurídica. Así fue rechazada la calidad de establecimiento a una oficina de representación (“bureau de liason”) francesa, con el argumento que no era legalmente autónoma, sino una rama del vendedor alemán.⁶⁷ En consecuencia, la empresa alemana fue vista como la parte del contrato con el establecimiento en un país diferente al del comprador, lo que llevó a la aplicación de la Convención. Con eso vemos que la formación y la ejecución del contrato pueden tener lugar en un solo Estado y, sin embargo, se trata de una compraventa internacional.

Si, a diferencia del caso anterior, se afirma la calidad del establecimiento respecto de una organización representante de la empresa extranjera, se plantea la pregunta acerca de cuál de las dos se hizo parte del contrato. Cuando una de las partes tiene más de un establecimiento, para fines de la Convención se considera como su establecimiento el que guarde la rela-

ción 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 (Art. 10.1 de la Convención).

Los dos ejemplos siguientes muestran cómo los tribunales interpretan esta norma. Un tribunal estadounidense consideró que la casa matriz en Canadá tuvo una relación más estrecha con el contrato y no su distribuidor en los Estados Unidos, como lo invocaron ambos. Como el comprador tuvo su establecimiento en los Estados Unidos la Corte aplicó la Convención de Viena. Al llegar a esta conclusión el tribunal tomó en cuenta que las mercaderías fueron elaboradas en Canadá y que, además, el contrato de distribución limitaba significativamente la libertad de las actividades del distribuidor en los EE.UU. No pudo prevalecer el hecho que cuatro de los cinco pedidos fueron enviados primero al distribuidor en los Estados Unidos y que la mayor parte de las negociaciones se ejecutaron con él.⁶⁸

En otra ocasión una empresa francesa encargó una cantidad de adhesivo al representante de una empresa alemana. Éste estaba domiciliado en Francia y tenía a su cargo la administración del establecimiento. El tribunal estimó que la relación más estrecha existía con el productor en Alemania, lo que confirmó con el hecho de que las entregas de las mercaderías y las facturas fueron emitidas por la casa matriz.⁶⁹ Con esta técnica interpretativa se otorga protección especialmente a la parte que contrata con fi-

⁶⁶ Véase Vázquez Lépinette, T., *op. cit.*, p. 67 con más bibliografía. No puedo apoyar la propuesta de los distinguidos autores Garro A., M. y Zuppi A., L., *op. cit.*, pg. 89, de acudir conforme con las reglas para llenar lagunas del Art. 7.2 a los principios del derecho interno aplicable para definir el concepto del establecimiento. La primacía tiene la necesidad de promover la aplicación uniforme de la Convención que supone la consideración de la jurisprudencia y la dogmática internacional.

⁶⁷ Cour d'Appel de Paris, 22.04.1992 (PACE).

⁶⁸ US District Court, California, 27.06.2001 (PACE).

⁶⁹ Cour d'Appel de Colmar 24.10.2000 (PACE).

liales locales de la empresa multinacional, la que actúa en nombre propio pero por cuenta de una filial extranjera de la misma multinacional.⁷⁰

Por último, consideremos una sentencia en Alemania. El comprador español negaba el carácter internacional del contrato de compraventa invocando que lo celebró con una sociedad anónima española. Pero dicha empresa, no obstante su independencia jurídica, representaba a una empresa alemana en España, lo que el comprador sabía. Una parte de las condiciones del contrato fue negociada con la empresa matriz alemana; asimismo, algunas acciones de pago se dirigieron a ella. La Corte estimó que a favor de la calidad de establecimiento de la sociedad anónima hablaba su posición estable e independiente; sin embargo, dejó abierta esta pregunta y señaló que la relación más estrecha con el contrato la tenía la empresa alemana. La cercanía espacial de la sociedad anónima al comprador y sus servicios de mediación en la celebración del contrato no eran determinantes frente al poder de la empresa alemana respecto de la celebración y la ejecución del contrato, hecho conocido por el comprador. Con esta interpretación la Corte afirmó la aplicabilidad de la Convención de Viena.⁷¹

Hemos visto que la jurisprudencia internacional recoge la aplicación de la

ley uniforme aun cuando los elementos internacionales del contrato de compraventa no sean obvios para una mirada superficial y se haga necesario un análisis exhaustivo de las circunstancias del caso. Tal análisis no constituye un lujo, sino el cumplimiento del compromiso asumido por Chile con la ratificación de la Convención tanto en el ámbito internacional como nacional.

5. CONCLUSIONES

La inserción comercial de Chile a la economía global implica necesariamente una integración jurídica. Por la vía legislativa esta integración supone la creciente importancia de los instrumentos internacionales como base o, por lo menos, como inspiración de una legislación moderna y transparente. Estos esfuerzos del legislador deberían ser apoyados por la judicatura, que podría recurrir a los instrumentos internacionales legales vigentes, como, por ejemplo, a la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre los contratos internacionales de compraventa de mercaderías. Por estas vías se puede brindar un soporte jurídico apropiado y necesario a los procesos de integración económica que vive el país y que se acentuarán en los próximos años.

⁷⁰ Vázquez Lépinette, T., *op. cit.*, p. 68, con más bibliografía.

⁷¹ Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.12.2000 (PACE).