

ALGUNOS ASPECTOS DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL COMERCIO INTERNACIONAL

AVELINO LEÓN STEFFENS
Universidad de Chile

1. LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN. CREACIÓN Y SANCIÓN DE LOS DERECHOS

La existencia de sistemas jurídicos estatales diferentes plantea los problemas de determinación de la ley aplicable y de la jurisdicción respecto de las relaciones comerciales internacionales.

En derecho internacional privado, la distinción entre competencia legislativa y competencia judicial tiene un carácter relevante. Para efectos del razonamiento jurídico, estos dos tipos de cuestiones son esencialmente disociables. Por una parte, debe encararse la competencia de fondo: una ley nacional o una ley extranjera tienen vocación para ser aplicadas al caso particular. Por otra parte, debe resolverse el problema de determinar la jurisdicción normalmente estatal que va a conocer del litigio con elementos extranjeros. Esta «disociación es una consecuencia inevitable de la utilización del procedimiento de conflicto de leyes en derecho internacional privado»¹.

La determinación de la ley aplicable a relaciones comerciales internacionales tiene que ver con el nacimiento o el establecimiento de los derechos. En cambio, la competencia judicial internacional se enmarca dentro de la sanción de esos derechos.

En relación con esta dualidad *ius y forum*, interesa el análisis de algunos aspectos de la regulación jurídica del comercio internacional.

¹ Dominique HOLLEAUX, Jacques FOYER, Géraud de Geouffre de LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson Droit Sciences Economiques, 1987, p. 178, párr. 277.

2. DERECHO APLICABLE. NORMAS MATERIALES DEL COMERCIO INTERNACIONAL. ARMONIZACIÓN ASISTIDA Y ESPONTÁNEA. REGLAS SUSTANCIALES DE DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

La regulación jurídica del comercio internacional considera los intercambios internacionales en una perspectiva micro-económica y macro-económica. La misma idea puede expresarse diciendo que la juridicidad de las relaciones comerciales y económicas internacionales puede analizarse en una aproximación de derecho privado y de derecho público. En este sentido, el contrapunto está dado por el derecho internacional del comercio y el derecho internacional de la economía. En su momento, la doctrina² planteó el dilema: «¿existe un derecho internacional específico de relaciones comerciales y económicas que descansaría a título principal sobre el contrato internacional y las estipulaciones de derecho material que él contiene y sobre el arbitraje comercial internacional. Existe un derecho internacional económico distinto y autónomo del derecho internacional público que organice las relaciones económicas entre Estados y sus nacionales, o las manifestaciones que se le reconocen no son más que una nueva presentación, una visión más amplia y moderna del derecho internacional público?»

La sociedad contemporánea enfrenta una notable internacionalización de las actividades comerciales y económicas, caracterizada por el fenómeno de la globalización. En este acentuado proceso de interdependencia económica, los operadores del comercio internacional y los agentes económicos se desenvuelven en un espacio global. Desde una perspectiva jurídica, los intercambios internacionales se materializan en la circulación de personas, de bienes y de servicios; en la transferencia de capitales y de tecnología; y en una presencia comercial global de empresas que dominan los mercados industriales, financieros, monetarios, de la información, de las telecomunicaciones y de la informática.

La materialización de dichos intercambios internacionales obliga a un profundo estudio del contrato internacional. En la actualidad se desarrollan numerosas reglamentaciones internacionales en el derecho de los contratos internacionales: en la Unión Europea, la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; en el ámbito de América, la Convención Interamericana de México de 1994 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales; y los «Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales» de UNIDROIT.

En una perspectiva de derecho internacional económico, los resultados de la Ronda Uruguay del GATT y la naciente Organización Mundial del Comercio permiten diferenciar con nitidez el Comercio de Mercancías del Comercio de Servicios y de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Las realidades de la vida comercial y económica internacional determinan la coexistencia de distintos métodos de reglamentación jurídica tanto en derecho privado como en derecho público.

Tradicionalmente, las relaciones privadas internacionales estuvieron sometidas

² KAHN, Philippe, *Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?* en *Le Droit des Relations Economiques Internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1987, p. 97.

a las reglas de conflicto de leyes. Esta regulación supone normas jurídicas indirectas de repartición de competencia entre leyes internas de sistemas jurídicos estatales diferentes.

Una de las críticas formuladas por la doctrina al método conflictual³ apunta a que no tiene suficientemente en cuenta, en su caso, el carácter específico de las relaciones comerciales internacionales que exigen un clima de simplicidad, de certeza y de seguridad⁴.

Desde el punto de vista del derecho aplicable, en el plano metodológico se desarrollan las normas jurídicas materiales o sustanciales, tanto internas como internacionales, en especial, respecto del comercio internacional. En lugar de una repartición de competencia legislativa entre distintos sistemas jurídicos estatales, esas reglas materiales resuelven directa y específicamente las cuestiones de derecho en el comercio internacional: así de fuentes internas, tenemos, por ejemplo, las legislaciones nacionales sobre inversión extranjera o las reglas dictadas por cada Estado para su comercio exterior, mediante normas aduaneras y de cambios internacionales.

En el plano internacional, los operadores del comercio internacional propenden hacia una armonización jurídica tanto asistida como espontánea.

En cuanto a la primera, destaca la labor que cumplen el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En este contexto, normalmente se utiliza el tratado internacional como medio de unificación jurídica, v.gr. en materias de propiedad intelectual, de transporte internacional en sus múltiples formas, de compraventa internacional de mercaderías. Los tratados internacionales no sustituyen las leyes internas de los Estados contratantes y se superponen a estas últimas, estableciendo normas materiales internacionales. En una hipótesis extrema, el tratado internacional podría regular operaciones tanto internas como internacionales: normalmente se le denomina, «ley modelo», por ejemplo, las Convenciones de Ginebra de 1930 y 1931 que contienen ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés a la orden y sobre cheques; y modernamente, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI⁵.

En lo que se refiere a la armonización espontánea, la doctrina discute la existencia de una *lex mercatoria*, caracterizada como un derecho privado común de relaciones comerciales internacionales. Este derecho se estructuraría como una teoría general de los usos comerciales internacionales y de principios generales del comercio internacional⁶.

³ En la doctrina chilena, los profesores Carlos y Gabriel Villarroel Barrientos han estudiado exhaustivamente una pretendida crítica al método conflictual en artículo inédito sobre esta materia.

⁴ Véase YVON LOUSSOUARN Pierre BOUREL, *Droit international privé*, 4^o édition 1993, Précis Dalloz, pp. 43 y ss.

⁵ Debe destacarse el trabajo reciente de CNUDMI en el sentido de recoger la jurisprudencia de tribunales nacionales sobre textos de este organismo. Esto genera verdaderos conflictos de jurisprudencia por interpretaciones divergentes de unas mismas normas de derecho uniforme.

⁶ Véase para su reconocimiento en el sistema chileno: N^o 2 artículo 7 y artículos 9 y 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Además, art. 42 del Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a

En el campo del derecho internacional económico, también se recurre a soluciones internacionales directas, que se expresan en el trato de nación más favorecida, trato nacional, transparencia; y normas para combatir las distorsiones al libre comercio como son el dumping internacional, los subsidios y las barreras no arancelarias.

3. CONTENCIOSO COMERCIAL INTERNACIONAL

3.1. NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DIRECTAS

En el contencioso comercial internacional nos encontramos en derecho privado con normas directas de competencia judicial internacional. De acuerdo con ellas, se trata de saber si los tribunales de un determinado país tienen o no jurisdicción para conocer de un litigio de derecho privado con elementos extranjeros. A menos que exista un tratado internacional sobre este particular, dicho problema se resuelve de acuerdo con las normas del juez que conoce de ese litigio. Pero si en un caso particular se concluye que los tribunales nacionales no tienen jurisdicción, al derecho de ese país no le corresponde determinar los tribunales extranjeros que pudieran tenerla.

En el derecho chileno tenemos algunas normas internacionales de competencia judicial directa organizadas sistemáticamente en los artículos 318 y siguientes del Código de Derecho Internacional Privado. En el derecho comparado puede mencionarse el Convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de las Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil y su Protocolo Anexo, hechos en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 y que rige en la Unión Europea.

Para el evento de que no sea dable aplicar tales normas, es posible trasponer o extender al plano internacional las reglas internas sobre competencia territorial, en especial, la de que el demandante debe intentar su acción ante el tribunal del demandado (Actor sequitur forum rei). Esta última norma ha tenido también acogida por los tribunales chilenos (R.D.J. Año 1950, Sección 1° p. 509).

En los países del common law⁷ las normas directas de competencia judicial internacional se apoyan en la teoría del poder físico y en la medida que el Estado del foro tiene un poder o acción efectiva sobre el demandado, pero también se hacen valer consideraciones de conveniencia, imparcialidad, equidad y justicia.

Como excepciones a las normas directas de competencia judicial internacional suelen invocarse las inmunidades de jurisdicción y de ejecución; y en el caso del derecho anglo-norteamericano, la doctrina del forum non conveniens, esta última especialmente desarrollada en el derecho aeronáutico internacional⁸

Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. También inc. 2° artículo 9 y artículo 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales CIDIP-V México, 17 de marzo de 1994. Por último, artículo 1.8- de los «Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales» de UNIDROIT.

⁷ Véase VON MEHREN, Arthur, *Adjudicatory Jurisdiction: General Theories Compared and Evaluated*, en *Boston Law Review*, vol. 63, 1983, pp. 279 y ss.

⁸ Véase ARENAS, Carlos Felipe y GARDELLA VARELA, Giovanna, *La responsabilidad civil por*

Por otra parte, los distintos sistemas jurídicos reconocen, en mayor o menor grado, la dimensión internacional del proceso. Así, por ejemplo, el derecho del foro suele contemplar aumentos de plazo en razón de la distancia. En todo caso, impera el principio de que el procedimiento se somete normalmente a las normas de la *lex fori*.

3.2. *NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL INDIRECTAS*

En lo que se refiere a esta reglas, se trata de normas relativas al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras. Es de advertir que las resoluciones judiciales extranjeras de mero trámite, se cumplen mediante cartas rogatorias o exhortos internacionales.

En esta materia, desde la perspectiva del derecho chileno, debe destacarse la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. En sustancia, este tratado se aplica a sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución; como también a aquéllas que no sean consideradas como sentencias nacionales en este último Estado (Artículo I N° 1). Asimismo, debe tenerse presente la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y cuyo alcance está fijado en su Artículo 2: exhortos o cartas rogatorias expedidos en actuaciones y procesos en materia civil y comercial y que tengan por objeto la realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; y la recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero.

3.3. *AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: ACUERDO DE ELECCIÓN DE FORO. CLÁUSULA COMPROMISORIA Y COMPROMISO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL*

En el contencioso comercial internacional, ocupa un lugar muy destacado el principio de la autonomía de la voluntad y manifestado en los acuerdos de elección de foro, también conocidos como cláusulas atributivas de jurisdicción y las convenciones de arbitraje comercial internacional mediante el compromiso o la cláusula compromisoria.

3.3.1. *Acuerdos de elección de foro*

Estos acuerdos prestan utilidad práctica en el orden internacional. A menudo, respecto del litigio privado internacional existe una serie de jurisdicciones estatales que podrían conocer del mismo y con las consiguientes variaciones en cuanto al derecho aplicable.

En el derecho comparado, los intereses del comercio internacional han determinado la aceptación de las cláusulas atributivas de jurisdicción. Así, por ejemplo, a partir del año 1972, la Corte Suprema de los Estados Unidos admitió la licitud de los acuerdos de elección de foro, en el fallo de 12 de junio de 1972, «The Bremen and AL. V. Zapata Off-Shore Oil Co.». Otros precedentes posteriores aceptan también lo que ellos llaman «forum selection clause». Lo propio acontece con la Corte de Casación en Francia que ha sentado también como doctrina que «las cláusulas

lesiones y muerte de personas en el transporte aéreo internacional. Su tratamiento en la legislación comparada, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1997 pp. 155 y ss.

que prorrogan la competencia internacional son en principio lícitas» (Civ. 1er, 25 de noviembre de 1986).

En el derecho chileno, en materia de acuerdos de elección de foro, es preciso recordar la institución de la sumisión reglamentada en los artículos 318 a 322 del Código de Derecho Internacional Privado. También, a propósito de contratos internacionales del sector público, debe tenerse a la vista el inc° 2° del artículo 1° del Decreto Ley N° 2.349 de 1978.

En teoría se distinguen las cláusulas de jurisdicción exclusivas de las no exclusivas. Este distingo tiene particular importancia al momento de ejecutar judicialmente la resolución que se haya obtenido. En efecto, si la jurisdicción fue internacionalmente incompetente, en principio no debiera en el trámite de exequatur darse el pase o visto bueno correspondiente.

Desde el punto de vista de su contenido mismo, el acuerdo de elección de foro podría atribuir globalmente competencia internacional a un determinado orden jurisdiccional (Tribunales del Estado de Nueva York); o bien, de manera más específica, señalar el tribunal interno especialmente competente para conocer de las diferencias.

A propósito de la validez de los acuerdos de elección de foro interesa determinar la ley aplicable. Para estos efectos, la doctrina⁹ considera su especial fisonomía: contractual por su fuente pero procesal por su objeto. En estos términos, como todo contrato, el acuerdo de elección de foro obedecería en cuanto a sus requisitos de validez a la ley de autonomía, normalmente la ley aplicable al contrato principal en el cual la cláusula de jurisdicción está inserta. Por otra parte, debiera aplicarse la ley del Estado cuya jurisdicción fue ampliada o restringida convencionalmente. En consecuencia, el juez que conoce de la cuestión debe, sin perjuicio de la ley de autonomía, analizar su propia jurisdicción; elegido, ha de examinar la eficacia de esta designación; excluido, debe determinar la validez de la exclusión.

3.3.2. Arbitraje comercial internacional

El estudio del derecho internacional del arbitraje comercial se realiza principalmente analizando el acuerdo de arbitraje. A este respecto, en el derecho chileno debe tenerse especialmente en cuenta el Art. II de la Convención sobre el reconocimiento de las sentencias arbitrales extranjeras, más conocida como Convención de Nueva York. Este texto es susceptible de diversas interpretaciones. Entre otras, como la internacionalidad de la operación no se explicita podría incluso sostenerse que es un texto de derecho uniforme para operaciones tanto internas como internacionales. En cualquier caso, esta cuestión de la internacionalidad del arbitraje genera frecuentes dificultades. A mi entender, en el derecho chileno el problema no está resuelto en ninguno de los tratados que integran el sistema: Convención de Nueva York de 1958; Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; y Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

En el derecho comparado, se ha seguido a veces el camino de incorporar al Código de Procedimiento el arbitraje internacional. Es lo que ocurre en el derecho

⁹ Véase BERTRAND ANCEL, Yves Lequette, *Grands Arrêts de la Jurisprudence Française de Droit International Privé*, 2° édition, Sirey, 1992, pp. 558 y ss.

francés: el artículo 1.492 del nuevo Código de Procedimiento Civil define el arbitraje internacional como aquél que «pone en juego los intereses del comercio internacional»¹⁰. En otros países, como Japón, se ha iniciado a partir de 1990, la revisión del Código de Procedimiento Civil (Arts. 786 - 805) para adecuar el derecho de arbitraje¹¹.

Desde la perspectiva del derecho chileno, como los tratados internacionales en vigor no permiten dilucidar el tema de la internacionalidad del arbitraje, el camino pudiera ser la adopción por nuestro país de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Su Art. 1° define el arbitraje internacional:

- «3) Un arbitraje es internacional si:
«Entre distintas alternativas,
- «a) las partes en un acuerdo de arbitraje»
tienen, al momento de la celebración de ese
«acuerdo, sus establecimientos en Estados
diferentes...»

Como se aprecia, el criterio de la internacionalidad es semejante al que se utiliza en la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de Mercaderías (Art. 1°).

3.4. DISTORSIONES AL LIBRE COMERCIO

En derecho público, aparece oportuno una referencia somera a normas adjetivas del contencioso económico internacional. Para estos efectos, debe recordarse que entre los objetivos básicos en un acuerdo de libre comercio están eliminar los obstáculos al comercio y promover una competencia leal en la zona de libre comercio. A este respecto, las distorsiones al libre comercio están constituidas normalmente por el dumping, los subsidios, las barreras no arancelarias y los derechos compensatorios. Todas ellas constituyen «medidas, normas y políticas diseñadas y utilizadas para influir de manera proteccionista en los flujos internacionales del comercio»¹².

En materia de solución de controversias, a propósito del contencioso económico internacional, las normas fundamentales a este respecto se contienen en el «Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias» (ESD). Estas disposiciones constituyen el Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y de la que Chile es parte.

En términos muy generales, el contencioso económico internacional contempla como mecanismos de solución de controversias: consultas, buenos oficios, conciliación y mediación y por último, la integración de un panel arbitral.

¹⁰ Esta fórmula es una antigua elaboración de los tribunales franceses referida a la noción de contrato internacional y adoptada para el arbitraje internacional.

¹¹ Véase TERUO Doi, *International Business Transactions: Contract and Dispute Resolution*, 1996. The Institute of Comparative Law, Waseda University, p. 346.

¹² Rudolf Dolzer Heidi Bergman, *Free Trade Distortions*, en R. BERNHARDT (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Volumen II, 1995, p. 478.

Tratándose de acuerdos de libre comercio, es útil recordar que a partir de 1990 en adelante se ha recurrido con frecuencia a paneles binacionales por una tendencia de Estados Unidos a establecer derechos antidumping y derechos compensatorios. En uno de estos casos¹³ el panel arbitral se estableció para revisar la decisión final positiva de derechos compensatorios de la International Trade Administration, Departamento de Comercio de los Estados Unidos, de «ciertos productos de madera de construcción del Canadá» (USA - 92 1904 - 01). Este caso, conocido como «de la madera» llevó a la industria norteamericana a cuestionar ante la Corte Suprema de los Estados Unidos la constitucionalidad del mecanismo de los paneles arbitrales y sólo en fecha reciente se ha desistido de su acción¹⁴.

¹³ Para su análisis puede consultarse, Nicole LACASSE, *Bilan Intérimaire de L'Accord de Libre - Echange Canada-Etats Unis* en: *Le libre - échange dans les Ameriques*, Faculté de droit, Section de droit civil Université d'Ottawa, Wilson y Lafleur, Montréal, 1994, pp. 178 y ss.

¹⁴ Los aspectos relevantes del caso pueden consultarse en: *Free Trade Update*, Ivan Bernier Sophie Dufour, 1994 FT II. Volumen 4 Number 1 January 1994, Les Editions Ivon Blais Inc, Montréal (Quebec).